

AVVISO

alle gentili Lettrici e ai gentili Lettori della
«Rivista Giuridica dell'Ambiente»

A seguito del rinnovo del sito internet

«www.editorialescientifica.com»

a partire dal 2015 – primo anno di pubblicazione della Rivista da parte di Editoriale Scientifica – è possibile consultare, gratuitamente, gli indici dei singoli fascicoli e gli indici annuali della Rivista nonché effettuare il relativo download mediante accesso al predetto sito internet della Casa Editrice.

Sarà inoltre possibile acquistare dal sito internet in versione cartacea (fino ad esaurimento):

- i singoli fascicoli della Rivista;
- le annate complete della Rivista;

in versione PDF:

- i singoli articoli della Rivista;
- i singoli fascicoli della Rivista;
- le annate complete della Rivista.

RIVISTA GIURIDICA
DELL'
AMBIENTE

diretta da

FAUSTO CAPELLI
STEFANO NESPOR
TULLIO SCOVAZZI

2-2020

Editoriale Scientifica
NAPOLI

Direttori

FAUSTO CAPELLI - STEFANO NESPOR - TULLIO SCOVAZZI

Comitato Direttivo

PAOLA BRAMBILLA - MARTA SILVIA CENINI - DIANA CERINI - MONICA DELSIGNORE
COSTANZA HONORATI - VALENTINA JACOMETTI - ANGELO MAESTRONI - EVA MASCHIETTO
BARBARA POZZO - MARGHERITA RAMAJOLI - CARLO RUGA RIVA
LORENZO SCHIANO DI PEPE - RUGGERO TUMBIOLO

Comitato Scientifico

EMANUELE BOSCOLO - SABINO CASSESE - GIOVANNI COCCO - GIOVANNI CORDINI
ADA LUCIA DE CESARIS - BARBARA DE DONNO - JOSEPH DIMENTO - JOSÉ JUSTE RUIZ
PAULO AFFONSO LEME MACHADO - ROBERTO LOSENGO - RICHARD MACRORY
SALVATORE MANCUSO - GIUSEPPE MANFREDI - ALFREDO MARRA - MASSIMILIANO MONTINI
STEFANIA NEGRI - MARCO ONIDA - IRINI PAPANICOLOPULU - CHIARA PERINI
LUIGI PISCITELLI - MICHEL PRIEUR - SUSANNA QUADRI - ECKART REHBINDER
UGO SALANITRO - GIUSEPPE TEMPESTA - BRUNO TONOLETTI - ALBERTA LEONARDA VERGINE

Coordinatore del Comitato Editoriale

ILARIA TANI

Comitato Editoriale

GIULIA BAJ - FEDERICO BOEZIO - DANIELA CAMICI - SIMONE CARREA - LETIZIA CASERTANO
NICO CERANA - MATTEO CERUTI - CARLO LUCA COPPINI - STEFANO DOMINELLI
STEFANO FANETTI - MATTEO FORNARI - DAMIANO FUSCHI - GIULIA GAVAGNIN
ADABELLA GRATANI - ROBERTO GUBELLO - MARIA CLARA MAFFEI - DANIELE MANDRIOLI
CARLO MASIERI - CARLO MELZI D'ERIL - ANGELO MERIALDI - MARSELA MERSINI
ENRICO MURTULA - VITTORIO PAMPANIN - EMANUELE POMINI - PAOLO RONCELLI
LORENZO SPALLINO - CARLO MARIA TANZARELLA - ELENA TANZARELLA
FEDERICO VANETTI - VERONICA VITIELLO

In copertina: Lupo (*Canis lupus*)

da FIGUIER, *I mammiferi*, Milano, 1892

(cfr. i contributi di M.C. Maffei e di G. Garzia, nei fascicoli 1 e 2-2020)

CONTRIBUTI

LAURA WESTRA, <i>The Complex Reality of Climate Change: An Analysis</i>	221
ILARIA TANI, <i>Considerazioni in tema di end of waste tra carenti norme internazionali e attribuzione al consumatore di responsabilità altrui</i>	243
GIUSEPPE GARZIA, <i>Quale tutela per il lupo (Canis lupus)? Il quadro normativo vigente e le possibili prospettive</i>	279
GIOVANNI BAROZZI REGGIANI, <i>L'informazione ambientale (e la sua perdurante attualità)</i>	299
BENEDETTA UBERTAZZI, <i>Intangible Cultural Heritage and Sustainable Environmental Development: Intellectual Property Rights and Other Safeguarding Measures amid Pandemics</i>	333

GIURISPRUDENZA - COMMENTI E NOTE

ELENA CARPANELLI, <i>Il caso dell'espansione (bloccata) dell'aeroporto di Heathrow: un passo avanti per il contenzioso climatico</i>	355
CARLOTTA CALEMME, <i>Rilevanza visiva di lavori non autorizzati e principio di offensività: il reato paesaggistico è un reato di pericolo astratto</i>	387

DOCUMENTI

TULLIO SCOVAZZI, <i>La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino opinabilmente sconfitta per due a uno</i> Francia, Consiglio Costituzionale, decisione n. 2019-823 QPC del 31 gennaio 2020	403
TULLIO SCOVAZZI, <i>O Brasil não pode parar?</i> Brasile, Pubblico Ministero federale, Sezione giudiziaria di Rio de Janeiro, decisione del 28 marzo 2020 sull'azione civile pubblica n° 5019484-3.2020.4.02.5101/RJ	411
TULLIO SCOVAZZI, <i>La decisione finale sul caso Urgenda</i>	

Paesi Bassi, Corte Suprema (Hoge Raad), sentenza del 20 dicembre 2019 sul caso <i>Stato dei Paesi Bassi c. Stichting Urgenda</i> .	419
--	-----

The Complex Reality of Climate Change: An Analysis*

LAURA WESTRA**

1. Introduction. – 2. Climate Change and International Law. – 3. The Current Understanding of Climate Change is Incomplete. – 4. The Role of Land in Climate Change. – 5. Beyond Natural Systems' Harms: Other Victims of Climate Change in Need of Protection. – The Complex Reality of Climate Change Demands a Radical Reconsideration of Present Human Rights.

1. *Introduction*

Research indicates that the Earth's climate is changing at a rate that has exceeded most scientific forecasts. Some families and communities have already started to suffer from disasters and the consequences of climate change, which has forced to leave their homes in search of new beginnings¹.

The UN General Assembly has adopted a Global Compact on Refugees in December 2018. That document acknowledges several of the many aspects of climate change which are often left untouched even by some willing defenders of the possibility of adopting some serious measures in order to at least limit and mitigate its current impacts. Most think that once we divest from mining, limit the use of personal automobiles and possibly of unnecessary air travel, plus perhaps limit the use of plastics, that is the very best that can be done.

* Contribution submitted to peer review.

** Emerita, University of Windsor, Maple, Ontario, Canada.

¹ UNHCR *Climate Change and Disasters Displacement*, Jan. 20/20, available online.

This document, however, emphasizes some of the other complex causes and effects of climate change, primarily the dwindling supplies of drinking water as desertification spreads in many regions, leading to the decimation of available crops for local Indigenous inhabitants of the most affected areas. The document also criticizes existing legal regimes, starting with the fact that the term “climate refugee”, which refers to an unfortunate common reality that has not been acknowledged by either the Convention relating to the Status of Refugees (1951) or the 1984 Cartagena Declaration on Refugees, is not the most acceptable. The United Nations Refugee Agency (UNHCR) proposes instead “persons displaced in the context of disasters and climate change”².

This definition is certainly far more accurate than any formal one that has not been altered in many decades, as it also encompasses both internally displaced persons and those that are forced to leave their home base altogether. Yet, as helpful as this document is, there are a number of grave issues that are ignored. The fundamental issue is clearly that current legal instruments are totally insufficient to connect all the problems that arise, let alone control the unchecked spread of climate change’s grave effects. Thus, we will address each of the issue connected with the complex reality of climate change in turn, starting with the basic issues that arise in international law.

2. *Climate Change and International Law*

International law is, as the word implies, law intended to deal with the relations between nations. In addition, there are some highly significant relations between States and individuals, groups and communities that are protected by special treaties intended for the protection of women, children, Indigenous Peoples, minorities and the like.³ How-

² *Id.* p. 5

³ Commission on Human Rights, Convention on the Rights of the Child, GA Res.44/25 UN GAOR, Supp.No.49, UN Doc.A/44/49 (1989); CERD (Committee on the Elimination of Racial Discrimination), Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, UN GAOR, 1992, 47th Sess. Supp. No.18, UN Doc.A/47/181; Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Mr. Rodolfo Stavenhagen, submitted pursuant to

ever, for all those instruments, the responsibility to integrate their mandates into constitutional regulations devolves once again to the States themselves. Increasingly, and for a variety of reasons to which we shall briefly refer below, the States are most often unable to perform their expected roles.

In general, States appear to have lost the basis of their power, thus the grave difficulties that concern climate change can only be dealt with at the supranational level. We saw that the States have refused to accept responsibility for the effects of climate change because it was not in their immediate interest to do so. It has been and still is the political will of States that has ensured that the 2019 COP meeting ended inconclusively as all those in earlier years did. The State has been the most important entity in law for a long time, but since many of the services originally provided by States are now in the hands of corporate providers, they are no longer viewed in the same light by their citizens.

Saskia Sassen notes that

“The changes brought about by globalizing dynamics and by denationalizing the territorial and organization of state authority are also transforming the institution of citizenship”⁴.

Sassen adds that these changes in the functions of national States result in “the denationalization of citizenship”⁵. The reliance on markets to solve political and social problems is part of this trend as most States now rely on the market to address social issues⁶; but reliance on the market is far more than an abstraction, it indicates a very dangerous situation:

The past four decades have witnessed a dramatic rise in globalized business. Today an estimated 100,000 multinational corporations (MNCs) account for about a quarter of the gross domestic product (GDP) and generate turnovers which exceed the public budgets of many states. The private sector wields considerable economic and social power and even

Commission on Resolution 2001/57, UN ESCDR, 2002, UN Doc.E/CN.4/2002, UN Doc.E/CN.4/2002/97.

⁴ S. SASSEN, 2008, *Territory Authority Rights*, Princeton, 2008, p. 280.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*, p.285

increasingly expands into traditionally State-run sectors, fulfilling (quasi) governmental functions by providing infrastructure, housing and health services, or organising elections⁷.

Wouters and Chane emphasize the dangerous aspects of MNCs' activities, as they "also harm human rights, damage the environment or even commit crimes"⁸. Climate change has been acknowledged to be a crime against humanity today by several European leaders and many organizations and movements. As well, the document with which this chapter was started documents the activities of non-state actors as true perpetrators of many of the disasters brought about by climate change.

Thus, the sequence we have traced starts with the double progression of citizens' disenchantment with their nation of origin on one hand, and the progressive abdication on the part of those nations of their traditional roles and obligations, on the other, Alexandra Gatto emphasizes the eventual role played by MNCs today:

"One of the many reasons for the difficulties of addressing human rights obligations can be found in their structure and organization. First MNEs are not created by a single law. Secondly, there is no one law that delineates the limits of their activities and distribution of power. Control of MNEs is arranged in a way that defies territorial boundaries. They are characterized by having a profit making motive together with the ability to operate across national borders and outside the effective supervision of domestic and international law"⁹.

Gatto explains that those she terms MNEs "organize themselves in the form of global networks" and thus escape traditional constraints, as they operate through a supranational framework¹⁰. She adds:

⁷ J. WOUTER, A. CHANE, *Multinational Corporations in International Law*, in M. NOORTMANN, A. REINISCH, C. RYNGAERT (eds.), *Non-State Actors in International Law*, Oxford, 2017, p. 225

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. GATTO, *Multinational Enterprises and Human Rights*, Cheltenham, 2011, p. 14.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 14-15

“Corporations, however, are not willing to accept international status¹¹”.

They only accept whatever may enhance their status and power, without “tiresome constraints”.¹² Hence the most important considerations regarding climate change must include a brief analysis of the legal situation within which climate change developed and continues almost unchallenged to inflict harm.

This brief discussion demonstrates the sequence of facts that leads inexorably to perpetrating crimes against humanity with impunity. The first step is for MNCs to work beyond both domestic and international law’s purview, as they operate at the supranational level instead, while, at the same time, national citizenship is transforming into transnational citizenship. At the supranational level, there is no legal regime capable of imposing limits, especially because MNCs operate as groups, conglomerates, and do so involving numerous locations often in different continents. However, MNCs have not totally ignored States, in fact they have diligently taken them over by controlling their functions through privatization, their political system through the support of sympathetic candidates or outright bribery.

This sequence permits the pursuit of profit and power with total disregard of even the most basic respect for human right. A recent example is the tobacco industry’s lengthy campaigns to demonstrate that tobacco smoking was safe and did not harm the users. Their weapons were the endless bribing of so-called “witnesses” in support of their ongoing campaign to instill doubts in the face of numerous serious scientific studies that clearly demonstrated the contrary facts¹³. Hence the complex combination of factors joined to promote the total disregard for human rights that is the basis of crimes against humanity. In the next section we will turn to an analysis of the aspects of climate change, beyond the well-known CO₂ emissions.

¹¹ *Id.*, p. 15

¹² *Ibidem.*

¹³ N. ORESKES, E. M. CONWAY, *Merchants of Doubt*, New York, 2011; D. MICHAELS, 2008, *Doubt is Their Product*, Oxford, 2011; C. SOSKOLNE, *Epidemiology and Public Health Under Siege: In Whose Best Interests?*, in L. WESTRA, K. BOSSELMANN, M. FERMEGLIA (eds), *Perspectives on Ecological Integrity in Science and Law*, Heidelberg, in press.

3. *The Current Understanding of Climate Change is Incomplete*

We are familiar with the common understanding of what causes climate change, even among the leaders - European for the most part - who take it seriously and who propose remedies. They talk about closing mines, limiting travel by planes and automobiles and, in general, they tend to believe that the culprit is mainly (or exclusively) CO₂ emissions. Of course, they are not wrong, but they are only partially correct. The reality is much more complex, and it took until 2014 and a report to the Human Rights Council to understand that complexity better. Surprisingly Oliver de Schutter's report started by attacking ongoing agricultural practices, linking such practices explicitly to climate change:

“The most potentially devastating impacts of industrial modes of agricultural production stem from their contribution to increased greenhouse gas emissions. Together field-level practices represent approximately 15 per cent of total human made greenhouse gas emissions, in the form of nitrous oxide (N₂O) from the use of organic and inorganic nitrogen fertilizers, methane (CH₄) from flooded rice fields and livestock, and carbon dioxide (CO₂) from the loss of soil organic carbon in cropland and, due to the intensified grazing, on pastures. In addition, the production of fertilizer, herbicides and pesticides, the tillage, irrigation and fertilization and the transport, packaging and conservation of food require considerable amounts of energy, resulting in an additional 15 to 17 per cent of total man-made greenhouse gas emissions attributable to food systems”¹⁴.

Thus the one person charged to produce an in-depth study of the interface between food and climate change confirmed that relation, as “livestock is found to be responsible for 51 per cent of anthropogenic gas emissions”¹⁵. The unavoidable connection between food systems and climate change is confirmed also by the abundant material now availa-

¹⁴ O. DE SCHUTTER, *Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Final Report: The Transformative Potential of the Right to Food*, UN Doc. A/HRC/25/57 of 24 January 2014, p. 5.

¹⁵ *Ibidem*, p. 6.

ble on land grabs, that is on the appropriation of Indigenous lands by various means, many illegal, and all morally wrong, for the purpose of fostering profitable monocultures, mostly intended to grow fodder for animals and material intended to feed automobiles, so neither humans nor animals¹⁶.

Local Indigenous communities have a right to heir natural resources, but the corporate land grabbers, for the most part also work with the support of the International Monetary Fund (IMF) or the World Bank.

The evidence continues to emerge regarding the connection between ecological harms, specifically climate change and food production and consumption. It seems to have accelerated in the last couple of decades and it discloses the primary culpability of States and corporate interests, together with the clear proof of the manifold harms that result.

In fact, if we turn to the area that is now considered “the lung of the world”, that is the Amazon region, we find precisely the reasons for the burning and deforestation that are destroying the functionality of that region, they are the corporate interests that have been destroying human health everywhere through the spread of their genetically modified organisms (GMOs), and of the hazardous pesticides which are the basis of their wealth¹⁷. In fact, the evidence that rendered the European countries aware of the gravest threats arising from climate change came from the areas that, as we noted, were quickly termed “the lung of the world”, that is the Brazilian Amazon region. In 2019, that area was under the control of Bolsonaro, known as the “chain-saw king” because of his tireless efforts to clear the area to facilitate the economic interests of the corporate purveyors of the very products condemned by the report of de Schutter, GMOs and the hazardous pesticides now produced by Bayer Corporation.

As we noted in Section 2, the law is unfortunately unable or unwilling to restrain and control these powerful non-State actors, whose products have infiltrated the food supply of the world. Thus, if we can stop the proliferation of crimes against humanity, we need to start by acknowl-

¹⁶ S. LIBERTI, *Land Grabbing - Journeys in the New Colonialism*, London, 2013; F. PEARCE, *The Land Grabbers (The New Fight Over Who Owns the Earth)*, Boston, 2012.

¹⁷ L. WESTRA, *On Hunger*, Irvine, 2018; C. GILLAM, *Whitewash: The Story of a Weedkiller. Cancer and the Corruption of Science*, Washington, 2017.

edging the ease with which non-State actors avoid both domestic and international limits to their activities, by simply operating beyond both. They use “normal business transactions” to pursue their interests while ignoring the harms to human rights that result, but their business-as-usual is all but that.

They deal with poor, vulnerable, often uneducated people in poor countries. And as MNCs they certainly employ lawyers, and are generally educated, hence they should be well aware that no contract is legal unless there is full understanding of the conditions under which the agreement takes place, to ensure that no coercion is present. But that is not the way such business is conducted, and along with climate change, the further crime against humanity, that land grabbing is also perpetrated.

4. *The Role of Land in Climate Change*

The climate is one of the natural functions of the ecology of the land, that is why it was the burning and the culling of trees in the Amazon that finally brought the global impact of climate change to the attention of European leaders. The importance of our relation to land was first emphasized by a forester, Leopold Aldo, in 1933¹⁸. He decried the approach to land as a marketable commodity rather than a vital part of human life. His work is still used as a teaching tool for foresters in North America. His support of ecological integrity is basic to any form of morality¹⁹.

As far as the land itself is concerned, we can turn to the work of Wendell Berry who foresaw the mounting problems of industrial agriculture which, he believed, gave rise to grave problems:

(1) soil erosion, (2) soil compaction, (3) soil and water pollution, (4) pests and diseases resulting from monoculture and ecological deterioration²⁰.

The foundational problem was the change from viewing agriculture through organic images, while after the industrial revolution, the previous approach, which was familial and traditional, was turned into “ag-

¹⁸ A. LEOPOLD, *The Conservation Ethics* in *Journal of Forestry*, 1933.

¹⁹ L. WESTRA, *The Principle of Integrity*, Lanham, 1994, is also echoed today (S. ALLEN, *Rewilding Can Mitigate Climate Change*, *Researchers Report after Global Assessment*, Feb. 5, 2020, available online).

²⁰ W. BERRY, *The Gift of Good Land*, San Francisco, 1981, p. 115.

ribusiness” instead. This change has been particularly harmful for the Indigenous Peoples of the world, who depend on the land for survival.

Their lands have been taken over and abused for decades, and climate change has been adding extreme drought and desertification.

In Section 3 we noted the presence of land grabs, an acknowledged crime against humanity, which together with the physical changes in earth itself, ensure that climate change’s reality should affect more powerfully the vulnerable inhabitants of the poorer countries. When we discussed international and domestic law, we noted the presence of important treaties intended to eliminate racism and defend important human rights, including those of Indigenous Peoples. Those treaties are particularly significant now as disrespect for human rights is basic to all crimes against humanity; those affected and harmed are not considered to be of equal worth or dignity as the powerful individuals or groups who commit the crimes.

This sequence, that is, to start by depriving a group, community, or people of their humanity is what happens and somehow is used to justify the murderous attacks that follow. An example may be the terrible killings between the Hutus and the Tutsis neighbours in the same land²¹. A representative of *Médecins sans Frontières* lectured students at a Toronto Law School to describe what took place. As he was attempting to protect a location that housed Tutsi children, he spoke to the Commander of the Hutus, and said “but these are just children”. The Hutu responded, “they are not children, they are insects”²².

This is a common pattern when genocide occurs although the description of the despised people varies in the description, they may be described as evil, dirty, terrorists, criminals, but the results is the same: it is a proposed justification for genocide. So too the Indigenous Peoples in North and Central American continent were described by the conquerors as “animals of the forest”, until the Dominican Friars of the Spanish School corrected them, as they were instrumental in proposing the basic principles of international law²³.

²¹ J. ROSENBERG, May 07, 2019, viewed Feb. 08, 2020, available online.

²² The author was present at the lecture in 2001, at Osgoode Hall Law School in Toronto.

²³ G.C. MARKS, *Indigenous Peoples in International Law: The Significance of Francisco de Vitoria and Bartolome’ de las Casas*, in *Australia Yearbook of International Law*, 1990-1991, pp. 1-51.

This thorough and deliberate disrespect is particularly dangerous in regard to Indigenous Peoples who, whoever they are, represent the true guardians of the integrity of the land, as both their cultural traditions and their religious beliefs inspire their special relationship to the land. Some examples from Canada will make this bond clear.

First Nations have an even clear, non-derogable obligation to abstain from using their lands in ways that clearly contradict both the Canadian Constitution and international agreements. For instance, Art. 25 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (General Assembly Resolution 61/295 of 13 September 2007) states:

“Indigenous peoples have the right to maintain and strengthen their distinctive spiritual and material relationship with the land territories, waters and coastal areas and other resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and to uphold their responsibilities to future generations in this regard”.

The concept of intergenerational equity is as entrenched in international law as that of intragenerational justice, for both, environmental and ecological rights are foundational²⁴.

The environmental component of First Nations' rights is still being debated in the courts²⁵.

And yet, “the foremost factor in the survival of tribal cultures in nations with common law court systems may be the courts' willingness to accept as part of its judicial role a responsibility to both recognize and impose the sovereign obligation to understand value and preserve the environmental interests of native populations”²⁶.

These obligations reflect more than the requirements of legal instruments and the constitution. They reflect the reality of the Aborigi-

²⁴ E. BROWN-WEISS, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, in *American Journal of International Law*, 1990; L. WESTRA, *Environmental Justice and the Rights of Unborn and Future Generations*, London, 2006.

²⁵ See the judgment of 17 September 1999 of the Supreme Court of Canada in the case *Marshall v. The Queen*.

²⁶ P. MANUS, *Indigenous Peoples' Environmental Rights: Evolving Common Law Perspectives in Canada, Australia and The United States*, in *British Columbia Environmental Affairs Law Review*, 2006.

nal treatment and use of their lands. That is something technologically “advanced” societies have forgotten or ignored, resulting in the present global ecological situation.

The Koyukon people are strongly influenced to harvest only as much as they can use and to use everything that they harvest. Among the Koyukon, reverence for nature, which is strongly manifested in both religion and personality, is unquestionably related to conscious limitation of use²⁷.

Governed by social custom, taboos and strict regulations, most Aboriginal peoples, such as the Cree for instance, “do not kill more than they need, for fun, or for self-aggrandizement, although they are fully aware of their ability to do so”²⁸ In general, Aboriginal hunters are regulated through “rotational hunting”, and by shifting the consumption from one animal to another as well as other seasonal considerations to ensure sustainability. Their practices emphasize “reciprocity and balance”, in their relations with the natural world, of which they deeply believe they are a part. Hence Aboriginal environmental ethics are deeply embedded in their culture and in the social fabric of their community, and many environmental philosophers have noted this important fact, especially Baird Callicott²⁹. But the best way to understand that connection starts with the famous work of forester Aldo Leopold, who defines right conduct as that which “tends to preserve the ecological stability, integrity and beauty of the biotic community, and wrong as it tends otherwise”³⁰.

It is not necessary for Indigenous peoples living a traditional lifestyle to work out an explicit environmental ethic, as their essential “Indianness”, or the accumulated beliefs of their communal life incorporate precisely the outlook required for sane environmental policies, as I have argued, outlining the “principle of integrity” as the basis for an environmental

²⁷ R.K. NELSON, *A Conservation Ethics and Environment: the Koyukon of Alaska*, in N.M. WILLIAMS, E.S. HUNN (eds), *Resource Managers: North American and Australian Hunter-Gatherers*, Boulter, 1982.

²⁸ KAPASHESIT, KLIPPENSTEIN, *Aboriginal Group Rights and Environmental Protection*, in *McGill Law Journal*, 1991, p. 933.

²⁹ J.B. CALLICOTT, *Traditional American Indian and Western European Attitudes Toward Nature: An Overview*, in J.B. CALLICOTT (ed), *In Defense of the Land Ethic: Essays in Environmental Philosophy*, Albany, 1989.

³⁰ A. LEOPOLD, *A Sand County Almanac and Sketches Here and There*, New York, 1949.

ethic³¹. In addition, however, their tradition incorporates a spiritual role for nature that is unique, as it is not present in either environmental ethic literature or in ecological science.³² In fact, their approach represents the one way today's societies may still halt or at least moderate the environmental catastrophe that is upon us³³, as

“Aboriginal ecological management systems are distinct and largely independent from a modern Western state. Aboriginal ecological management systems are based on local knowledge and structures and derive legitimacy from their traditional origin³⁴”.

From keeping track of the number and conditions of beaver lodges, to establishing “hunting bosses” charged with controlling where to hunt and how much could be taken, Aboriginal practices manifest both scientific understanding of and respect of communal resources³⁵. Had the affluent societies of the Western world been governed by such principles, we would not be facing what I have termed “the final enclosure movement”, as the commons and even the common heritage of mankind, are almost entirely non-existent today³⁶.

The reciprocity with non-human animals and all of nature, and the intimate bond they share with both, is something that modern liberal individuals have long since cast aside, as our economics are based on an impossible and unfair “growth” ethic. Ever larger takings from nature, without any consideration for human and non-human life, and even less for the presently vulnerable people that try to cling to that nature, such as Indigenous groups, or future generations, manifest the violently oppressive aspects of our ecological footprint.

The neo-liberal goals of an expansive economy and ever-increasing

³¹ L. WESTRA, *The Principle of Integrity*, Lanham, 1994; L. WESTRA, L. *Living in Integrity*, Lanham, 1998.

³² KAPASHESIT, KLIPPENSTEIN, *op. cit.*, p. 930.

³³ See for instance A. GORE, *An Inconvenient Truth*, Emmaus, 2006, as well as any number of current works on the topic.

³⁴ KAPASHESIT, KLIPPENSTEIN, *op. cit.*, p. 935.

³⁵ *Ibidem*, p. 934.

³⁶ L. WESTRA, *Environmental Rights and Human Rights: The Final Enclosure Movement*, in R. BROWNSWORD (ed), *Global Governance and the Quest for Justice*, Vol. 4, *Human Rights*, Oxford, 2005.

power are based on not recognizing limits to growth and to enrichment, no matter how unjust and what cost. Ultimately, “appropriating” resources indiscriminately leads to a general biotic impoverishment that will affect first, and most obviously the “canaries”, or those who have neither the protection afforded by better economic conditions, nor the luxury of being able to move elsewhere.

That bond is one that we might attempt to sever at our own peril, given the importance of their beliefs and traditional of the natural world upon which we depend. Sadly, not all countries are as committed to their First Nations as Canada is. Nevertheless, the Indigenous Peoples of all continents share their attachment and their traditional/cultural relation to the land. Equally, where no special constitutional protection exists, they are both highly vulnerable and easy to exploit, so that despite the importance of their ties to the land they tend to be victims of extreme discrimination.

5. Beyond Natural Systems' Harms: Other Victims of Climate Change in Need of Protection

Section 3 demonstrated that the current understanding of climate change is incomplete and, as de Schutter indicated, it is not only the Indigenous Peoples living in the poorest parts of the globe that are exposed. The more complete understanding indicates that those in the wealthy countries also suffer from various aspects of climate change, even though they may have enough food to eat. They are at the mercy of weakened States or non-State actors, but they are at least in wealthy and modern countries. That means they are still at the mercy of the corporate powers that manipulate the politics of authorities that are expected to protect and guide citizens, but do not.

Hence there are a number of aspects of climate change that harm those that the governments of North America, primarily the United States, and the Northern European states have to bear. These citizens are affected in a number of different ways. Firstly, as we discuss the citizens that Sassen termed “transnational”, we must acknowledge that the governments of their States are far from willing to stand up in defence or support of their own citizens. Susan Strange says:

“Some people in some states for example may feel the sense of identity (to the state), but may acknowledge the legitimate authority of the state only because they are obliged to do so, and because the penalties of challenging that legitimacy are too severe. They obey the rules laid down by the state and conform to the policies decided by the government because that is the line of least resistance; anything for a quiet life. But it may not follow from conformity and acquiescence that their primary loyalty is to the state, or that there are no limits to the sacrifice the individual is voluntarily prepared to make in showing that loyalty”³⁷.

Thus, wealthy states primarily in North America receive (and deserve) very limited loyalty from their citizens. What they offer in return is a number of harmful prescriptions, promotions and forms of guidance. A quick look at any news channel in the United States, for instance, will disclose that most people in the street and even in official positions are significantly overweight and often obese. The local advertising is saturated with websites suggesting numerous ways of losing weight.

At the same time the same media bombard them with advice on appropriate diets all of which contain dangerous amounts of fats, red meats and dairy products, chosen to bolster the relative corporate profits rather than the real needs of the population. At the same time, the effects of climate change are everywhere, from fires in California, to extreme heat in large cities, deadly to those who cannot afford air conditioning and often involving high humidex numbers that present a death threat to anyone who has a compromised respiratory or immune system.

In European countries, large cities are plagued by storms, floods, dangerous small particles in the atmosphere, In general, there too, unexpected extreme cold alternates with high heat. So that the rich are affected by some of the aspects of climate change no less than those in the poor countries. We have argued that the States are weakened in many ways, and that the power they have lost now resides in that of transnational corporations. Speaking of the structural power of the United States, Strange adds:

³⁷ S. STRANGE, *The Retreat of the State*, Cambridge, 1996, p. 71.

“... the truth is that the main outcome of this structural power has been a shift in the balance of power from states to markets. The United States, using its structural power to lock European, Latin American and now Asian and African economies into an open world market economy intended to reap benefits and new opportunities for American business. What its policymakers did not fully intend – in line with literary traditions – was the enhanced power that this would give to markets over governments”³⁸.

Further confirmation of the connection between harmful market economies and climate change is in evidence in Central and South America in the operations of the *School of the Americas*, also called the “School of Killers”³⁹. Founded in 1946, the School became known through a series of coups, the funding of civil wars in El Salvador, which included the assassination of six Jesuit priests in 1989⁴⁰. In 1999 the *Washington Post* released information about the training manuals including the use of torture and of truth serum. The term “neutralisation” was used as a euphemism for illegal execution⁴¹. More recently, in March 2017, Berta Caceres, Indigenous leader in Honduras was also assassinated⁴².

The involvement of the United States governments in the politics of Amazonia are too many to list at this time⁴³, and are, for the most part, to be found in websites as the issue has been brought only recently to the attention of the world. But the work of de Schutter, discussed in Section 3, confirms the unavoidable interface between corporate economic interests and the global climate harms that originate from Amazonia.

Pope Francis has joined the chorus of condemnation, as he urged Catholics to “feel outrage over Amazon destruction”⁴⁴. The Amazonia region in fact combines the presence of both corporate takeover and the role

³⁸ S. STRANGE, *op. cit.*, p. 29.

³⁹ *School of the Americas, Still the School for Killers?*, available online.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 4

⁴¹ *Ibidem*, p. 5.

⁴² *Ibidem*, pp. 7-9; see also the prize from the Goldman Environmental Foundation, available online.

⁴³ L. WESTRA, *Climate Change and Starvation, From Apocalypse to Integrity*, in press.

⁴⁴ Staff and Agencies in Brasilia, *Bolsonaro Attacks Pope Francis over Pontiff's Plea to Protect the Amazon*, available online.

of food, and that deadly combination has been known for some time, as Vandana Shiva incisively details, “the corporate high-jacking of food and agriculture”⁴⁵. Shiva starts by showing how India has been targeted by the corporate globalisation of agriculture, particularly painful in that country since 75% of the Indian population makes its living through agriculture⁴⁶.

The intrusion of corporate agribusiness has been forced upon India by United States corporations now owned by Monsanto/Bayer. In Section 3 we saw how, in general, meat consumption was a major contribution to climate change which brought us to consider the Amazonia region for confirmation. But Shiva demonstrates how non-meat eaters are equally targeted by corporation’s intent upon monopolizing the soybean trade:

“Monsanto has brought up the seed business of corporations such as Cargill, Agracetus, Calgene. ... Monsanto now owns a patent on herbicide resistant plants. This patent covers herbicide-resistant corn, wheat, rice, soybeans, cotton, sugar beet, alfalfa, poplar, pine, apple and grape ... (and that entails) the application of glyphosate (a herbicide)⁴⁷.

In fact, the soybean industry can be found precisely in the Amazonia, thus ensuring that even vegetarians and vegans cannot escape the harms wrought by corporate control, and the climate is additionally affected. Thus, we return once again, following Shiva, to MNCs or corporate behaviour in relation to human rights. We need to remember that corporations are non-state actors, which, as we saw, operate in a special transnational realm, Nowak and Januszewski explain the situation:

“Finding explicit human rights obligations within the present human rights landscape, therefore, reminds one of the search for a needle in a haystack, despite the fact that over the last 50 years an impressive and diverse corpus of modern human rights law has developed, this plethora of norms seems, with a few exceptions, to apply only between the individual and the state”⁴⁸.

⁴⁵ V. SHIVA, *Stolen Harvest*, Cambridge, 2000.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁸ M. NOWAK, K.M. JANUSZEWSKI, *Non-state Actors and Human Rights*, in M.

The authors add that despite legal efforts to ensure the presence of a “due diligence” obligation of States to protect individuals from abuse by private actors”, an “accountability gap” persists⁴⁹. Human rights should be conceived “as tools for an all-around protection of a dignified life with the basic aim to empower the powerless within any oppressive power structure”⁵⁰.

Such a radical change in the very structure of human rights appears to be a necessity, if we are to cope with the twin grievous attacks on human rights arising from both climate change as such as those directed to the agricultural/food supply, as both meat eaters and vegetarians are clearly incapable of being protected from such double threats within the present legal structures.

6. *The Complex Reality of Climate Change Demands a Radical Reconsideration of Present Human Rights*

“Climate change ‘threatens to undo the last 50 years of development, global health and poverty reduction’, a United Nations expert said on Tuesday, citing the risk of a new era of ‘climate apartheid’ where the rich buy their way out of rising heat and hunger”⁵¹.

Special Rapporteur Philip Alston adds, “even if current targets are met, tens of millions will be impoverished, leading to widespread displacement and hunger”, which is certainly true, although all those so-called achievements, such as development, global health and poverty reduction are, in themselves, questionable as they stand. Environmental disasters do not happen by chance: they have a systemic root, it is not simply a series of operational accidents that simply happen. The reality of climate change in all its complexity indicates the existence of culpable acts as the aetiology of most such disasters, at least human hands as involved in the aggravation or such disasters, and that is the

NOORTMANN, A. REINISCH, C. RYANGAERTS (eds.), *Non-State Actors in International Law*, Oxford, 2017, p. 117.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 117.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 118.

⁵¹ UN News, citing UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, P. Alston, available online.

central point that needs to be made explicit in order to demonstrate clearly why “environmental disasters”, like the more explicitly descriptive “land grabbing”, are the result of human activities that must be described as criminal. That is the pivotal point, because these disasters have been viewed as similar to the “plagues” that were used as prime examples of environmental disasters: that is, events that are terrible but unconnected to, let alone caused by human activities that are deliberate or at least culpably negligent.

The grave consequences of climate change are readily acknowledged by both science and policymakers, with the exception of a few North American politically motivated “deniers”. However, the “environmental disasters” that have been widely noted, have not led to a corresponding quest for those whose actions produced and continue to produce those disasters, let alone to their condemnation the courts, both domestic and international.

The few cases that have reached a court of law have failed to provide justice for those affected. Hence there is a clear disconnect between the acknowledgment of grave, widespread harms originating from environmental and ecological conditions (“environmental disasters”) and the present legal situation, which does not possess, seemingly, the tools required to proceed from the harms to the perpetrators. That is the connection that the new additions of crimes against humanity should help to uncover.

For the most part, the results, that is the harms that emerge are not in question, but no one has attempted seriously to seek those who cause the harms, especially since such causes are seldom immediately visible, but may need to be sought in back years or even past decades. Environmental disasters are based upon exposures of land, air, seas and of all organisms within them, to various manmade substances that have the power to be noxious either singly or in combination.

Numerous perpetrators have collaborated, some more gravely than others, but thus far, they have all gone unpunished both in criminal and civil courts.

Yet in criminal law, all those who participate in the commission of a crime are taken to be guilty albeit in various degrees: they range from those who plan, those who benefit in various ways, those who facilitate or contribute in any way to the commission of the crime. When several

causes (including several perpetrators) contribute to a crime, we need to look to these circumstances as “concurrent causes”, and “contributory negligence”, rather than hope to find the cause, in order to discover a perpetrator more easily.

Hart and Honoré provide a suggestion; “When joint or several tortfeasors have contributed to the same harm, the obvious rule is that each should be liable for the whole harm”⁵².

This appears to be a better principle for both torts and crimes, because we can immediately start tracing back decisions, and the application of regulations for months, maybe even years, and still find additional causes in a long series of contributory causes. In this case, as in most environmental cases, it would be almost impossible to isolate the *conditio sine qua non*, the closest or most proximate cause:

“What we do mean by the word ‘proximate’ is that because of convenience of public, or a rough sense of justice, the law arbitrarily declines to trace a series of events beyond a certain point. This is not logic. It is practical policy”⁵³.

In general, there is no question about governments and ministries having a “duty” of care to the public with whom they are entrusted: the good of the citizens, hence, the protection of their life and health, minimally, is the condition that legitimizes their authority over citizens.

On the question of causation, Hart and Honoré argue that the three questions one needs to ask, in order to recognize what caused the harm, hence, who is responsible, in relation to the duty of care, are the following:

“whether the defendant was under the duty of care, whether he was in a legal sense guilty of negligence to the plaintiff, and whether his action was the proximate cause of the plaintiff’s injury, are really one and the same”⁵⁴.

⁵² H.L.A. HART, T. HONORÉ, 1985, *Causation in the Law*, 2nd edn., Oxford, 1985, p. 235.

⁵³ *Pasgraf v. Long Island R.R. Co.*, 24 8N.Y.339, 162 N.E.99 (1928), per J. Andrews in HART, HONORÉ, *op. cit.*, p. 90.

⁵⁴ HART, HONORÉ, *op. cit.*, p. 4.

The “one question” the authors suggest, citing Denning, L.J., who says that “simple is better”, is: “is the consequence within the risk?”⁵⁵. Being fully aware of the threat of risks, further questions can be asked about the role of “interpersonal transactions”:

They are relevant whenever causing, inducing, helping, encouraging or permitting others to act, is a sufficient ground for criminal responsibility, even though the statutory of common law rule under which the liability arises is not expressly formulated in these terms⁵⁶.

The role of a ministry, whether provincial or federal, is one of “causing,” “encouraging,” and “permitting” in regard to the corporate bodies whose operations provide the sources of the risks.

Hence the connection to criminal activity is certainly present when we pay close attention to non-State actors in relation to the multifaceted complexity of climate change we have been tracing. However the criminality exists in legal instruments connected to individual States, as we have noted, whereas, as we have noted, every single aspect of climate change harms must be ascribed to an agent or a combination of agent that operate beyond that level, thus are beyond the reach or legality.

A recent work on non-state actors indicated clearly the impossibility of finding respect for human rights or any aspect of due diligence and that the acceptance of accountability is a vain hope⁵⁷.

I have argued that it is necessary to radically change international law as it is no longer true to the very principles to which it was originally based⁵⁸. The re-examination of the increasingly precarious position of human rights today, as we noted, makes the radical change of the understanding of human rights an even more urgent task, it seems. As well, it might be a somewhat less daunting task than reforming international law, although that remains still a worthwhile and desirable long-term goal.

The current general awareness of much of what we have discussed on the part of transnational citizens, globally, may offer a better chance of success particularly because it is the very young people who are most

⁵⁵ L.J. Denning in *Roe v. Minister of Health*, 1954, 2 Q.B. 66, 86.

⁵⁶ HART, HONORÉ, *op. cit.*, p. 363.

⁵⁷ M. NOORTMANN, A. REINISCH AND C. RYANGAERTS (eds.), *op.cit.*, Section 5.

⁵⁸ L. WESTRA, *From Principles to Norms, the Development of International Law*, New York, 2019.

aware as most willing to protest. Most media outlets show children and young adults as the most persistent protesters against human rights abuses, from climate change to general environmental issues, from Indigenous rights to the rights of children and women.

These young people are not discouraged by the scorn or the indifference of State authorities, as they treat these as what they are, the main enemies of the protection of human rights. These young people know how to handle social media to best advantage, to connect and persist. These characteristics permit us to hope that perhaps the re-evaluation of the concept of human rights urged by the work of Noortmann, Reinisch and Ryngaerts discussed above, may be achieved in the not too distant future, thus allowing us to properly attack the criminal aspects of climate change in a better way.

Considerazioni in tema di *end of waste* tra carenti norme internazionali e attribuzione al consumatore di responsabilità altrui*

ILARIA TANI

If we could probe the real dreams of these marketing people as they slumber restlessly at night, we would find – when a smile finally settles on their faces – that they are not dreaming merely of more bewitching products to sell to us. More likely, they are dreaming that they are in their private world of the future, where selling has again become easy because the haunting problem of saturation has been vanquished. This Utopia might be called Cornucopia City, and its setting is out on the misty horizon of time.

V. PACKARD, *The Waste Makers*, 196

1. Il ruolo dell'*end of waste* nell'economia circolare e l'ambito dell'analisi. – 2. La metodologia normativa sul rifiuto a livello internazionale: l'assenza concettuale dell'*end of waste*. – 3. L'individualizzazione dei problemi ambientali: l'offensiva capitalista all'*end of waste*. – 4. Conclusioni.

1. *Il ruolo dell'end of waste nell'economia circolare e l'ambito dell'analisi*

L'orientamento nella direzione dell'economia circolare trova già da qualche tempo fondamento nei diritti nazionali¹ e a livello internazio-

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari. Il presente contributo prende le mosse da un incontro organizzato presso il Politecnico di Milano l'11 aprile 2019 sul tema *Crescita economica e sviluppo sostenibile: questioni di end of waste ed eco-design nel settore delle materie plastiche*. Il breve intervento che chi scrive presentò in quella occasione, allora vertendo sulla Strategia europea per la plastica nell'economia circolare di cui alla comunicazione della Commissione del 16 gennaio 2018, ha suscitato ulteriori riflessioni, nei mesi successivi all'incontro, che vengono qui di seguito elaborate.

¹ Nel diritto italiano, per esempio, v. legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante

nale.² La strategia Europa 2020, per il decennio 2010-2020,³ ancora non menzionava il concetto, che si è però inserito esplicitamente nel diritto europeo – e in maniera dirimpente – negli ultimi anni, fino a confluire in strumenti vincolanti come la direttiva 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell’incidenza di determinati prodotti di plastica sull’ambiente (direttiva SUP, dall’acronimo inglese di *single-use plastics*)⁴.

“Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali”; legge 19 agosto 2016, n. 166, recante “Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi”; d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), art. 95, comma 6, lettera c), che menziona tra i criteri di aggiudicazione dell’offerta “il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ... ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all’intero ciclo di vita dell’opera, bene o servizio, con l’obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un’economia circolare che promuova ambiente e occupazione”. Sul tema v., tra gli altri, C. BARDINI *et al.*, *Il governo della gestione delle plastiche nei rifiuti*, Bari, 2014; E. BOMPAN e I. N. BRAMBILLA, *Che cosa è l’economia circolare*, Milano, 2016; C. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto “Signals 2014” dell’Agenzia europea dell’Ambiente*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 821 ss.; D. CERINI e F. LAMARQUE, *Cibo e farmaci non consumati diventano doni, quando possibile, non rifiuti. Commento a prima lettura della L. 19 agosto 2016, n. 166*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, pp. 1376 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell’economia circolare*, in *Il Testo Unico dell’Ambiente a dieci anni dalla sua approvazione*, Atti del II Convegno annuale AIDAMBIENTE (Consiglio di Stato, Roma, 10-11 giugno 2016); L. DE PAULI, *I “costi del ciclo di vita” nel nuovo codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 625 ss.; F. LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019.

² Tra gli altri, H. PACINI, *Circular Economy: The New Normal*, Policy Brief No. 61, United Nations Conference on Trade and Development, Ginevra, 2018; F. PRESTON e J. LEHNE, *A Wider Circle? The Circular Economy in Developing Countries*, Briefing, Energy, Environment and Resources Department, Chatham House, 2017; G. VALLES, *The Circular Economy in International Trade*, United Nations Conference on Trade and Development, Ginevra, 2016; S. YAMAGUCHI, *International Trade and the Transition to a More Resource Efficient and Circular Economy: A Concept Paper*, Trade and Environment Working Papers, Parigi, 2018.

³ Comunicazione della Commissione europea, COM(2010) 2020 definitivo, *EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, Bruxelles, 3 marzo 2010.

⁴ Gli Stati membri sono tenuti a recepire la direttiva entro il 31 luglio 2021. Per alcune disposizioni, l’obbligo di recepimento è differito: gli Stati devono conformarsi

L'idea a fondamento del concetto di economia circolare è la c.d. biomimetica da parte dell'economia: anche quest'ultima, secondo il nuovo approccio, dovrebbe imitare la natura, i cui processi biologici sono già da tempo fonte di ispirazione per il miglioramento delle tecnologie umane, costituendone modello, misura e guida alla progettazione.⁵ In altre parole, l'uomo dovrebbe ispirarsi alla natura per sviluppare non solo soluzioni tecnologicamente efficaci, ma anche soluzioni produttive che funzionano secondo cicli chiusi, in cui il concetto di "rifiuto" non esiste e ci si misura con un continuo riutilizzo dei beni⁶.

È in questo modo che si affermerebbe la c.d. *blue economy* (o economia circolare, appunto), che, a differenza di altri modelli economici,⁷ smette di vedere l'ambiente naturale come un costo, finanche allo scopo di proteggerlo, e piuttosto lo considera un'opportunità, inserendosi in un ordine generativo ispirato alla natura, fondato su processi circolari che si estendono ad ambiti assai più ampi rispetto alla funzione contingente dei prodotti specifici e che si modellano sul materiale con il quale questi ultimi sono realizzati. In un simile sistema economico, i rifiuti assumerebbero un ruolo diverso dal loro tradizionale essere *res derelictae*, inserendosi, da un lato, come componenti imprescindibili del suddetto sistema e, dall'altro, contribuendo alla continua dinamica "di transizione" in un efficiente circolo produttivo, tuttavia senza esaurire quest'ultimo e costituendone soltanto un elemento, tra gli altri. Infatti, pur non potendone individuare, per definizione, un inizio e una fine, si è rilevato

all'articolo 5 a decorrere dal 3 luglio 2021; all'articolo 6, paragrafo 1, a decorrere dal 3 luglio 2024; all'articolo 7, paragrafo 1, a decorrere dal 3 luglio 2021; all'articolo 8 entro il 31 dicembre 2024, ma entro il 5 gennaio 2023 per quanto riguarda i regimi di responsabilità estesa del produttore istituiti prima del 4 luglio 2018 e per quanto riguarda i prodotti di plastica monouso elencati nella parte E, sezione III, dell'allegato alla direttiva.

⁵ Risale al 1997 la prima edizione di J. M. BENYUS, *Biomimicry: Innovation Inspired by Nature*, New York.

⁶ È evidente la differenza con il concetto di "economia lineare", che, al contrario, si fonda su produzione, utilizzo e abbandono del bene prodotto, comportando, da un lato, uno spreco di risorse e, dall'altro, un impatto ambientale negativo.

⁷ In particolare, la differenza è individuabile rispetto alla c.d. *red economy*, che è l'economia tradizionale che sfrutta le risorse naturali senza preoccuparsi del futuro, e rispetto alla c.d. *green economy*, che intende tutelare l'ambiente, ma lo fa considerandolo un "costo" e caricandone il peso economico su investitori e consumatori.

che l'economia circolare è un concetto che include almeno tre livelli di azione: non solo un ordine di priorità nella gestione dei rifiuti (principio della c.d. gerarchia dei rifiuti), ma anche un nuovo modo di approvvigionamento di materie prime e una progettazione ecocompatibile⁸. È chiaro, infatti, che, se l'economia circolare limitasse i suoi obiettivi alla riduzione dello smaltimento di rifiuti in discarica, la sua portata innovativa sarebbe decisamente da ridimensionare, dal momento che rappresenterebbe solo una versione contemporanea del suddetto principio della gerarchia dei rifiuti, riconosciuto fin dalla Direttiva 442/75/CEE del Consiglio del 15 luglio 1975, che considerava lo smaltimento come l'ultima soluzione possibile⁹. È, invece, proprio la prospettiva del riutilizzo dei rifiuti come nuovo modo di approvvigionamento di materie prime (le c.d. "materie prime seconde"), attraverso la loro fuoriuscita dal novero dei prodotti di scarto, che viene a essere particolarmente valorizzata nel nuovo modello economico, il quale in tal modo non risponde più, appunto, a un'esigenza soltanto ambientale, ma anche economica¹⁰. In realtà, si vedrà che anche questo approccio non è affatto nuovo e affonda le sue radici addirittura più indietro rispetto alle prime grandi conferenze intergovernative in cui furono elaborati i moderni principi del diritto dell'ambiente¹¹.

Nell'ambito dei discorsi sull'economia circolare, il problema dell'impatto che i rifiuti (di ogni tipo, non solo plastici) producono sull'ambiente viene oggi in rilievo di pari passo con il concetto di "cessazione della qualifica di rifiuto" (*end of waste*). Infatti, il suddetto impatto viene tanto prevenuto, ovvero minimizzato, quanto più il processo di recupero dei rifiuti e della loro (ri)trasformazione in prodotti (attraverso il riutilizzo o il riciclo di cui sopra) – l'*end of waste*, appunto – risulta efficace. L'influen-

⁸ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Diritto Amministrativo*, 2017.

⁹ Nella stessa direzione si sono mosse le direttive successive, come la Direttiva 2008/98 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa ai rifiuti, oggi modificata dalla Direttiva (UE) 2018/851 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018, che inserisce all'articolo 4 dello strumento emendato l'obbligo per gli Stati membri di ricorrere a strumenti economici e ad altre misure per incentivare l'applicazione della gerarchia dei rifiuti.

¹⁰ È su questo aspetto che si concentra il presente contributo, senza invece affrontare la terza componente dell'economia circolare citata nel testo, relativa alla progettazione ecocompatibile, che presenta ulteriori e diverse complessità.

¹¹ Cfr. paragrafo 3 del presente contributo.

za positiva di tale processo è duplice: da un lato, i rifiuti diminuiscono e, con essi, quindi, il loro impatto; dall'altro lato, il rifiuto torna a svolgere un ruolo utile come prodotto. *L'end of waste* comporta, quindi, anche la "metamorfosi giuridica" del rifiuto inutile (e spesso anche dannoso) in bene riutilizzabile, consentendone la permanenza – e conseguente regolamentazione – nella catena della distribuzione.

Il presente contributo intende riferirsi principalmente ai rifiuti plastici, la cui ormai capillare dispersione nell'ambiente – in particolare, quello marino – dimostra che per la plastica non è mai stato finora previsto un recupero efficiente, permanendo un modello di produzione e consumo di tale materiale per nulla funzionale sotto il profilo dell'*end of waste*.

A fronte del crescente riferimento al problema dei rifiuti plastici in proposte legislative, documenti programmatici, impegni volontari e, più in generale, in un dibattito pubblico che include una complessità di portatori di interesse anche in frontale contrapposizione, chi scrive proporrà alcune considerazioni sulle ragioni che stanno alla base dell'approccio normativo ai rifiuti plastici sul piano internazionale e sulle modalità del relativo confronto politico (in questo caso, anche a livello interno).

2. *La metodologia normativa sul rifiuto a livello internazionale: l'assenza concettuale dell'end of waste*

Un buon punto di partenza per riflettere sul concetto di rifiuto e sul suo potenziale impatto su ambiente ed economia è il diritto internazionale. Si tratta di un buon punto di partenza perché esso consente, meglio di altri ordinamenti, di evidenziare alcune lacune metodologiche nell'approccio normativo al rifiuto.

Rispetto alle normative nazionali, infatti, il diritto internazionale non offre una definizione generalmente accettata di rifiuto e, di conseguenza, non fornisce una prospettiva completa riguardo all'oggetto di questo studio. Esistono definizioni che valgono esclusivamente per determinati trattati e per determinate sostanze. Tali definizioni hanno il limite di non contribuire in maniera soddisfacente a un'analisi concettuale del rifiuto in generale come oggetto di norme giuridiche e non si rivelano utili se utilizzate al di fuori del loro specifico contesto. Inoltre, a causa di questa visione settoriale del rifiuto, l'ordinamento in questione non offre una

prospettiva completa – e, quindi, l’elaborazione di valutazioni vevoli oltre un determinato campo di studio – sulla connessione tra il diritto internazionale dell’ambiente in generale e il rifiuto come oggetto di norme internazionali. Infine, considerando il rifiuto essenzialmente come una cosa di cui disfarsi, il diritto internazionale ha contribuito a una concezione secondo la quale il rifiuto, piuttosto che nella veste di oggetto dotato di una sua *utilità* intrinseca, appunto in quanto sostanza materiale, viene considerato nella veste economica di mero oggetto di scambio, come tale corrispondente a un *valore*, al fine di consentirne la rimozione (nella quale consiste, appunto, il “disfarsene”).

Contestualmente, occorrerà come sempre considerare che l’impostazione giuridica del problema è saldamente strutturata sulle orme della prospettiva politica. A questo riguardo, ci si immerge in una percezione diffusa secondo la quale, ormai, per tante persone – come nella frase di volta in volta attribuita a Fredric Jameson e Slavoj Žižek – è più facile immaginare la fine del mondo che la fine del capitalismo, come verrà illustrato nel paragrafo successivo. Vi è infatti da considerare il dualismo ontologico che caratterizza il concetto stesso di rifiuto. Quest’ultimo, infatti, non individua solo ciò che, fuoriuscendo dalla catena della distribuzione, viene di fatto scartato, cioè il *materiale* che non trova più un utilizzo come prodotto. Il termine individua anche un *fenomeno comportamentale*, dalla scala individuale a quella collettiva, poiché il momento della transizione da “prodotto” a “rifiuto” è determinato dai comportamenti e, inoltre, ciò che è “rifiuto” per un determinato individuo ovvero per una determinata società può non esserlo (o non esserlo ancora) in altri contesti.

È un dato oggettivo che il numero sempre crescente degli strumenti normativi finalizzati alla tutela dell’ambiente a livello internazionale¹² non risulta affatto correlato a una diminuzione globale della produzione di rifiuti. In questo senso, si può dire che il diritto internazionale dell’ambiente non ha né influito sulla riduzione del materiale di scarto presente

¹² L’*International Environmental Agreement Database*, un progetto dell’Università dell’Oregon, i cui risultati sono reperibili sulla rete interconnessa, conta alcune migliaia di trattati di tutela ambientale. Sul tema, v. anche R.B. MITCHELL *et al.*, *What We Know (and Could Know) About International Environmental Agreements*, in *Global Environmental Politics*, 2020. Naturalmente, il numero degli strumenti non è certo e, in ogni caso, solo pochi rilevano per la problematica qui analizzata.

sul pianeta, né inciso sui comportamenti che determinano la transizione da prodotto a rifiuto.

Al contrario, le previsioni più recenti, per esempio relativamente all'invasione dei rifiuti plastici nell'ambiente marino, segnalano un impatto esponenziale del problema da qui ai prossimi decenni, che si somma a quello già di per sé impressionante che si è manifestato dall'avvento del materiale plastico a oggi¹³. Un tale sviluppo è pronosticato non solo dal mondo scientifico, ma anche da quello finanziario: il mercato relativo alla gestione globale dei rifiuti plastici prevede un incremento dai 22.764,66 milioni di dollari del 2017 a 36.225,61 milioni di dollari nel 2026, con un tasso annuo di crescita composto del 5,2 %¹⁴. Si consideri, inoltre, che le stime riguardano i rifiuti che vengono effettivamente gestiti, quindi recuperati, e non quelli che sono dispersi nell'ambiente senza più alcun controllo circa la loro destinazione finale (che, soprattutto una volta che questa sia il mare, non consente più alcuna forma di intervento veramente efficace).

Ci si chiede come sia spiegabile questo distacco tra il moltiplicarsi di obiettivi normativi internazionali di gestione dei rifiuti su scala globale in nome della protezione dell'ambiente e la crescita di un'economia altrettanto globale fondata sull'esistenza stessa dei rifiuti. In altre parole, ci si domanda in che cosa abbia "sbagliato" il diritto internazionale dell'ambiente, visto il suo fallimentare risultato nella riduzione dei rifiuti sul pianeta.

Per quanto concerne l'impatto della plastica sull'ambiente marino¹⁵, il diritto internazionale ha senz'altro reagito molto tardi e non ha ancora predisposto un apparato normativo che sia in grado di contrastare il fenomeno. Gli strumenti giuridicamente vincolanti che, a livello globale,

¹³ Oggi, sul pianeta si contano 8,3 miliardi di tonnellate di plastica, di cui ben 6,3 miliardi sono già rifiuti. Di questi, 5,7 miliardi non sono mai stati riciclati, quindi rappresentano lo scarto di impieghi limitati a un solo ciclo di vita del relativo prodotto. Per i dati relativi alla crescita della produzione di plastica negli ultimi decenni, v. ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, *The New Plastics Economy: Rethinking the Future of Plastics*, 2016.

¹⁴ STATISTIC MARKET RESEARCH CONSULTING PVT LTD, *Plastic Waste Management. Global Market Outlook (2017-2026)*, 2018.

¹⁵ Sul tema più generale dell'inquinamento marino e del trasporto di rifiuti via mare, v. il recente G. ARGUÉLLO, *Marine Pollution, Shipping Waste and International Law*, Abingdon-New York, 2020.

avrebbero potuto quantomeno concorrere al contenimento dell'inquinamento marino da plastica sono piuttosto risalenti nel tempo rispetto alla presa di coscienza del fenomeno e sono stati formulati con un linguaggio (volutamente) generico: nel caso della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (Montego Bay, 1982), le disposizioni sull'inquinamento marino anche da fonti terrestri – che rappresenta il problema principale – sono inserite in un quadro normativo molto sintetico, che lascia agli Stati ogni iniziativa circa una loro efficace attuazione. Non esiste, inoltre, sul piano globale, un trattato contro l'inquinamento marino da fonti terrestri. Laddove potenzialmente più specifici nell'affrontare le cause del problema, alcuni strumenti sono stati ratificati da un numero ancora insufficiente di Stati: la Convenzione sull'utilizzo dei corsi d'acqua internazionali per scopi diversi dalla navigazione (New York, 1997), potenzialmente utile per contrastare l'inquinamento marino da plastica, riguarda soltanto i corsi d'acqua internazionali (ma la plastica arriva al mare anche da una miriade di corsi d'acqua interni) e, in ogni caso, non è stata ratificata da quegli Stati che maggiormente inquinano il mare attraverso le vie d'acqua dolce. L'unico paese asiatico ad aver ratificato lo strumento è il Vietnam, che peraltro ha presentato una riserva riguardo al meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dal trattato. In altri casi ancora, gli strumenti esistenti vietano di inquinare il mare scaricando plastica dalle navi, come la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento da navi (Londra, 1973, emendata dal Protocollo del 1978), la Convenzione per la prevenzione dell'inquinamento marino da scarico deliberato di rifiuti e altro materiale (Londra, 1972) e il relativo Protocollo del 1996. Tuttavia, l'inquinamento da plastica proviene per circa l'80% da fonti terrestri. Infine, gli strumenti che riguardano il controllo dei movimenti transfrontalieri di sostanze dannose, sia pure recentemente soggetti anche a revisioni formali per produrre emendamenti utili a contrastare il problema dei rifiuti plastici, non comprendono tutte le tipologie di polimeri sintetici che attualmente raggiungono il mare¹⁶.

Più in generale, il diritto internazionale, nella maggior parte dei casi, non riconosce un'autonoma rilevanza, sotto il profilo normativo, all'*impatto* che i rifiuti producono sull'ambiente. In altre parole, spesso que-

¹⁶ Su questo tema, v. oltre in questo paragrafo.

sto diritto non si preoccupa direttamente, ma solo incidentalmente, di proteggere l'ambiente dai rifiuti, limitandosi a regolarne il movimento transfrontaliero e la distribuzione, nonché l'eventuale reintegrazione nei circuiti del mercato nella veste di beni economici. Le cifre dell'analisi finanziaria sopra segnalata ne costituiscono un'evidente conferma. I rifiuti attraversano i confini in quanto beni economici, in uno scambio fondato sulla differenza del valore relativo del materiale di scarto tra lo Stato di esportazione e quello di importazione, ma un sistema che si concentra sul valore economico del rifiuto lascia irrisolto il problema dell'impatto di quest'ultimo sull'ambiente¹⁷. Si potrebbe sostenere che è il diritto stesso, in questo senso, a "riciclare" il rifiuto da mero scarto (inutile, se non addirittura dannoso) in bene economico, ma il problema è che la duplice natura del rifiuto, come *sostanza* che ha un impatto sull'ambiente e come *fenomeno comportamentale*, non viene mai meno e non è sufficientemente compresa e fatta propria dalle norme internazionali.

Tale limite è insito nel tipo di ordinamento in questione, che esiste in funzione della suddivisione del globo in Stati sovrani. Si tratta di un ordinamento che, da un lato, tenta di coordinare gli interessi individuali dei singoli Stati (è la sua funzione tipica); e che, dall'altro, si propone di salvaguardare gli interessi della comunità internazionale nel suo complesso. Anche in materia ambientale, un ordinamento con questa genesi non ha come fine quello di occuparsi di fenomeni comportamentali tipicamente individuali o di specifiche collettività, né di regolare la produzione e la circolazione di cose (prodotti o rifiuti che siano) che restano all'interno dei confini nazionali. È solo quando il rifiuto attraversa le frontiere, ovvero produce un impatto extraterritoriale, che esso viene in considerazione per il diritto internazionale, perché comporta l'innescarsi delle dinamiche di relazione tra Stati che sono, appunto, alla base dell'esistenza stessa di questo ordinamento.

Il diritto internazionale non ha mai nemmeno prodotto una definizione di "rifiuto" che non fosse destinata a operare solo rispetto a un determinato strumento normativo e a una determinata problematica,

¹⁷ Questo dualismo tra la materialità dell'impatto, che passa in secondo piano, e il valore di scambio delle esternalità negative sul mercato, che diventa l'aspetto essenziale del sistema, dimostra le sue estreme conseguenze in un altro settore, diverso da quello dei rifiuti, ma pur sempre legato a problematiche ambientali, nel contesto dello scambio commerciale delle quote di emissione di carbonio.

mal potendosi adattare ad altri contesti¹⁸. Anche in ambito dottrinale, una panoramica dei più diffusi manuali di diritto internazionale dell'ambiente rivela che quello del "rifiuto" è sistematicamente considerato un problema a sé stante e circoscritto al particolare regime giuridico sotto osservazione, in un approccio frammentato che ignora la natura intrinsecamente trasversale e globale del problema.¹⁹ Così, vengono trattati distintamente i rifiuti chimici, tossici, nucleari, pericolosi, a seconda dello strumento normativo che ne regola il trattamento, senza abbracciare gli aspetti multidimensionali di un fenomeno che, peraltro, è stato ed è tuttora in continua e rapida crescita a causa dell'aumento della popolazione, dell'intensa urbanizzazione e della globalizzazione industriale. Si aggiunga che gli elenchi di sostanze allegati a convenzioni internazionali finalizzate a regolamentare il trattamento di alcune tipologie di rifiuto rappresentano soltanto una piccola parte dei prodotti chimici, tossici o comunque pericolosi che circolano sul pianeta.

Gli strumenti normativi, sul piano internazionale, sono progressivamente aumentati e sono stati accompagnati da una sovrabbondanza di dichiarazioni, piani d'azione e programmi pluriennali elaborati sui principi fondanti del diritto internazionale dell'ambiente, ma l'evidente peggioramento del problema su scala globale nel corso dei decenni dimostra che la partita è ancora aperta e molto più complessa di quanto prefigurano alcuni addetti al settore, che perseverano nell'elencare le diverse tipologie di rifiuti per compartimenti stagni, in un approccio

¹⁸ Assai condivisibile è, quindi, il rilievo secondo il quale "hazardous, nuclear, shipping, or land-based wastes are constructed as legally specialized and segmented categories that prevent us from developing a global perspective on how international environmental law and waste are interconnected", O. BARSALOU e M.H. PICARD, *International Environmental Law in an Era of Globalized Waste*, in *Chinese Journal of International Law*, 2018, p. 889.

¹⁹ D. BODANSKY *et al.*, *Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2007, non menziona nemmeno il "rifiuto" (*waste*) nella sezione dedicata ai concetti chiave (*key concepts*) del diritto internazionale dell'ambiente. Il concetto è preso in considerazione come esclusivamente circoscritto a determinate categorie di sostanze, quali, per esempio, quelle pericolose o tossiche o nucleari, e non ha mai una portata trasversale. P.-M. DUPUY e J.E. VIÑUALES, *Introduction to International Environmental Law*, Cambridge, 2018, raramente menziona il "rifiuto", che viene solo menzionato tra le varie fonti di inquinamento, senza un approfondimento dedicato alla sua natura trasversale e multidimensionale. Questo approccio è seguito dalla dottrina internazionalistica in senso pressoché unanime.

squisitamente compilativo²⁰. Solo eccezionalmente la dottrina si distacca da questo lavoro di mera catalogazione, in uno sforzo più critico, evidenziando che non esiste ancora una strategia di gestione globale dei rifiuti e che la frammentazione del diritto internazionale in materia di rifiuti deriva dalla circostanza che il trattamento di questi ultimi è stato per lo più affrontato, appunto, incidentalmente, nel perseguimento di obiettivi diversi da quello della protezione dell'ambiente²¹.

Un'ulteriore caratteristica dell'approccio maggioritario della normativa e della dottrina internazionalistiche risiede nella descrizione del rifiuto – prima ancora che come *sostanza* – come *inevitabile fatalità*. Infatti, nel tentativo di fronteggiare le esternalità negative, il dibattito dottrinale, politico e normativo, sul piano internazionale, è costellato di espressioni come *waste management*, *preparedness*, *responsiveness*, *resilience*, che denotano interventi in reazione – più che in prevenzione – rispetto agli impatti dei rifiuti sull'ambiente. Quando ci si imbatte in espressioni come *prevention*, *reduction*, *control*, significa che ci si sta muovendo sul piano di interventi normativi di carattere molto generale e finalizzati a fronteggiare un fenomeno più ampio – l'inquinamento – che a sua volta viene, tuttavia, normativamente frammentato a seconda delle sue diverse fonti (terrestre, marino, atmosferico, fluviale, da terra, da navi, da immersione, da rumore, e così via). Pertanto, anche quando l'obiettivo primario – o, quantomeno, dichiarato – del diritto internazionale è la protezione dell'ambiente, la relativa frammentazione delle risposte normative non ne consente un perseguimento multidimensionale ed efficace.

Come illustrato, gli strumenti normativi internazionali che non si occupano di una qualche forma di inquinamento, ma, più nello specifico, regolamentano i rifiuti, non hanno mai avuto come obiettivo primario la

²⁰ Per esempio, M. FITZMAURICE *et al.* (a cura di), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham-Northampton, 2010; P. BIRNIE, A. BOYLE e C. REDGWELL, *International Law and the Environment*, Oxford, 2009.

²¹ “Except for rules on international trade in wastes, this [waste] remains a developing area of international law. Other than the particular rules applicable in the Antarctic and the EU, there is no regional or global legal framework for a waste management strategy. Rather, waste has traditionally been regulated incidentally to the attainment of other objectives. Among the relevant international legal measures are those regulating the disposal of wastes at sea; limiting atmospheric emission of gaseous wastes; and preventing the disposal of wastes in rivers and other freshwaters”, P. SANDS e J. PEEL, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2012, p. 554.

protezione dell'ambiente, quanto, piuttosto, una gestione efficace degli scarti e la commercializzazione delle esternalità industriali. Quindi, quale posto trova, nel diritto internazionale, il problema dell'impatto diretto del rifiuto sull'ambiente naturale?

Un rifiuto, se dannoso, produce impatti sia entro che fuori confine. Eppure, il diritto internazionale viene in gioco, per le ragioni in precedenza esposte, solo laddove un impatto sia avvertito a livello transfrontaliero. È evidente, quindi, che il diritto internazionale dell'ambiente agisce soprattutto come insieme di norme che regolano lo spostamento dei rifiuti, piuttosto che come insieme di norme che mirano a prevenirne le conseguenze dannose. Tuttavia, il rifiuto in quanto cosa, o sostanza, eventualmente anche dannosa, non cambia nella sua materialità; ciò che muta, attraverso il diritto internazionale, è soltanto la relativa qualificazione. È così che la metamorfosi del rifiuto operata dalle norme internazionali, quasi a modificarne la natura corrotta di "scarto" in "valore di scambio", spiega come i rifiuti plastici degli Stati europei diventino un bene riciclabile per il settore primario in Nord Africa, ovvero una risorsa manifatturiera nel settore secondario di alcune realtà asiatiche.²² L'impostazione prevalente adottata dal diritto internazionale nella gestione delle esternalità negative derivanti dai rifiuti consiste, di fatto, nel distribuire i rifiuti tra le diverse giurisdizioni in base al principio del vantaggio comparativo. In tale contesto, la protezione dell'ambiente, qualora effettivamente raggiunta, non rappresenta certamente l'obiettivo primario delle norme, ma, tutt'al più, un effetto collaterale del sistema.

Un esempio per tutti è la Convenzione di Basilea del 22 marzo 1989 sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e sul loro smaltimento, che venne elaborata in risposta alle pratiche di invio transfrontaliero di rifiuti tossici degli Stati industrializzati verso discariche di paesi in via di sviluppo, soprattutto in Africa – pratiche nate in reazione all'aumento dei costi di smaltimento dei rifiuti tossici nei territori di origine e facilitate dai bassi costi delle spedizioni marittime negli anni Settanta.

²² Sui movimenti transfrontalieri in questo ambito geografico, v., in particolare, J. FURNISS, *Alternative Framing of Transnational Waste Flows: Reflections Based on the Egypt–China PET Plastic Trade*, in *Area*, 2015.

Il negoziato della Convenzione di Basilea fu complesso. Gli Stati africani erano in favore della completa messa al bando del movimento transfrontaliero di rifiuti pericolosi, mentre alcuni Stati industrializzati sostenevano una regolamentazione delle attività di trasferimento, piuttosto che un divieto generale.²³ Non riuscendo nell'intento più limitativo, gli Stati africani insistettero tuttavia per l'inserimento di alcune misure restrittive, che furono accettate da alcuni, ma non da tutti, i paesi industrializzati²⁴. Il rifiuto di questi ultimi di accettare una messa al bando generale dei movimenti transfrontalieri di rifiuti non impedì ai paesi in via sviluppo di promuovere e di ottenere l'adozione della decisione II/12 alla seconda conferenza delle Parti alla Convenzione di Basilea, nel 1994, con la quale fu deciso di vietare, con effetto immediato, ogni movimento transfrontaliero da Stati membri dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) verso Stati non membri dell'OCSE di rifiuti pericolosi destinati a essere smaltiti definitivamente, nonché di eliminare progressivamente, a far data dal 31 dicembre 1997, movimenti transfrontalieri da Stati membri dell'OCSE verso Stati non membri di rifiuti pericolosi destinati al riciclo ovvero a operazioni di recupero. Il testo della Convenzione di Basilea non riuscì tuttavia a essere formalmente emendato con il relativo divieto, facendo sorgere numerose discussioni riguardo all'efficacia vincolante della restrizione²⁵.

Alla terza conferenza delle Parti alla Convenzione di Basilea, con de-

²³ Sul negoziato del trattato in commento, v., tra gli altri. J. L. GUDOFKY, *Transboundary Shipments of Hazardous Waste for Recycling and Recovery Operations*, in *Stanford Journal of International Law*, 1998, p. 225; K. KUMMER, *International Management of Hazardous Wastes: The Basel Convention and Related Legal Rules*, New York, 1995, pp. 43-45.

²⁴ Per esempio, tutti gli Stati africani tranne la Nigeria rifiutarono di firmare il trattato. Germania, Giappone, Regno Unito e Stati Uniti posticiparono la firma del testo a un momento successivo. Oggi, tutti questi Stati hanno ratificato la Convenzione di Basilea, con l'eccezione degli Stati Uniti, che l'hanno firmata, ma mai ratificata.

²⁵ Alcuni Stati si opposero al divieto sostenendo che fosse arbitrario, dal momento che era fondato esclusivamente sull'appartenenza o meno a un'organizzazione economica (l'OCSE, nell'acronimo inglese OECD), nonché discriminatorio, "because non-OECD countries with environmentally sound and economically viable recycling operations would be penalized by having their access to waste materials from OECD countries cut off", J. KRUEGER, *The Basel Convention and the International Trade in Hazardous Wastes*, in O.S. STOKKE e O.B. THOMMESSEN (a cura di), *Yearbook of International Cooperation on Environment and Development 2001-02*, London, 2013, p. 45.

cisione III/1, il divieto fu integrato nel testo del trattato (articolo 4A)²⁶. La decisione citata vieta il trasporto di rifiuti, sia ai fini di smaltimento sia ai fini di riciclo, da Stati inseriti nella lista di cui all'Annesso VII (l'Unione europea e gli Stati membri dell'OCSE) verso Stati non compresi nella lista. Il relativo emendamento, tuttavia, non è mai entrato in vigore, non avendo raggiunto la richiesta maggioranza dei tre quarti delle ratifiche, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 5, della Convenzione di Basilea.

L'inclusione di materiali riciclabili tra i rifiuti regolati dalla Convenzione di Basilea ha sollevato diverse critiche, dal momento che tale approccio ostacolerebbe, di fatto, le attività di riciclo²⁷ e, oltretutto, comporterebbe una "stigmatizzazione" dei materiali riciclabili, descritti come scarto²⁸. Vero è che, al fine di evitare pratiche di riciclo fittizie, rimane importante regolamentare compiutamente anche le attività che coinvolgono materiali riciclabili: se questi ultimi, infatti, non fossero coperti dalla Convenzione di Basilea, gli Stati potrebbero "mascherare" rifiuti pericolosi come materiali riciclabili e così sottrarsi alla relativa regolamentazione.²⁹ Tuttavia, vi sarà da attendere l'entrata in vigore del relativo

²⁶ Il testo del nuovo articolo 4A recita: "1. Each Party listed in Annex VII shall prohibit all transboundary movements of hazardous wastes which are destined for operations according to Annex IV A, to States not listed in Annex VII. 2. Each Party listed in Annex VII shall phase out by 31 December 1997, and prohibit as of that date, all transboundary movements of hazardous wastes under Article 1(i)(a) of the Convention which are destined for operations according to Annex IV B to States not listed in Annex VII. Such transboundary movement shall not be prohibited unless the wastes in question are characterized as hazardous under the Convention".

²⁷ J. T. SMITH II, *The Challenges of Environmentally Sound and Efficient Regulation of Waste: The Need for Enhanced International Understanding*, in *Journal of Environmental Law*, 1993, pp. 91 ss.

²⁸ *Ibid.*, p. 96. Secondo l'autore, "[T]o preserve opportunities for beneficial material recovery and re-use, it is better not to stigmatize recyclable secondary materials as waste, since doing so is a catalyst for community opposition, transport restrictions, demands for extensive permitting procedures, and the like".

²⁹ Un esempio per tutti è la vicenda della *Khian Sea*, una nave battente bandiera della Liberia con a bordo più di 14.000 tonnellate di ceneri di rifiuti pericolosi provenienti da inceneritori di Filadelfia (Stati Uniti): "In one notorious case, the ship *Khian Sea* left Philadelphia in 1986 carrying twenty-eight million pounds of toxic incinerator ash. Misinforming Haiti that the ship carried 'fertilizer ash', the ship's operators dumped 3000 tons of hazardous waste on the beach at Gonaives before the Haitian government rescinded permission. The *Khian Sea* then wandered about the oceans for eighteen months, changed its name twice, changed its country of registration

emendamento, perché la previsione possa esplicitare gli effetti descritti. Il ritardo nelle ratifiche è spiegabile con la rilevante perdita che deriverebbe dall'entrata in vigore dell'emendamento per quei paesi che dipendono economicamente dalle importazioni di materiali riciclabili (come le Filippine e – oggi solo parzialmente – Cina e India), anche se spesso non dispongono delle strutture per le attività di riciclo³⁰. Si aggiunga, da ultimo, che l'emendamento sul divieto generale di movimento transfrontaliero di rifiuti è percepito da molti Stati come una misura in contrasto con i principi di libero scambio concepiti in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)³¹. In particolare, si è rilevato che si potrebbe generare un conflitto normativo tra la Convenzione di Basilea e gli accordi in ambito OMC, soprattutto laddove due Stati siano entrambi membri dell'OMC, ma solo uno dei due sia soggetto all'emendamento alla Convenzione di Basilea: nel conformarsi agli obblighi previsti da

at least as many times, and finally showed up in Singapore as the *Pelicano* with its cargo empty. The ship's operators told reporters that they had legally disposed of the ash, and later repeated that story to a U.S. federal grand jury. They were eventually indicted for perjury when investigators concluded that the ash had actually been illegally dumped in the Indian Ocean", HAO-NHIEN Q. VU, *The Law of Treaties and the Export of Hazardous Waste*, in *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, 1994, pp. 389-390.

³⁰ È stato rilevato che "[t]he main concern over the effect of the ban amendment raised by some lies in the overall economic and environmental impact of splitting the world market in two as concerns certain recyclable hazardous wastes which are the sources of secondary raw materials for some industries. It has also been claimed that perverse effects may include an increase in the South/South trade; increased final disposal in Annex VII countries rather than recovery; increased demand for (often energy- and pollution- intensive) extraction and processing of raw materials; increased costs to user industries in non-Annex VII countries; and, importantly, a reduction in flows of environmentally sound recycling technology and technical assistance to non-Annex VII countries", OECD, *Trade Measures in Multilateral Environmental Agreements*, Parigi, 1999, p. 186.

³¹ Le regole in ambito OMC tendono a rimuovere le barriere al commercio internazionale, che invece l'emendamento alla Convenzione di Basilea intende promuovere. Per un'analisi critica comparativa tra le norme del diritto internazionale del commercio e quelle del diritto internazionale dell'ambiente, v. tra gli altri, J. KRUEGER, *op. cit.* in nota 29; D. A. WIRTH, *Trade Implications of the Basel Convention Amendment Banning North-South Trade in Hazardous Wastes*, in *Review of European, Comparative and Environmental Law*, 1998, pp. 237 ss.; P. A. GOLDMAN, *Resolving the Trade and Environment Debate: In Search of A Neutral Forum and Neutral Principles*, in *Washington and Lee Law Review*, 1992, pp. 1279 ss.

quest'ultima, lo Stato parte potrebbe avere difficoltà nel conformarsi ai suoi obblighi nei confronti dell'altro Stato in ambito OMC³². Pertanto, come si vede, il più ampio contesto normativo internazionale non facilita l'attuazione del divieto previsto dal trattato internazionale più rilevante in materia di rifiuti.

In vigore dal 1992, la Convenzione di Basilea conta oggi 187 Parti, inclusa l'Unione europea. Questo strumento ha certamente il merito di aver affrontato un fenomeno tanto diffuso quanto fuori controllo e gravoso per i paesi in via di sviluppo, impossibilitati a gestire rifiuti provenienti dall'estero e pericolosi per il loro ambiente naturale e per la salute umana. Lo strumento fornito dal trattato in questione è un meccanismo internazionale fondato sul consenso scritto all'importazione di rifiuti stranieri sul proprio territorio. Tuttavia, la circolazione globale di rifiuti pericolosi, nell'ultimo trentennio, ha continuato a crescere in modo esponenziale. La prima ragione di questo risultato paradossale è individuabile nel testo stesso del trattato, i cui obiettivi specifici sono individuabili nella "gestione" (*management*) dei rifiuti pericolosi e nel loro "smaltimento" (*disposal*), mentre al concetto di "riduzione" (*reduction*) dei rifiuti stessi sono dedicate solo poche disposizioni, molto generiche ovvero esclusivamente riferite ai rifiuti destinati a essere esportati³³.

L'unica disposizione che contiene un riferimento diretto all'obiettivo di "eliminare la generazione di rifiuti pericolosi e altri rifiuti" prevede un mero obbligo di cooperazione tra gli Stati parte in tal senso ed è, inoltre, costellata di espressioni – come *subject to their national laws, regulations and policies* ovvero *as far as practicable* – che alleggeriscono la portata dell'obbligo e lo sottomettono alle politiche nazionali di produzione.³⁴

³² D. WIRTH, *op. cit.* in nota 35, in particolare alle pp. 239 e ss.

³³ Nonostante nel preambolo del trattato le Parti si dichiarino "Mindful also that the most effective way of protecting human health and the environment from the dangers posed by such wastes is the reduction of their generation to a minimum in terms of quantity and/or hazard potential", l'articolo 4, paragrafo 2, lettera (a), richiede – in modo generico – che ogni Stato parte adotti le misure appropriate ad assicurare che la generazione di rifiuti pericolosi e di altri rifiuti sul proprio territorio sia ridotta a un minimo, tenendo conto degli aspetti sociali, tecnologici ed economici. Il paragrafo 13 del medesimo articolo richiede che le Parti valutino periodicamente le possibilità di ridurre la quantità ovvero il potenziale inquinante dei rifiuti pericolosi e di altri rifiuti – ma solo di quelli che sono destinati a essere esportati.

³⁴ Cfr. articolo 10, paragrafo 2, lettera (c), della Convenzione di Basilea.

Il regime della Convenzione di Basilea lascia inoltre agli Stati parte la qualificazione di “rifiuto”³⁵: una discrezionalità che consente agli interessi economici contingenti e relativi di trasformare ciò che è considerato un rifiuto persistente e, come tale, pericoloso per l’ambiente in Europa, in un prodotto riutilizzabile in Nord Africa, dove la scarsità delle risorse non consente di qualificare come “rifiuti” prodotti che possono ancora avere un valore per un’economia in crescita. In questo senso, il diritto internazionale dell’ambiente si prefigge di garantire lo spostamento controllato, non già la riduzione, dei rifiuti.

Non esistendo, inoltre, per una scelta precisa degli Stati, un’autorità internazionale incaricata di monitorare il trasferimento di rifiuti da uno Stato all’altro, l’intero processo rimane affidato agli accordi commerciali tra Stati di esportazione e Stati di importazione³⁶. Non è, infatti, un caso che la giurisprudenza in materia di regolamentazione ambientale, a livello internazionale, sia sempre più spesso elaborata da organismi istituiti nell’ambito dell’OMC³⁷. La stessa decisione della Cina di non importare più determinati rifiuti solidi a partire dal 2018³⁸ non è stata trasmessa al Segretariato della Convenzione di Basilea, bensì all’OMC, a riprova della circostanza che i rifiuti non sono considerati realtà materiali e fenomeni comportamentali analizzati dal diritto internazionale nella prospettiva

³⁵ Ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione di Basilea, i rifiuti sono “substances or objects which are disposed of or are intended to be disposed of or are required to be disposed of by the provisions of national law”. Si aggiunga che “one of the challenges of the Basel Convention is that it contains significant definition loopholes regarding the distinction between waste and non-waste, as well as the distinction between hazardous waste and non-hazardous waste. This legal ambiguity creates the possibility for a wide range of hazardous shipments to evade the Convention’s stringent controls”, S. A. KHAN, *Basel Convention Parties Take Global Lead on Mitigating Plastic Pollution*, in *ASIL Insights*, 2019.

³⁶ J. CAPP, *Toxic Exports: The Transfer of Hazardous Wastes from Rich to Poor Countries*, Ithaca, 2001; D. N. PELLOW, *Resisting Global Toxics. Transnational Movements for Environmental Justice*, s.l., 2007.

³⁷ Cfr. i rapporti annuali dell’Organo di Appello dell’OMC, disponibili sulla rete interconnessa. Sulle disposizioni di trattati internazionali dedicati alla protezione dell’ambiente che risultano rilevanti per il commercio internazionale, v. la rassegna del Comitato per il commercio e l’ambiente dell’OMC, *Matrix on Trade-related Measures Pursuant to Selected Multilateral Environmental Agreements*, 2017.

³⁸ Comitato sulle barriere tecniche al commercio dell’OMC, notifica della Cina, documento G/TBT/N/CHN/1211, 18 luglio 2017.

della protezione ambientale, ma, piuttosto, beni economici valutati attraverso la lente del diritto internazionale del commercio³⁹.

È un dato di fatto che i rifiuti sono oggetto di commercio (lecito o illecito che esso sia). È stato rilevato che il contratto di cessione di rifiuti assume spesso il carattere di un'interessante "compravendita al contrario", in cui il compratore, oltre alla cosa, riceve il prezzo, invece di pagarlo⁴⁰. Si può ritenere anche che, piuttosto che configurare una compravendita di cose, lo scambio rappresenti un pagamento a fronte dell'erogazione di un servizio – lo smaltimento – che lo Stato di importazione è tenuto a garantire. In ogni caso, è vero che una visione esclusivamente commerciale dei traffici di rifiuti non è adeguata a far fronte alle conseguenze ambientali che tali traffici determinano.

Lacune in termini di trasparenza e di individuazione delle responsabilità in questo meccanismo di "scambio" internazionale, unite a frequenti mancanze nei controlli doganali, hanno comunque facilitato la proliferazione del traffico illegale di rifiuti, che talvolta vengono anche contrabbandati ed etichettati come prodotti riciclati⁴¹. Il divieto di importazione di rifiuti plastici da parte della Cina ha avuto due conseguenze: da un lato, problemi di stoccaggio di rifiuti nei paesi produttori; dall'altro lato, il dirottamento di tali rifiuti verso altri Stati membri dell'Associazione delle Nazioni del Sud-Est Asiatico – e altrettante reazioni, in termini di moratorie all'importazione, da parte di questi Stati⁴². A fronte delle restrizioni, è aumentato il traffico illegale di rifiuti plastici da Arabia Saudita, Australia, Canada, Giappone, Stati Uniti e Unione europea verso

³⁹ Per il ruolo della plastica nell'ambito dell'economia globale, anche avendo riguardo ai connessi problemi ambientali, v., tra gli altri, D. BARROWCLOUGH e C. DEERE BIRKBECK, *The Political Economy of the Global Plastics Economy: Production, Trade and Governance*, Oxford, 2020; C. DEERE BIRKBECK, *Strengthening International Cooperation to Tackle Plastic Pollution: Options for the WTO*, s.l., 2020.

⁴⁰ T. SCOVAZZI, *La CEE detta le nuove regole per la spedizione dei rifiuti*, in *L'Impresa Ambiente*, n. 6, 1993, p. 59.

⁴¹ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *Global Chemicals Outlook II. From Legacies to Innovative Solutions: Implementing the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 2019.

⁴² Per un'analisi degli impatti "a cascata" sul commercio globale di rifiuti plastici a seguito del divieto di importazione cinese, v. A. L. BROOKS, S. WANG e J. R. JAMBECK, *The Chinese Import Ban and Its Impact on Global Plastic Waste Trade*, in *Sciences Advances*, 2018.

paesi in via di sviluppo, in particolare la Malesia⁴³. La dichiarazione su *FaceBook* del 20 gennaio 2020 del ministro dell'ambiente malese Yeo Bee Yin chiarisce che, a seguito della decisione della Cina, la Malesia non intende diventare la discarica del pianeta: “to date, MESTECC, through the Department of Environment (DOE) has repatriated 150 containers, with approximately 3,737 metric tonnes of plastic wastes that were illegally brought into Malaysia. ... The costs were either borne by the exporters or by the shipping liners. This is an unprecedented move by Malaysia. Malaysian government is serious about combating the import of illegal wastes as we do not want to be the garbage bin of the world”⁴⁴. La possibilità offerta dalla Convenzione di Basilea di restituire al mittente rifiuti rispetto alla cui ricezione non è mai stato prestato il consenso scritto dello Stato di importazione rappresenta indubbiamente un merito dello strumento.

Fino all'ultima conferenza delle Parti alla Convenzione di Basilea, i rifiuti plastici non rientravano nel relativo regime. Nel maggio 2019, la conferenza delle Parti ha adottato la decisione BC-14/12, con la quale sono stati emendati gli Annessi II (“altri rifiuti”), VIII (“rifiuti pericolosi”) e IX (“rifiuti non pericolosi”) alla Convenzione. L'obiettivo è stato quello di rafforzare il controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti plastici e di chiarire l'ambito applicativo della Convenzione di Basilea con riferimento a tali rifiuti.

L'emendamento all'Annesso VIII, attraverso l'inserimento della voce A3210, chiarisce quali sono i rifiuti plastici considerati “pericolo-

⁴³ “[The Malaysian] Ministry of Energy, Science, Technology, Environment and Climate Change (MESTECC) will be shipping back 450 metric tonnes of contaminated plastic waste contained in 10 containers, while running an inspection process on more than 50 containers which was brought illegally. A total of 3,000 metric tonnes of plastic waste from 60 containers are expected to be shipped back once the containers are fully inspected. The 10 containers, bound to be shipped back, originate from Australia, United States, Canada, Saudi Arabia, Japan, China and Bangladesh. This is in addition to the 5 containers sent back to Spain on 29 April 2019. These containers are filled with contaminated, non-homogeneous, low-quality, non-recyclable plastic waste, and are routed to processing facilities which do not have the technology to recycle in an environmental sound manner”, Press Release, MASTECC, 28 May 2019. La Malesia è oggi il primo paese di destinazione dei rifiuti plastici (quasi il 16% del totale) a livello globale.

⁴⁴ Reperibile sulla rete interconnessa.

si”, che, come tali, sono soggetti alla procedura di previo consenso informato dello Stato di importazione⁴⁵. L'emendamento all'Annesso IX, attraverso l'inserimento della voce B3011, che sostituisce la precedente voce B3010, chiarisce quali rifiuti plastici sono considerabili “non pericolosi” e, quindi, come tali, non sono soggetti alla predetta procedura. Questi includono un gruppo di resine indurite e polimeri non alogenati e fluorurati, a condizione che il rifiuto sia destinato al riciclo attraverso modalità ecologicamente sostenibili e sia privo di agenti contaminanti e altre tipologie di rifiuti; nonché rifiuti plastici misti che contengono polietilene, polipropilene o polietilene tereftalato, a condizione che siano destinati al riciclo separato di ciascun componente e siano privi di altri agenti contaminanti. Il terzo emendamento è consistito nell'inserimento della voce Y48 nell'Annesso II, che comprende tutti i rifiuti plastici che non rientrano nelle due voci sopra menzionate.

Per espressa previsione della decisione BC-14/12, gli emendamenti entreranno in vigore il 1° gennaio 2021, coinvolgendo tutti gli Stati parte alla Convenzione di Basilea e le loro controparti commerciali non vincolate al trattato, come gli Stati Uniti, uno dei maggiori produttori ed esportatori di plastica al mondo. In aggiunta, la decisione BC-14/13 ha previsto una serie di azioni volte a prevenire e minimizzare la generazione di rifiuti plastici, migliorarne la gestione sotto il profilo ambientale, controllarne il movimento transfrontaliero, ridurre il rischio di componenti pericolosi nei rifiuti plastici e promuovere consapevolezza, educazione e scambio di informazioni.

Nonostante la Convenzione di Basilea, attraverso queste iniziative, possa in futuro ampliare il proprio potenziale in termini di mitigazione degli impatti pericolosi del ciclo di vita della plastica, è tuttavia ancora assente, in ambito internazionale, un approccio più completo e diretto a ridurre non già il movimento, ma la generazione stessa di rifiuti plastici.

Se questo è quanto accade allorché il diritto internazionale tenta di coordinare gli interessi individuali dei singoli Stati, nello scambio commerciale dei rifiuti fondato sulla differenza nel loro valore comparativo, l'approccio non migliora quando entra in gioco la salvaguardia degli

⁴⁵ “Plastic waste, including mixtures of such waste, containing or contaminated with Annex I constituents, to an extent that it exhibits an Annex III characteristic (note the related entries Y48 in Annex II and on list B B3011)”, Decision BC-14/12.

interessi della comunità internazionale nel suo complesso, a tutela di un pianeta condiviso. L'unico tipo di reazione che il diritto internazionale consente, in assenza di un legislatore universale e sul presupposto di limitazioni di origine esclusivamente pattizia, è una tendenza a impostare il problema dei rifiuti in termini di mero accrescimento della consapevolezza dei governi e di generale richiamo a una produzione fondata sul concetto di sostenibilità. Tuttavia, il concetto di sviluppo sostenibile, intorno al quale si è sviluppato tutto il diritto internazionale dell'ambiente degli ultimi cinquant'anni, è diverso dal concetto di circolarità. Infatti, mentre quest'ultimo, come descritto in apertura, è strutturalmente ispirato alle trasformazioni presenti in natura e fa propri i limiti insiti nei processi biologici, il concetto di sviluppo sostenibile rimane più vago, non individuando espressamente dei "limiti" insuperabili di produzione.

L'Assemblea delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEA) ha da alcuni anni avviato discussioni sui rifiuti marini e le microplastiche, anche istituendo un Gruppo *ad hoc* aperto di esperti, composto da rappresentanti di Stati, segretariati di convenzioni e organizzazioni internazionali e regionali, nonché rilevanti portatori di interesse⁴⁶. L'ultima sessione dell'UNEA, del marzo 2019, non ha tuttavia progredito significativamente sul tema dei rifiuti plastici e del loro impatto sull'ambiente (incluso quello marino)⁴⁷. La Dichiarazione Ministeriale adottata dagli Stati membri dell'UNEA nell'ultima sessione ha solo indicato un generico impegno, peraltro da perseguire nel lungo termine, secondo il quale "We will address the damage to our ecosystems caused by the unsustainable use and disposal of plastic products, including by significantly reducing the manufacturing and use of single-use plastic products by 2030, and we will work with the private sector to find affordable and environmentally friendly alternatives"⁴⁸. Ogni azione intrapresa ai sensi della generica di-

⁴⁶ Per un resoconto degli sforzi compiuti in ambito UNEA, v. *Combating Marine Plastic Litter and Microplastics: An Assessment of the Effectiveness of Relevant International, Regional and Subregional Governance Strategies and Approaches*, 2017, documento UNEP/EA.3/INF/5; *Co-Chairs' Summary, Ad Hoc Open-ended Expert Group on Marine Litter and Microplastics, First Meeting*, 2016, documento UNEP/AHEG/2018/1/2016.

⁴⁷ Cfr., *Marine Plastic Litter and Microplastics*, documento UNEP/EA.4/Res.6.

⁴⁸ *Ministerial declaration of the United Nations Environment Assembly at its fourth*

chiarazione appena menzionata, oltretutto, è temperata dal riferimento a *taking into account our national circumstances*, che, in altre parole, sottomette alle esigenze delle economie nazionali (né potrebbe fare diversamente) ogni scelta relativa alla produzione e al commercio di rifiuti plastici⁴⁹. Non è chiaro cosa produrrà questa iniziativa, che, sotto il profilo giuridico, rimane assai debole e si configura come un tipico esempio di “normazione simbolica”⁵⁰: ci si impegna tutti, ma ciascuno a modo suo, senza possibilità di sanzionare o sostituirsi a chi non adempie. Di fronte a un'emergenza ambientale, si tratta dell'ennesimo compromesso dilatorio, per giunta raddoppiato: “decido che la produzione non risulterà ridotta a partire da oggi, ma dal 2030” e “decido unitariamente sul 2030, senza che tutti decidano unitariamente sul 2030”.

L'adozione di una prospettiva concreta, che tenga conto del ciclo di vita del materiale plastico, in linea con il concetto di economia circolare, è stata per il momento affrontata solo nell'ambito di organizzazioni non governative, che auspicano la conclusione di uno strumento vincolante a livello internazionale sull'inquinamento ambientale da plastica⁵¹.

In conclusione, il diritto internazionale che si occupa di rifiuti non persegue direttamente l'obiettivo di proteggere l'ambiente dal loro impatto, mirando a una loro riduzione ovvero a una circolarità nella produzione. Innanzi tutto, i rifiuti considerati dal diritto internazionale sono solo una piccola parte dei rifiuti presenti sul pianeta: da un lato, perché il diritto internazionale seleziona solo quelli chimici, tossici, nucleari o pericolosi che si spostano oltre confine; dall'altro lato, perché le categorie di rifiuti individuate dal diritto internazionale non includono

session, documento UNEP/EA.4/HLS.1, paragrafo 5, lettera (l).

⁴⁹ *Ibid.*, paragrafo 5. Non resta che sperare in un esito migliore nell'ambito della quinta sessione dell'UNEA, prevista per febbraio 2021: “Hopefully the recent success of the Basel Parties to bring plastic waste within the purview of international environmental law will provide added impetus to negotiations at UNEA5 (2021) for strengthened international action on eliminating plastic pollution from a lifecycle lens rather than a fragmented end-of-life approach”, S. A. KHAN, *op. cit.* in nota 36.

⁵⁰ B. VAN KLINK, *Symbolic Legislation: An Essentially Political Concept*, in B. VAN KLINK, B. VAN BEERS e L. POORT (a cura di), *Symbolic Legislation Theory and Development in Biolaw*, Cham, 2016, pp. 19-35.

⁵¹ Cfr. ENVIRONMENTAL INVESTIGATION AGENCY e CENTRE FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, *Toward an Internationally Legally Binding Agreement on Plastics and Plastic Pollution*, 2017.

la totalità delle sostanze alle stesse riconducibili, soprattutto se i rifiuti non attraversano i confini degli Stati. In secondo luogo, anche laddove l'obiettivo della protezione dell'ambiente sia espressamente dichiarato nel testo di trattati relativi al trattamento dei rifiuti, esso viene incarnato in meccanismi di attuazione che lo rendono solo un eventuale effetto collaterale di misure di carattere squisitamente economico, finalizzate a gestire le esternalità negative dei rifiuti attraverso gli strumenti del diritto internazionale del commercio e per il tramite di una distribuzione globale delle materie di scarto fondata sul principio del vantaggio comparativo. L'assenza del concetto di *end of waste* nel diritto internazionale dell'ambiente è, quindi, del tutto evidente. Questo spiega perché il diritto internazionale non abbia mai nemmeno avvertito l'esigenza di definire il concetto di "rifiuto" in maniera multidimensionale e trasversale, laddove l'economia, invece, facendo ricadere i rifiuti nelle c.d. esternalità⁵², non solo si è dotata di una definizione ampia e inclusiva di una varietà potenzialmente infinita di materiale di scarto, ma lo ha fatto senza isolare il rifiuto come una *fatalità*, bensì sempre considerandolo come un'*opportunità*. Il concetto stesso di circolarità, elaborato in ambito economico, è un concetto più sofisticato rispetto a quello dello sviluppo sostenibile, diretto prodotto delle conferenze intergovernative sull'ambiente del secolo scorso. Come anche dimostreranno i paragrafi che seguono, l'economia – e non il diritto – costituisce da sempre il vero motore di ogni scelta che comporta implicazioni, positive o negative, per l'ambiente.⁵³

⁵² J.J. LAFFONT, *Externalities*, in S. N. DURLAUF e L.E. BLUME (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Londra, 2008.

⁵³ "Waste is part of the economy – it is a by-product of economic activity, by businesses, government and households. Waste is also an input to economic activity – whether through material or energy recovery. The management of that waste has economic implications – for productivity, government expenditure, and, of course, the environment", DEPARTMENT FOR ENVIRONMENT, FOOD AND RURAL AFFAIRS, *The Economics of Waste and Waste Policy*, Londra, 2012, p. 4.

3. *L'individualizzazione dei problemi ambientali: l'offensiva capitalista all'end of waste*

Una ricostruzione storica del dibattito sull'*end of waste* dimostra che tale concetto non è affatto nuovo all'umanità e affonda le sue radici in un momento addirittura anteriore al "risveglio" ambientalista globale degli anni Settanta. La ricostruzione si inserisce nella storia del cosiddetto neoliberalismo "etico", che, in tema di rifiuti, può anche essere raccontata come la storia della fine del "vuoto a rendere" – ossia, la fine del vero *end of waste* nell'era del capitalismo.

Alcuni autori, come Andrew Boardman Jaeger, dell'Università di Berkeley⁵⁴, e Grégoire Chamayou, filosofo francese e autore del saggio *La société ingouvernable. Une généalogie du libérisme autoritaire*⁵⁵, hanno ricostruito tutto a partire dal contesto degli anni Cinquanta del secolo scorso, fornendo una chiave di lettura decisiva per comprendere gli sviluppi contemporanei in tema di *end of waste*.

L'interessante ricostruzione operata dai due autori parte dalla condivisibile considerazione che, nel corso degli ultimi decenni, la quantità delle problematiche ambientali ha acquisito proporzioni tanto imponenti quanto indefinite nelle loro conseguenze, mentre le politiche in risposta alle stesse si sono sempre più focalizzate su soluzioni decentrate, se non, addirittura, individuali. Ormai da più di mezzo secolo, la strategia generalizzata è quella per cui ciascuno viene chiamato "a fare la propria parte", modificando il proprio stile di vita e le proprie abitudini di consumo, mentre le politiche di produzione non cambiano. Una tale "individualizzazione" delle problematiche ambientali, che spoglia i produttori delle relative responsabilità, caricandole sul singolo ovvero affidandosi all'etica individuale di quest'ultimo, è nota da tempo ed è già stata oggetto di critiche. Tuttavia, l'aspetto più interessante – anche ai fini del presente lavoro – consiste nell'esplorare le origini del fenomeno attraverso un caso di studio che, benché risalente, presenta elementi di grande

⁵⁴ A.B. JAEGER, *Forging Hegemony: How Recycling Became a Popular but Inadequate Response to Accumulating Waste*, in *Social Problems*, 2018.

⁵⁵ G. CHAMAYOU, *La société ingouvernable. Une généalogie du libérisme autoritaire*, Parigi, 2018, e, del medesimo autore, *Eh bien, recyclez maintenant!*, in *Le Monde Diplomatique*, 2019.

analogia con il dibattito attuale e individua la pratica del “riciclo” come paradigmatica dell’odierno ambientalismo “individualizzato”.

Come accennato in apertura, l’impostazione giuridica dei problemi è sempre saldamente strutturata sulla prospettiva culturale e politica degli stessi. E così, esplorando l’approccio politico che ha determinato l’impostazione attuale del problema, anche a livello normativo, la ricostruzione operata dagli autori sopra menzionati rispetto al dibattito attuale sull’*end of waste* può prendere le mosse dalla teoria dell’egemonia di Antonio Gramsci⁵⁶. È noto che, secondo Gramsci, il potere è basato sulla presenza contemporanea di forza e consenso: se prevale la forza, si ha il dominio; se prevale il consenso, si ha l’egemonia, che diventa un’espressione di potere basata sulla capacità di persuasione di un determinato gruppo (o classe) sugli altri, attraverso l’accettazione di pratiche condivise e “interiorizzate” dalla maggioranza, e che comporta l’adesione volontaria al determinato progetto politico e culturale proprio del gruppo promotore⁵⁷.

Era il 1971 quando sui canali televisivi americani iniziava a essere trasmesso un motto pubblicitario non molto diverso da quelli attuali, che affidano alla consapevolezza e ai comportamenti etici della “cittadinanza moderna” la salvezza del pianeta. Un sacchetto di rifiuti, gettato da un finestrino di un’automobile che attraversa uno dei grandi parchi naturali, rotola e finisce ai piedi di un personaggio maestoso. Si tratta di un nativo americano, che, versando una lacrima sul volto scavato, guarda dritto in telecamera impersonando lo scontro tra la natura offesa e la nostra

⁵⁶ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*. I manoscritti carcerari di Gramsci sono stati pubblicati da Felice Platone, da Valentino Gerratana e da Gianni Francioni in tempi diversi. Sulla teoria dell’egemonia culturale, v. A. BROCCOLI, *Gramsci e l’educazione come egemonia*, Firenze, 1972; L. GRUPPI, *Il concetto di egemonia in Gramsci*, Roma, 1972; C. CERARDI, *Gramsci e la costruzione dell’egemonia*, Milano, 2001.

⁵⁷ “Gramsci’s writings provide a rich framework for analyzing how class power is developed and wielded. Sociologists have applied his concepts to a variety of subjects and scales, from international development (ARRIGHI 1994), to authoritarianism (RILEY 2010), peasant resistance (SCOTT 1997), and the workplace (BURAWOY 1979), but only rarely to environmental politics (though see LEVY and NEWELL 2005). (...) Gramsci (...) draws our attention to leadership strategies: a hegemonic group uses its bases of power to promote its interests as being in the general interest. This takes place on the ground of civil society: hegemony involves leading *through the organization of* civil society, designing and promoting political measures that do not disrupt the hegemonic group’s essential interests”, A. B. JAEGER, *op. cit.* in nota 55, p. 401.

cattiva coscienza. La voce fuori campo interviene: “*Pollution starts with people. People can stop it*”. La scritta sullo schermo recita: “*Keep America Beautiful*”. Il messaggio pubblicitario è chiaro: la causa dell’inquinamento siamo noi – e, di conseguenza, noi siamo la soluzione. Ci viene insegnato che tutto è nelle nostre mani e che possiamo sgravarci la coscienza semplicemente cambiando comportamento.

Ora, contrariamente a quanto si tenderebbe a credere, *Keep America Beautiful*, autrice di questo messaggio edificante e ancora oggi attiva negli Stati Uniti, non è un’organizzazione non governativa impegnata nella salvaguardia dell’ambiente. È un consorzio di industrie delle bevande e degli imballaggi, come *Coca-Cola* e *American Can Company*, fondato nel 1953.

Ripercorrendo la genesi di questo consorzio, la sua fondazione risale a un’epoca in cui, già da alcuni decenni, esisteva negli Stati Uniti un sistema di “vuoto a rendere” per la vendita delle bevande: il cliente pagava qualche centesimo in più, che gli veniva restituito quando riportava in negozio la bottiglia vuota. Questo sistema di “riutilizzo” del contenitore – che deve essere ben distinto dal “riciclaggio” dei materiali (il vetro non veniva rifiuto, ma la bottiglia veniva sterilizzata e nuovamente riempita) – era efficace, durevole e minimizzava davvero i rifiuti: un processo che, al posto di reinventare un prodotto da materiale di scarto o, peggio, destinare un oggetto monouso allo smaltimento, ne allungava il ciclo di vita attraverso un meccanismo di perfetta circolarità.

Le cose iniziarono a cambiare negli anni Trenta. Alla fine del proibizionismo, con la ripresa degli affari per le industrie della birra, furono inventate le lattine in metallo. Il contenitore usa e getta offriva vantaggi indiscussi per i produttori: annullava i costi della raccolta e del successivo trattamento, eliminava gli intermediari (come gli imbottiglieri locali) e facilitava la diffusione del prodotto sulle grandi distanze. All’inizio degli anni Cinquanta, le industrie delle bibite (come *Pepsi* e *Coca-Cola*) seguirono l’esempio dei produttori di birra. Il cambiamento fu dirimpante: il sistema del vuoto a rendere si dimezzò, in alcuni casi fino a scomparire, ma lattine vuote e bottiglie usa e getta cominciarono a riempire strade, fiumi, laghi, canali, spiagge e aree da picnic.

A quel punto, associazioni di cittadini indignati iniziarono a promuovere petizioni, per chiedere alle istituzioni di intervenire contro il degrado ambientale. Nel 1953, l’assemblea generale dello Stato del Vermont

adottò una prima legge che bandiva i bicchieri usa e getta per la birra⁵⁸. *Keep America Beautiful* fu fondata nello stesso anno, per contenere il nuovo movimento.

Jaeger spiega che l'intervento legislativo in Vermont suonò come un vero e proprio campanello di allarme per le aziende. I produttori di birra si mobilitarono, reclutando altri produttori di bevande, fino a ottenere, tre anni dopo, che una commissione governativa si pronunciasse contro il divieto sul monouso⁵⁹. I rappresentanti dei produttori, ascoltati dalla commissione, consideravano tale restrizione come un precedente in grado di danneggiare, un giorno, tutta l'industria⁶⁰. Il sentimento generalizzato era quello secondo cui "manufacturers should not be penalized because an item they produce might eventually be thrown to a roadside"⁶¹. Il lavoro di individuazione della causa del fenomeno del degrado ambientale fu così dirottato e, invece che trovare la risposta nell'aumento della produzione di contenitori usa e getta, fu associato sempre più saldamente alla responsabilità individuale dei consumatori. Jaeger individua precisamente il momento di svolta, nel quale si manifesta l'egemonia degli interessi delle industrie, descrivendolo come *moralizing litter-mobilizing civil society*.

⁵⁸ "The state's farmers led the challenge; as the primary property owners along the state's highways, they protested that glass bottles thrown from passenger vehicles harmed livestock and farm equipment. [...] Vermont's legislators were receptive to these claims for two apparent reasons: one-third of them were farmers, and litter cleanup by state employees cost \$100,000 in man-hours annually", A.B. JAEGER, *op. cit.* in nota 55, p. 403.

⁵⁹ *Report of the Vermont State Litter Commission to Governor Joseph B. Johnson*, 15 dicembre 1956, disponibile integralmente sulla rete interconnessa. Anche la Commissione evitò di individuare la radice del problema dell'inquinamento da rifiuti nell'aumento della produzione e lo associò, piuttosto, ai comportamenti individuali: "the highways of Vermont are public facilities whose usage has resulted in an increasing litter problem, due to the unawareness or irresponsibility of residents and non-residents", p. 15 del rapporto citato.

⁶⁰ "Mr. John Morris, Treasurer of Fonda Container Company at St. Albans, declared that all manufacturers are disturbed when legislation prohibits the use of a particular item which is otherwise lawful and legitimate even when such an item is not manufactured by any of these companies. (...). Restrictive legislation of this type was seen by Mr. Morris as one establishing a precedent which might someday affect all industry and could, perhaps, deter some manufacturer from locating in Vermont", *Report of the Vermont State Litter Commission cit.*, p. 13.

⁶¹ *Ibid.*, p. 13.

In questo modo, l'industria delle bevande in bottiglie monouso affermò la propria egemonia culturale, convincendo il pubblico che le attività di *clean up* volontario lungo le strade, sulle spiagge e nei boschi, il cambiamento dei comportamenti e delle abitudini individuali e il senso etico di ciascun cittadino consapevole avrebbero avuto effetti salvifici – mentre la produzione non avrebbe fatto più passi indietro. Ne convenivano tutti: industriali, pubbliche autorità e – soprattutto – gli stessi ambientalisti. Rileva Jaeger: “this energetic display of class solidarity stoked by the beverage and packaging industries is suggestive of their nascent organizing abilities. Also noteworthy is the innovative ideological character of their political campaign”⁶². Alla fine degli anni Cinquanta, gli industriali delle bevande e dell'imballaggio americani avevano con successo coordinato i propri interessi con quelli del resto dell'industria e della società civile, organizzando anche campagne di educazione pubblica nel paese. Tuttavia, questa situazione non era destinata a durare a lungo, dal momento che i rifiuti dispersi nell'ambiente continuavano ad aumentare.

All'inizio degli anni Settanta, anche in concomitanza con la nascita di una nuova coscienza ambientalista mondiale (la prima giornata mondiale della Terra è del 1970; il vertice di Stoccolma è del 1972), si moltiplicarono le iniziative per costringere i produttori a tornare al sistema del vuoto a rendere. Gli ambientalisti sostenevano l'adozione di una legislazione che vietasse la produzione di contenitori monouso. Una legge sulle bottiglie fu adottata nell'Oregon nel 1971. Gli industriali erano esasperati, al punto di abbandonare il linguaggio diplomatico: William F. May, allora direttore dell'*American Can Company* e presidente di *Keep America Beautiful*, sosteneva che bisognasse lottare con tutti i mezzi contro i referendum sulle bottiglie organizzati nel Maine, in Massachusetts, nel Michigan e in Colorado, accusando la “gente con idee comuniste” di voler far prendere a questi Stati la stessa strada dell'Oregon⁶³.

Fu così che, piuttosto che tornare al vuoto a rendere, gli industriali inventarono il riciclo: per proteggere l'ambiente, è sufficiente che il consumatore “consapevole” organizzi il recupero dei contenitori ai fini

⁶² A. B. JAEGER, *op. cit.* in nota 55, p. 403.

⁶³ *Clean-up groups fronting for bottlers, critics say*, in *The San Bernardino County Sun*, 29 agosto 1976.

del riciclo del materiale. Ancora una volta, l'individuo era messo in grado di porre fine direttamente alla problematica ambientale, senza alcuna necessità di soluzioni politiche o ristrutturazioni sistemiche. Anziché rappresentare un complemento a programmi vincolanti di riduzione alla fonte, il riciclo venne presentato come l'*unica soluzione*. La fantasia era che il consumismo capitalista, invece che essere all'origine dell'invasione da rifiuti, potesse addirittura risolverla – tutto quello che serve è separare i rifiuti in cucina, ovvero *comprare i prodotti giusti*. Al termine della vittoriosa controffensiva condotta dalle *lobby* industriali, iniziarono a diffondersi le pratiche di raccolta differenziata a carico del consumatore, che oggi tutti ben conosciamo. Il volume di rifiuti, intanto, letteralmente esplodeva.

Slegandosi dal processo di produzione, la questione dei rifiuti è divenuta, così, sempre di più una questione di responsabilità individuale. Eppure, sebbene sia lusinghiero – come rileva Chamayou – che ogni soluzione per il pianeta possa poggiare sulle fragili spalle del consumatore, mentre quest'ultimo separa una miriade di imballaggi in cucina, altri attori, a partire dalle municipalità, hanno dovuto investire e indebitarsi per finanziare le strutture divenute necessarie a causa di una produzione esponenziale di rifiuti da parte delle famiglie. Ciò significa che sono stati i cittadini ad aver finanziato, con le loro tasse, il sistema degli imballaggi plastici che avvolgono ormai qualsiasi prodotto – e ciò ha permesso alle industrie di ampliare la loro produttività senza doversi assumere costi aggiuntivi.

Chamayou, che analizza la tattica consistente nel promuovere forme di impegno a livello domestico, rileva che la forza psicologica della stessa risiede nel fatto che essa trasmette qualcosa di molto piacevole da ascoltare: *noi abbiamo il potere di fare la differenza*. Tuttavia, individualizzando il problema ambientale, l'industria ha ingegnosamente dissociato e contrapposto due dimensioni: all'esigenza di trasformazione del sistema, combattuta dai produttori, viene sostituita la pretesa autosufficienza di una riforma delle pratiche individuali, che vengono descritte come in grado di cambiare le cose poco alla volta, senza conflitti e, soprattutto, senza un'azione politica concertata dei consumatori contro sistemi di produzione insostenibili. È questo, a ben guardare, l'elemento più ingegnoso di tutta la strategia. La sensazione che i messaggi di responsabilizzazione individuale lasciano ai cittadini è che essi si trovino comunque in

uno stato di “attivismo”, di affaccendamento politico, così che pensino che la loro azione possa fare tutta la differenza – ma quello che fanno, in realtà, è sgravare l’industria della relativa responsabilità, senza combattere il sistema di produzione, che, anzi, è dato da tutti per scontato e presupposto. La sensazione diffusa, infatti, è che, a livello di produzione, non sia possibile immaginare un’alternativa radicale.

Un altro autore americano, Bartrow J. Elmore, in una ricostruzione storica dei programmi di riciclo del secolo scorso⁶⁴, ricorda che, tra il 1899 e il 1915, la maggior parte dei distributori usava bottiglie in vetro per la vendita delle bevande. Il consumatore spendeva uno o due centesimi in deposito, che gli venivano restituiti quando restituiva la bottiglia. La rivista di settore *Southern Carbonator and Bottler* esortava spesso i distributori a utilizzare questo sistema, perché era l’unico in grado di garantire che i contenitori – le bottiglie – non venissero danneggiati o fossero dispersi nell’ambiente: “The customer’s interest in all bottled beverages ceases when the contents are consumed, without the deposit attachment. The only sane, logical and lasting solution of the bottle question is the deposit system”⁶⁵.

Il sistema del vuoto a rendere era efficace proprio per la ragione appena individuata: si basava sull’interesse economico del consumatore. Quest’ultimo, che, per definizione, è innanzi tutto un agente economico, portava indietro la bottiglia vuota per recuperare il suo deposito, perseguendo, appunto, l’interesse esclusivo alla cura del proprio movente economico. Attraverso la strategia dell’individualizzazione del problema ambientale, invece, l’industria ha voluto sostituire all’interesse di un tipico agente economico una motivazione disinteressata: per pura preoccupazione dell’interesse generale, il consumatore separerebbe i suoi rifiuti, nell’assenza di un apparente movente egoistico. È così che, per Chamayou, tra l’*Homo oeconomicus*, che ha perso il suo movente egoi-

⁶⁴ B. J. ELMORE, *The American Beverage Industry and the Development of Curbside Recycling Programs, 1950–2000*, in *Business History Review*, 2012, pp. 477 ss. Dello stesso autore, v. anche il più ampio *Citizen Coke - The Making of Coca-Cola Capitalism*, New York, 2016.

⁶⁵ *Deposit System*, in *Southern Carbonator and Bottler*, novembre 1905, p. 10. Anche secondo la *Coca-Cola Bottler*, un’altra rivista di settore, i distributori consideravano il sistema del deposito particolarmente efficace nell’assicurare il reso dei contenitori (*Coca-Cola Bottler*, aprile 1929, pp. 34-35).

stico, e l'*Homo politicus*, che ha abbandonato l'azione concertata dei consumatori come categoria politica, ha fatto la sua comparsa l'*Homo ethicus*, che diventa l'unico soggetto responsabile e viene incaricato, al proprio livello, di controbattere, con le sue microvirtù, ai macrovizii del sistema.

Eppure, tutto questo ha un che di paradossale, dal momento che questa impostazione non rimuove l'altra, di tipo economico: il consumatore, chiamato ad agire come soggetto etico, non smette mai di essere, intensamente e per definizione, un soggetto economico. È così che egli si ritrova a gestire una tensione prodotta da una serie di appelli contraddittori da parte dell'industria e delle istituzioni, che lo sollecitano a essere economicamente efficiente – ma, al tempo stesso, ecologicamente responsabile.

Chissà per quanto tempo si sarebbe proseguito per questa strada, affidandosi alle microazioni individuali. Senonché, di recente, è entrata in gioco la grande economia globale a rimettere profondamente in discussione il sistema di produzione. In altre parole, il cambiamento che non sono riusciti a ottenere i movimenti ambientalisti in mezzo secolo è riuscita a determinarlo questa breve, quanto esplosiva, notifica, depositata dalla Cina all'OMC: “By the end of 2017, China will forbid the import of 4 classes, 24 kinds of solid wastes, including plastics waste from living sources, vanadium slag, unsorted waste paper and waste textile materials”⁶⁶.

La decisione della Cina, seguita a distanza di pochi mesi dall'India, ha allarmato diversi esportatori di rifiuti plastici, inclusa l'Unione europea. Per circa due decenni, la Cina ha importato approssimativamente la metà dei rifiuti di plastica raccolti sul pianeta. Solo nel 2016, anno precedente alla notifica appena richiamata, la Cina aveva importato 7,3 milioni di tonnellate metriche di rifiuti plastici: più di due terzi dei rifiuti di plastica mondiali. Dal 1° gennaio 2018, la Cina non ne importa più nemmeno un chilo. Il 18 gennaio 2020, una commissione incaricata delle riforme nel settore dello sviluppo nazionale del Ministero dell'ecologia e dell'ambiente cinese ha presentato un piano per ridurre il confe-

⁶⁶ La motivazione addotta dalla Cina è stata la seguente: “we found that large amounts of dirty wastes or even hazardous wastes are mixed in the solid waste that can be used as raw materials”, notifica della Cina cit. in nota 39.

rimento in discarica dei rifiuti, da attuarsi attraverso limitazioni e divieti alla produzione e all'utilizzo di alcuni articoli monouso. Le restrizioni verranno introdotte gradualmente nei prossimi cinque anni, mentre anche in Occidente si risveglia la controffensiva dell'industria della plastica. L'egemonia culturale della produzione deve ora fare i conti con la determinazione di un attore assai più temibile del consumatore, ossia il maggiore importatore globale degli scarti plastici, che non consente più di veicolare i rifiuti oltre confine mantenendo i livelli di produzione degli scorsi decenni.

4. *Conclusioni*

Anche una breve analisi dell'approccio all'*end of waste* limitata all'ambito normativo internazionale e alle strategie dell'industria rivela che tale concetto è ancora lungi dal trovare una sua affermazione definitiva e produttiva di effetti pratici. Da un lato, le dinamiche tipiche del diritto internazionale non si conciliano facilmente con l'affermazione di un obiettivo che essenzialmente incide su scelte produttive ed economiche nazionali e su comportamenti individuali. In un sistema economico globale che affronta un problema di inquinamento diffuso, in cui serve omogeneità nelle strategie, anche e soprattutto normative, il diritto internazionale dovrebbe giocare un ruolo decisivo. Eppure, come si è visto, tale ordinamento non possiede (ancora) gli strumenti per riuscire a sostenere in maniera adeguata – al di là di un esercizio di mera sensibilizzazione – l'obiettivo dell'*end of waste*. In ogni caso, il diritto in generale non può prescrivere all'individuo cosa consumare, ma può soltanto orientare il mercato con altri strumenti, tra i quali, per esempio, quello fiscale. Dall'altro lato, le strategie industriali non recedono da un'impostazione di tipo meramente produttivistico-quantitativo, incompatibile con l'idea stessa che un prodotto possa avere una fine diversa dal divenire un irrecuperabile scarto.

A fronte delle iniziative normative della Commissione europea degli ultimi due anni, finalizzate a incidere anche quantitativamente sulla produzione di articoli in plastica monouso, le industrie – anche in Italia – hanno reagito con una perfetta “circularità”, riutilizzando affermazioni a noi tutti già note, come quelle che si leggevano nel rapporto della

Commissione del Vermont del 1956.⁶⁷ Per l'associazione di *Federchimica* dei produttori di materie plastiche, “la messa al bando alle plastiche monouso decisa dall'Unione europea non è la soluzione per il problema del *marine litter*”; la riduzione dell'inquinamento marino non deve fondarsi solo sull'impegno degli industriali, ma, ancora una volta, è il consumatore consapevole e responsabile a essere chiamato in causa: “le bottiglie non finiscono in mare da sole, le spiagge non si riempiono di sacchetti e contenitori di creme solari o cibi per un malefico incantesimo. Occorre educare al rispetto per l'ambiente”⁶⁸.

Tali affermazioni ricalcano l'appello all'*Homo ethicus* di ormai diversi decenni fa e mai abbandonato dalla controffensiva capitalista di fronte a ogni rischio di ridimensionamento della produzione. Il consumatore non viene solo apertamente responsabilizzato per i problemi dell'ambiente, ma anche “occultamente persuaso”⁶⁹ che il destino del pianeta risieda nelle sue azioni.

Un materiale come la plastica ha pregi indiscussi, ha rappresentato una scoperta importante e contribuisce al prosperare del genere umano in diversi settori, incluso in campo igienico-sanitario e medico. Le recenti vicende lo dimostrano, una volta di più: “sono messi in discussione sotto il profilo ambientale, ma imballaggi e stoviglie monouso in plastica possono fornire un importante contributo al contenimento del contagio da coronavirus (Covid-19) nella distribuzione di pasti e bevande alla popolazione. (...) In questo momento noi produttori sentiamo di dover fare la nostra parte: al fianco delle istituzioni, degli operatori sanitari, delle forze dell'ordine e dei concittadini che hanno bisogno di prodotti sicuri (...). Certo non la soluzione di ogni problema, ma un piccolo aiuto che noi, o meglio, i nostri prodotti, con le loro doti di praticità e igiene (...) possono dare” – recita una recente dichiarazione diffusa da *Unionplast Federazione Gomma Plastica*, che aggiunge: “Noi ci siamo!”, in tono rassicurante⁷⁰. L'immediatezza “etica” sospende la politica. Come dar torto a chi si interessa della nostra salute? Vogliamo forse impedire ai pro-

⁶⁷ V. nota 60.

⁶⁸ *Il Sole 24 Ore*, 10 febbraio 2019, p. 15.

⁶⁹ V. PACKARD, *The Hidden Persuaders*, Londra, 1957. Dello stesso autore, v., soprattutto, il decisivo *The Waste Makers*, Londra, 1960.

⁷⁰ UNIONPLAST, circolare n. 67 del 25 febbraio 2020, disponibile sulla rete interconnessa, e in *Polimerica*, 26 febbraio 2020.

duttori di “fare la loro parte” in un momento di incertezza sanitaria? Il problema è che, al tempo stesso, l’interesse per un’umanità a rischio pandemico persegue anche altre finalità – evidenti – di tipo economico-produttivo, in uno schema tipicamente capitalista, che muta e si adatta alle esigenze contingenti.

I produttori dovrebbero “fare la loro parte” anche al di fuori delle emergenze sanitarie. È giusto riconoscere alla plastica i suoi indiscussi meriti, quindi, ma senza che le emergenze transitorie possano servire a giustificare una presenza sconsiderata di questo materiale, nella quotidianità di altri contesti, attraverso l’invasione del mercato (e degli oceani) con prodotti inutili e dannosi. La recente iniziativa dell’Unione europea, positivamente, ristabilisce un equilibrio tra gli impegni individuali e quelli dell’industria: prevede limitazioni alla produzione, rese necessarie dal contesto economico globale e dall’impatto dei livelli produttivi attuali sugli ecosistemi, in particolare quelli marini, senza abbandonare l’obiettivo della sensibilizzazione del consumatore al rispetto dell’ambiente. È giusto che quest’ultimo sia informato ed educato, ma non ingannato circa il fatto che la salvezza del pianeta riposi esclusivamente sulle sue spalle. Con messaggi contraddittori, tra richiami alla responsabilità ecologica e sempre più ingegnose sollecitazioni all’acquisto di nuovi prodotti, il consumatore smarrisce ogni consapevolezza circa l’impatto delle proprie scelte e prosegue per inerzia in una realtà in cui la dottrina thatcheriana del *There Is No Alternative*, da motto, si trasforma in un presagio che si avvera. Laddove le strategie di vendita occupano tutto l’orizzonte del pensabile, e lo fanno, per giunta, raccontando di “prendersi cura degli individui”, il risultato regalato alle generazioni future sarà (o, forse, è già) quello di un consumatore-spettatore che arranca tra ruderi e rovine⁷¹, nella Cornucopia City immaginata da Vance Packard. *L’end of waste*, a livello normativo, è ancora lungi dal raggiungere il potenziale che consenta di disegnare un finale diverso.

⁷¹ M. FISHER, *Capitalist Realism: Is There No Alternative?*, s.l., 2009.

ABSTRACT

*End of waste – Circular economy – Plastic waste – Plastic pollution
International environmental law – Basel Convention*

The paper addresses the role played by the concept of “end of waste” in the circular economy and the legal gaps thereof, with a focus on plastic waste. The analysis starts with the consideration that the concept of “end of waste”, widely used in the current debate at the national level, is actually absent in international environmental law. Despite the growing number of conventions, protocols and declarations indicating international law’s commitment to addressing the environmental crisis generated by plastic waste worldwide, this branch of law has evidently failed to grasp the very ontological dualism of waste. In fact, international environmental law does not conceive waste as a behavioral phenomenon, individual and collective, and focuses only on the materiality of specific solid products to be disposed of. In other words, international environmental law considers those products as a never-ending waste. Besides, international law addresses only specific hazardous types of waste, without considering the overall and multidimensional impacts generated also by other types of waste. Moreover, international environmental law does not directly aim at protecting the environment from waste, but rather puts in place a set of norms designed to manage the circulation and (re)distribution of waste on a global scale against payment. In light of this legal construction, it has been rightly pointed out that international environmental law has become waste law in a world where waste has become a global commodity. In such a situation, the goal of environmental protection eventually lies in the background, as a mere collateral effect of the system. The analysis continues with the consideration that the concept of “end of waste” is not a new one, but it has been constantly fought against by producers for decades, since its very beginning, in order to ensure increasing levels of production. The strategy used by the industry lies in a shrewd combination of two elements: a “moralization” of environmental problems that places on consumers all the responsibilities for the current environmental deterioration, without considering alternative systems of production; and an effective implementation of what Antonio Gramsci described as “cultural hegemony”, whereby the industry has efficiently organized itself through a communication strategy aimed at convincing consumers that there is no alternative to the current system of production.

Quale tutela per il lupo (*Canis lupus*)? Il quadro normativo vigente e le possibili prospettive*

GIUSEPPE GARZIA

Abbiamo condannato il lupo non per quello che è, ma per quello che abbiamo deliberatamente ed erroneamente percepito che fosse – l'immagine mitizzata di uno spietato assassino selvaggio –. Che, in realtà, non è altro che l'immagine riflessa di noi stessi.

FARLEY MOWAT

1. Premessa: le prime disposizioni normative sulla tutela del *Canis lupus* a livello nazionale e internazionale. – 2. (*Segue*). La direttiva “Habitat” e il suo recepimento in Italia. – 3. (*Segue*). La legislazione statale sulla caccia: legge n. 157 del 1992. – 4. Le leggi delle Province autonome di Trento e Bolzano del 2018 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 215 del 2019. – 5. (*Segue*). Analisi critica. – 6. La giurisprudenza della Corte di Giustizia: l’abbattimento in “deroga” come ipotesi del tutto eccezionale. 7. Il “conflitto uomo-lupo” e le possibili soluzioni. – 8. (*Segue*). Verso un “piano di conservazione e gestione” della specie.

1. *Premessa: le prime disposizioni normative sulla tutela del Canis lupus a livello nazionale e internazionale*

È noto che fino agli anni Settanta la caccia al lupo era molto diffusa sul territorio nazionale, tanto che si era giunti alla quasi completa estinzione della specie. Del resto, la prima legislazione sulla caccia¹, all’artico-

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

¹ R.d. 24 giugno 1923 n. 1420: “Provvedimenti per la protezione della selvaggina e l’esercizio della caccia”.

lo 18, prevedeva quanto segue: “La presa degli animali nocivi e feroci (tra i quali rientrava anche il lupo) può essere fatta anche con lacci, tagliuole e bocconi [...]”.

Peraltro, proprio a partire dagli anni Settanta, sono state emanate una serie di normative sia nazionali che sovranazionali tendenti a proteggere la “residua” popolazione di lupi presenti nel territorio nazionale; tali normative hanno senza dubbio favorito il ripopolamento in numerose aree della penisola, comprese alcune dalle quali erano scomparsi da secoli².

Più in dettaglio il primo atto normativo che indica un deciso cambio di rotta rispetto alla preesistente legislazione è costituito dal d.m. 23 luglio 1971 (c.d. decreto “Natali”) che elimina il lupo dalla lista dei c.d. animali nocivi, decreto poi confermato da un successivo provvedimento del 22 novembre 1976³ con il quale viene vietato – a tempo indeterminato – in tutto il territorio nazionale l’esercizio venatorio al lupo nonché l’uso di bocconi avvelenati per il controllo degli animali predatori selvatici.

Sempre a partire dagli anni Settanta sono state inoltre adottate alcune importanti convenzioni internazionali riguardanti la protezione della fauna a rischio di estinzione nell’ambito delle quali è presente anche *Canis lupus*.

La prima in ordine di tempo è costituita dalla convenzione di Washington del 3 marzo 1973 (c.d. CITES)⁴ il cui obiettivo fondamentale è l’imposizione di una rigorosa regolamentazione delle specie minacciate di estinzione a livello globale. Nell’ambito della convenzione non tutte le specie di lupo sono assoggettate alla medesima disciplina giuridica in quanto alcune (ad esempio quella dell’India) sono inserite nell’Appendice I (specie gravemente minacciate), mentre altre specie (tra cui quella italiana) sono collocate all’interno dell’Appendice II (specie potenzialmente minacciate). Peraltro il regolamento CEE 338/97 del 9 dicembre

² È notizia di non molto tempo fa l’avvistamento di alcuni esemplari anche nella Pineta di Ravenna (decantata anche dal Sommo Poeta nella Divina Commedia). Del resto della cosa non ci si deve stupire più di tanto soprattutto se si considera, come osserva lo storico Franco Gabici (Il Resto del Carlino, cronaca di Ravenna, 25 marzo 2019), che nel 700 il naturalista Francesco Ginanni, nel suo famoso trattato *Istoria naturale e civile delle pinete ravennati* così scriveva: “non rade volte si vedono lupi in queste pinete”.

³ C.d. decreto “Marcora” recante “Divieto di caccia al lupo e dell’uso di bocconi avvelenati”.

⁴ Ratificata in Italia con l. 19 dicembre 1975 n. 874.

1996: «relativo alla protezione di specie della flora e della fauna selvatiche mediante il controllo del loro commercio» ha, per così dire, alzato il livello di tutela previsto dalla convenzione CITES includendo il lupo italiano all'interno dell'Allegato A (che ricomprende le specie per le quali è prevista una tutela più rigorosa).

A questo primo accordo ha fatto seguito, a distanza di pochi anni, la convenzione di Berna del 19 settembre 1979 relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa⁵, la quale inserisce il *Canis lupus* all'interno dell'allegato II “specie di fauna rigorosamente protette”.

Riguardo alle specie inserite nel suddetto allegato vengono imposti agli Stati aderenti alla convenzione una serie di specifici divieti tra cui – in particolare – quello riguardante “qualsiasi forma di cattura intenzionale, di detenzione e di uccisione intenzionale” (art. 6, lett. a). È importante notare che il suddetto principio ha carattere generale e vi si può derogare solamente in presenza di tre condizioni che devono contestualmente sussistere (art. 9, comma 1°): a) non vi siano altre alternative; b) la deroga non sia dannosa per la sopravvivenza della specie; c) venga perseguito uno dei seguenti interessi e fini: protezione della flora e della fauna; prevenzione di importanti danni a colture, bestiame, zone boschive, riserve di pesca, acque e altre forme di proprietà; salute e sicurezza pubblica; sicurezza aerea; ricerca ed educativi; ripopolamento, reintroduzione e il necessario allevamento.

2. (segue). *La direttiva “Habitat” e il suo recepimento in Italia*

Non vi è dubbio che la convenzione di Berna ha “giocato” un ruolo assai rilevante sul riconoscimento della protezione della specie a livello di ordinamento comunitario⁶; infatti la c.d. direttiva “Habitat”, emanata nel 1992⁷, riprende alcuni degli elementi caratterizzanti la convenzione

⁵ Ratificata in Italia con l. 5 agosto 1981, n. 503.

⁶ Sul punto si veda G. JONES, *The Habitats directive. A developer's obstacle course*, Oxford and Portland, 2012, p. 3 ss.

⁷ Direttiva 92/43/CEE “relativa alla conservazione degli habitat naturali e semi naturali e della flora e della fauna selvatiche” recepita nel nostro ordinamento con il d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357.

di Berna e inserisce il *Canis lupus* non solo all'interno di quelle di cui allegato II (specie prioritarie di interesse comunitario la cui conservazione richiede la designazione di zone speciali di conservazione), ma altresì nell'ambito di quelle dell'allegato IV (specie animali di interesse comunitario che richiedono una protezione rigorosa)⁸.

Proprio con riferimento alle specie di cui all'allegato IV gli Stati membri, ai sensi dell'art. 12, hanno l'obbligo di adottare i provvedimenti necessari atti ad istituire un regime di "rigorosa tutela" nella loro area di ripartizione naturale che deve comprendere, tra l'altro, anche il divieto di "qualsiasi forma di cattura o uccisione deliberata di esemplari di tali specie nell'ambiente naturale".

A tal fine gli stessi Stati devono altresì adottare un sistema di sorveglianza continua delle catture o delle uccisioni accidentali e intraprendere le ricerche o misure di conservazione necessarie per assicurare che le catture o le uccisioni accidentali non abbiano un impatto negativo significativo sulla specie.

Ai sensi dell'art. 16 può derogarsi al divieto di cattura o uccisione solamente a condizione che non esista un'altra soluzione valida, che la stessa deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente (*Favourable Conservation Status - FCS*) delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale e, in ogni caso, al fine di tutelare uno dei seguenti interessi: a) proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali; b) prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà; c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e tali da

⁸ In realtà non tutte le popolazioni di *Canis lupus* dell'Europa hanno il medesimo livello di protezione, in quanto non sono ricomprese nell'allegato II quelle estoni; greche a sud del 39° parallelo; spagnole a sud del Duero; lettoni, lituane e finlandesi. Inoltre non sono ricomprese nell'allegato IV le popolazioni greche a nord del 39° parallelo; quelle estoni; quelle spagnole a nord del Duero; bulgari lettoni, lituane, polacche, slovacche e finlandesi all'interno della zona di gestione del patrimonio rangifero quale definita al paragrafo 2 della legge finlandese n. 848/90. Sugli effetti della direttiva "Habitat" sulle diverse popolazioni di lupo in Europa si veda A. TROUWBORST, "Wolves not welcome? Zoning for large carnivore conservation and management under the Bern Convention and the UE Habitats Directive", in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2018, 27, p. 306 ss.

comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente; d) finalità didattiche e di ricerca, di ripopolamento e di reintroduzione di tali specie e per operazioni di riproduzione necessarie a tal fine, compresa la riproduzione artificiale delle piante; e) consentire, in condizioni rigorosamente controllate, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un numero limitato di taluni esemplari delle specie di cui all'allegato IV, specificato dalle autorità nazionali competenti.

Si tratta, com'è evidente, di criteri di non agevole interpretazione e applicazione; e, proprio per tale ragione, è intervenuta la Commissione Europea con l'adozione, nel febbraio 2007, della "*Guidance document on the strict protection of animal species of Community interest under the Habitat Directive 92/43/EEC*", il cui obiettivo fondamentale è di assicurare

“a common understanding of the relevant provisions among national and regional authorities, conservation bodies and other structures responsible for or involved in the implementation of the Habitats Directive. It aims to assist in devising pragmatic and flexible ways of applying the provisions and making them effective and practical, while fully respecting the legal framework”.

Secondo la direttiva “Habitat” lo stato di conservazione di una specie è considerato “soddisfacente” quando sussistono *contestualmente* le seguenti condizioni: 1) i dati relativi all'andamento delle popolazioni della specie in causa indicano che tale specie continua e può continuare a lungo termine ad essere un elemento vitale degli habitat naturali cui appartiene; 2) l'area di ripartizione naturale di tale specie non è in declino né rischia di declinare in un futuro prevedibile; 3) esiste e continuerà probabilmente ad esistere un habitat sufficiente affinché le sue popolazioni si mantengano a lungo termine.

Si tratta, com'è evidente, di una valutazione di natura tecnico-scientifica estremamente complessa che, come è stato osservato¹⁰, viene a svolgersi essenzialmente in due tempi: in primo luogo occorre determinare lo stato di conservazione delle popolazioni di una specie nella loro area

⁹ Di seguito “Guidance Habitat”.

¹⁰ Da M. C. MAFFEI, *Ursus Arctos: una specie protetta ... ma non troppo*, in questa *Rivista*, 2019, p. 25.

di ripartizione naturale dello Stato di pertinenza; in secondo luogo è necessario valutare l'impatto della deroga sulla popolazione interessata¹¹.

Il d.P.R. n. 357 del 1997 ha recepito la sopra menzionata previsione normativa con l'art. 11, comma 1°, e ha stabilito – del tutto opportunamente - che il suddetto potere di “deroga” sia di esclusiva competenza dello Stato; esso infatti spetta al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti, per quanto di competenza, il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e l'ISPRA¹².

ISPRA, com'è evidente, ha un ruolo particolarmente importante nell'ambito del procedimento di “deroga”, sia in quanto è chiamato a esprimere la valutazione di carattere tecnico – scientifico che si pone, per così dire, alla “base” della decisione di natura amministrativa da assumere da parte degli organismi ministeriali¹³ e sia perché ha lo scopo di garantire i livelli minimi e uniformi di protezione ambientale sul territorio nazionale¹⁴.

3. (segue). *La legge quadro sulla caccia (n. 157 del 1992)*

Un'ultima importante normativa che ha contribuito in modo significativo a completare il percorso giuridico volto al riconoscimento del *Canis lupus* come specie particolarmente protetta è costituita la vigen-

¹¹ Per un interessante caso di studio relativo allo “*swedish wolf*” si veda Y. EPSTEIN, *Favourable Conservation Status for Species: Examining the Habitat Directive's Key concept through a case Study for Swedish Wolf*, in *Journal of Environmental Law*, 2016, 28, p. 221 ss.

¹² Ai sensi del successivo comma 3° il Ministero dell'ambiente è tenuto inoltre a trasmettere – ogni due anni – alla Commissione Europea una relazione riguardo alle “deroghe” concesse correlata da una relazione contenente: a) l'indicazione delle specie e il motivo della deroga; b) i mezzi, i sistemi o i metodi di cattura e di uccisione; c) le circostanze di tempo e di luogo che devono regolare le deroghe; d) l'autorità competente a dichiarare e a controllare che le condizioni richieste sono soddisfatte; e) le misure di controllo attuate e i risultati ottenuti.

¹³ All'ISPRA, infatti, con la l. 6 agosto 2008, n. 133, sono state attribuite tutte le funzioni che in precedenza erano di competenza dell'INFS (Istituto Nazionale della Fauna Selvatica).

¹⁴ Sul punto si rinvia alle sentenze della Corte Costituzionale n. 107 del 2014 e 139 del 2017.

te legge quadro sulla caccia¹⁵, il cui obiettivo fondamentale è quello di proteggere la fauna selvatica, costituendo essa patrimonio indisponibile dello Stato (art. 2)¹⁶.

Essa, com'è noto, viene a ribaltare l'impostazione del T.U. sulla caccia n. 1016 del 1939 che si basava sulla configurazione del diritto di caccia come diritto soggettivo e sulla qualificazione della fauna selvatica come *res nullius*. Proprio per tale ragione, l'attività venatoria viene considerata dalla legge come un'"eccezione" rispetto al principio di conservazione della fauna selvatica, nel senso che essa è consentita solamente nelle forme e nei modi compatibili con la tutela delle diverse specie¹⁷.

Il fatto che l'attività venatoria sia subordinata alla sussistenza di numerose condizioni previste dalla legge (tipi di specie, periodi dell'anno, modalità e strumenti di cattura) dimostra che la *ratio* della legge 157 del 1992 è la tutela della specie selvatica intesa nel suo complesso, con la conseguenza che ogni illecito abbattimento, oltre alle specifiche sanzioni di natura penale o amministrativa, costituisce anche fattispecie di danno erariale¹⁸.

Venendo più in dettaglio ad esaminare gli aspetti della legge n. 157 del 1992 rilevanti rispetto al presente scritto può osservarsi che essa distingue la fauna selvatica in tre diverse categorie: a) le specie (tra le quali rientra anche il *Canis lupus*) "particolarmente protette", nel senso che ne

¹⁵ L. 11 febbraio 1992 n. 157 "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio".

¹⁶ In dottrina, per un inquadramento generale della materia si rinvia a P. BRAMBILLA, "Caccia", in S. NESPOR-A. L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009, p.707 ss.; I. GALLO CURCIO-C. LACAVA, *La caccia*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. IV, Milano, 2003, p. 2355 ss.

¹⁷ Cfr. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in R. FERRARA-M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. III, Milano, 2014, p. 771.

¹⁸ In questo senso si veda l'importante sentenza della Corte dei Conti, Sez. I, Giurisdizionale centrale d'appello, 18 giugno 2018, n. 248. In estrema sintesi il ragionamento della Corte si basa su tre momenti: 1) la legge stabilisce che la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato; 2) ogni esemplare appartiene quindi allo Stato e ha un suo valore (anche economico); 3) l'abbattimento avvenuto al di fuori delle condizioni stabilite dalla legge costituisce un danno al patrimonio dello Stato. Sulla sentenza in questione si veda B. POZZO, *Danno erariale derivante da abbattimento di fauna selvatica*, in questa *Rivista*, 2018, vol. 3, p. 569 ss. e M. OLIVI, *Danno erariale per autorizzazione all'abbattimento di fauna selvatica*, 2019, reperibile sulla rete interconnessa.

è vietata la cattura e l'eventuale abbattimento o detenzione è soggetta a sanzione penale¹⁹; b) le specie “cacciabili” nei tempi e secondo le modalità previste; c) le specie “residue”: si tratta di specie non cacciabili ma che non godono di una particolare protezione sul piano giuridico.

Il fatto che il *Canis lupus* – come si è detto – sia inserito tra le specie “particolarmente protette” a rischio di estinzione fa sì che esso viene a beneficiare del massimo livello di protezione possibile sul piano giuridico, e ciò va visto proprio in funzione dell'interesse pubblico (primario) connesso alla sua conservazione.

Un ultimo aspetto importante della l. n. 157 del 1992 che va opportunamente sottolineato è il fatto che esso opera un “equilibrato” bilanciamento tra le funzioni amministrative di competenza statali e quelle regionali²⁰. Tra queste ultime particolarmente importante è quella prevista dall'art. 19 concernente le azioni di “controllo” sulla fauna selvatica anche in zone di regola vietate alla caccia. Tale funzione, pur essendo - come si è detto - attribuita alla competenza regionale, soggiace peraltro ad alcune importanti condizioni: in primo luogo “di norma” deve avvenire mediante l'utilizzo di “metodi ecologici” e comunque deve essere preceduto dal parere tecnico – scientifico dell'ISPRA. Solamente nel caso in cui lo stesso ISPRA verifichi l'inefficacia dei predetti metodi le Regioni possono autorizzare piani di abbattimento. Infine, in ogni caso, il “controllo” dovrà trovare giustificazione in una delle seguenti situazioni: necessità di favorire una migliore gestione del patrimonio zootecnico; tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali ed ittiche.

¹⁹ Arresto da due a otto mesi o ammenda da euro 774 a euro 2.065.

²⁰ Sul punto si rinvia all'ampia trattazione di M. MANCINI, *La disciplina degli istituti di protezione della fauna selvatica e della biodiversità nel quadro del riparto delle competenze tra Stato e regioni*, 2017, p. 23 ss, reperibile sulla rete interconnessa.

4. *Le leggi della Province autonome di Trento e Bolzano del 2018 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 215 del 2019*

È all'interno di quadro normativo che si è cercato di descrivere nei suoi tratti principali che si inseriscono le due recenti leggi delle Province autonome di Trento e Bolzano del 2018²¹.

Le due leggi, di contenuto sostanzialmente analogo e (non a caso) emanate quasi contestualmente, prevedono, limitatamente alle specie *Ursus arctos* e *Canis lupus*, la possibilità che il Presidente della Provincia, previo parere dell'ISPRA, possa “autorizzare il prelievo, la cattura o l'uccisione, a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che il prelievo non pregiudichi il mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente della popolazione della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale”²².

Sotto altro profilo il prelievo, la cattura o l'uccisione potranno avvenire solamente al fine di perseguire uno dei seguenti scopi: proteggere le caratteristiche fauna e flora selvatiche e conservare gli habitat naturali; prevenire danni gravi, specialmente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico, alle acque e ad altre forme di proprietà; garantire l'interesse della sanità e della sicurezza pubblica e per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica e motivi tale da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente.

In altre parole, le due leggi prevedono un regime di “deroga” che

²¹ Si tratta della L.P. Trento 11 luglio 2018 n. 9 e della l.p. Bolzano 16 luglio 2018 n. 11. Per un'analitica analisi delle due leggi, nonché della sentenza della Corte Costituzionale n. 215 del 2019 (su cui si veda subito oltre nel testo), si rinvia all'ampio e articolato commento di M.C. MAFFEI, *Orsi e lupi in due sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 2020, p. 92 ss.

²² Più di recente una proposta di legge statale di contenuto non dissimile a quelle citate è stata avanzata dalla Regione Veneto (p.d.l. n. 54 del 2019 “Misure di prevenzione dei danni provocati dai grandi carnivori e di contenimento delle popolazioni in esubero rispetto alla sopportabilità del territorio e alla loro compatibilità con le attività antropiche”). Anche la circolare del Ministero dell'Interno del 3 aprile 2019 “Diffusioni dei lupi e tutela dell'incolumità pubblica”, prevede la possibilità che vengano consultate le Autorità Regionali e Provinciali ai fini dell'esercizio del potere di deroga di cui all'art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997. Ciò appare (abbastanza) incomprensibile in relazione al fatto che, come si è detto, il suddetto potere è espressamente attribuito alla competenza del Ministero dell'ambiente.

riprende, in larga parte, il disposto di cui all'art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997 di recepimento della direttiva "Habitat", con alcune significative differenze la più importante delle quali è costituita dal fatto che il potere di autorizzare il prelievo, la cattura o l'uccisione di esemplari è attribuito alla competenza del Presidente della Provincia, mentre, come si è detto, l'art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997 attribuisce il suddetto potere al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentiti il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali e l'ISPRA.

In altre parole, la valutazione finale riguardo alla "deroga" viene affidata alla competenza unica del Presidente della Provincia con la conseguente estromissione degli organismi ministeriali di cui al citato art. 11. Tale aspetto ha sollevato, inevitabilmente, una serie di dubbi di legittimità costituzionale rispetto alla competenza esclusiva statale in materia di ambiente ed ecosistema di cui all'art. 117, comma 2°, lett. s) della Costituzione²³, dubbi che – tuttavia – sono stati respinti dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 215 del 27 settembre 2019.

In sintesi la Corte, dopo aver premesso che secondo la legislazione statale in tema di caccia (l.n. 157 del 1992), la disciplina del "controllo" sulla fauna selvatica è istituzionalmente di competenza delle Regioni e delle Province autonome, ha incentrato il proprio ragionamento soprattutto sull'articolato sistema di competenze attribuito dallo Statuto speciale per la Regione Trentino-Alto Adige alle Province autonome di Trento e Bolzano.

In particolare si è precisato che le suddette competenze, viste non tanto singolarmente ma soprattutto nel loro "complesso" (nello specifico vengono richiamate quelle in tema di "alpicoltura e parchi per la protezione della flora e della fauna" nonché di "agricoltura, foreste e Corpo forestale, patrimonio zootecnico e ittico"), *concorrerebbero a delineare un peculiare assetto dell'"ecosistema" in ambito provinciale e pertanto il loro esercizio ben potrebbe essere rivendicato dalle stesse Province autonome.*

In altre parole, prese nel loro insieme, "le competenze statutarie delle province autonome [assicurerebbero] la complessiva tutela del particolare ecosistema provinciale e, in considerazione delle particolari caratte-

²³ Sollevati dal Presidente del Consiglio dei Ministri con ricorsi 60 del 14 settembre 2018 e n. 65 del 24 settembre 2018.

ristiche dell'habitat alpino [giustificherebbero] l'attribuzione della competenza all'esercizio della deroga all'autonomia provinciale, prevedendo un sostanziale bilanciamento, legittimamente rimesso dalle leggi provinciali ai Presidenti delle Province autonome, quali organi idonei alla valutazione della dimensione anche localistica degli interessi coinvolti”.

A sostegno del proprio ragionamento viene – inoltre – evidenziato che in precedenti decisioni²⁴ era stata già riconosciuta la competenza delle Province autonome riguardo al recepimento della direttiva “Habitat”, pertanto non vi sarebbero ostacoli alla possibile configurazione del suddetto potere con specifico riferimento al procedimento di cui all'art. 16.

5. (segue). *Analisi critica*

Pur tenendo conto del fatto che riguardo alle competenze Stato – Regioni in materia di tutela delle specie selvatiche il quadro di riferimento giurisprudenziale presenta senza dubbio alcuni aspetti di complessità²⁵, le conclusioni a cui è giunta la Corte destano comunque alcune perplessità.

Al di là della questione relativa alla possibile violazione dell'art. 117 della Costituzione in considerazione del fatto che l'art 16 della direttiva “Habitat” attribuisce il potere di deroga agli “Stati membri” (secondo la Corte ciò non sarebbe da intendersi come riferita unicamente all'autorità statale in quanto tale)²⁶, il punto principale da cui partire è che le due leggi in questione, nel riprodurre nei suoi tratti essenziali il contenuto dell'art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997, di recepimento della direttiva comunitaria “Habitat”, dimostrano di avere ad oggetto in *primis* le condizioni, le forme e le modalità di tutela di specie faunistiche di interesse

²⁴ Sentenze n. 378 del 2007; 104 e 329 del 2008.

²⁵ Sul piano generale si rinvia a M. CECCHETTI, *Tutela della fauna selvatica e attività venatoria: aspetti giuridici rilevanti e controversi nel riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *I Georgofili - Quaderni*, Firenze, 2013, p. 48 ss.

²⁶ Sul punto, peraltro, si vedano i rilievi critici (ampiamente condivisibili) di M.C. MAFFEI, *Ursus actos*, cit., p 31, la quale osserva: “un'attuazione dell'art. 16 privato dell'elemento apicale dell'autorizzazione ministeriale rischia di tramutarsi in un'attuazione frammentata e “localizzata” con il pericolo di una interpretazione poco omogenea”. Su questo aspetto si tornerà subito oltre nel testo.

comunitario. Di conseguenza, come del resto si evince da precedenti sentenze della stessa Corte, esse, necessariamente, finiscono per dover essere inquadrate all'interno materia concernente la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117 Cost.

In particolare può essere utile raffrontare il caso in questione con quello deciso con la sentenza n. 151 del 2011 con cui la Corte ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale della legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 6 del 2010 (contenente disposizioni a tutela degli animali selvatici, delle piante a diffusione spontanea, dei loro habitat, nonché dei fossili e dei minerali). Secondo la Corte la suddetta norma, non regolando l'abbattimento delle specie animali, ma ponendo divieti riguardanti la cattura e la distruzione di uova e luoghi di nidificazione e di riproduzione, non poteva ritenersi riconducibile né a quella concernente la "caccia" e neppure a quella relativa ai "parchi per la protezione della flora e della fauna", entrambe di competenza esclusiva della Provincia autonoma²⁷.

Ma se pure si volesse ragionare in termini diversi, riconducendo le due leggi provinciali all'interno delle materie di competenza provinciale secondo la previsione dello Statuto delle Regione Trentino-Alto Adige, va comunque rilevato che, sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale²⁸, le Province autonome sono comunque tenute a rispettare i principi fissati dalla legislazione statale a salvaguardia dell'ambiente, in particolare dove essi esprimano regole "unitarie".

Sotto questo profilo la disciplina di cui al citato art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997, in quanto volta a stabilire le possibili condizioni di deroga alla tutela di specie di interesse comunitario e il relativo procedimento, ha senz'altro carattere "unitario" e – quindi – costituisce una norma di principio non modificabile da parte delle Regioni o delle Province autonome.

In altre parole, le due Province autonome, con le leggi in questione, sembrano aver finito per attribuirsi, impropriamente, una competenza

²⁷ In precedenza (sentenza n. 392 del 2005), con un ragionamento analogo (norma non emanata per fini venatori bensì a tutela dell'ecosistema) era stata riconosciuta la competenza statale anche sul procedimento relativo ai piani di abbattimento di cui all'art. 19 della l. n. 157 del 1992.

²⁸ Da ultimo si vedano le sentenze n. 16 del 2019 e n. 7, sempre del 2019.

esclusiva dello Stato. Non a caso la stessa Corte Costituzionale²⁹, ha univocamente stabilito che le “deroghe” di cui all’art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997 si estendono a tutto il territorio nazionale senza che per le Province autonome possa essere invocato un titolo di competenza speciale.

A questa primo aspetto va inoltre aggiunta una seconda riflessione. Secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia ambientale le deroghe *in peius* operate dalle Regioni e dalle Province autonome rispetto a quanto previsto dalla legislazione statale sono comunque da ritenersi illegittime.

In particolare, nella sentenza n. 577 del 1990 (quindi già prima della emanazione della l. n. 157 del 1992), si è affermato che proprio in considerazione del fatto che l’elencazione delle specie cacciabili costituisce un interesse unitario proprio della comunità nazionale, “le regioni e le province ad autonomia speciale sono tenute a non oltrepassare, nell’esercizio della loro potestà legislativa esclusiva, la soglia minima di tutela del patrimonio faunistico fissata dalla legge statale e dai successivi atti governativi, potendo soltanto limitare e non ampliare il numero delle specie cacciabili [...]”. Il suddetto principio è stato in seguito più volte riaffermato sotto la vigenza della l.n. 157 del 1992, da ultimo nelle sentenze n. 70 del 2018 e n. 7 del 2019 e quindi si può oramai ritenere del tutto consolidato.

Ebbene, le due leggi provinciali, aprendo la strada a possibili prelievi o abbattimenti delle specie protette secondo un procedimento in parte diverso rispetto a quello di cui all’art. 11 del d.P.R. n. 357 del 1997, finiscono per determinare – di fatto – un regime di deroga “*in peius*” rispetto al sistema di protezione previsto dal quadro legislativo statale in quanto vengono ad attribuire rilevanza a interessi di natura provinciale che potrebbero non essere presi in considerazione se visti in un’ottica più ampia di carattere nazionale.

Da ultimo va inoltre aggiunta anche un’ulteriore considerazione; le due leggi delle Province autonome presentano una loro intrinseca contraddittorietà in quanto il *Canis lupus*, per caratteristiche etologiche, tende spesso a spostarsi in ambiti territoriali molto ampi, il che rende quanto mai arduo (per non dire impossibile) poter esprimere delle valutazioni corrette riguardo allo stato di conservazione della specie (la sud-

²⁹ Sentenza n. 151 del 2011.

detta condizione, come si è detto, è fondamentale per poter autorizzare il prelievo “in deroga”).

Ora, il fatto che la valutazione di tipo tecnico preventivo sia affidata ad un organismo statale (ISPRA), non elimina comunque la circostanza che il potere di deroga, essendo affidato ad un organismo provinciale, potrà (anzi dovrà) necessariamente considerare (e ponderare) i diversi interessi solamente in un’ottica locale.

In altre parole, è evidente che l’ambito provinciale, essendo di dimensioni necessariamente ridotte, non può certamente essere considerato un parametro idoneo a poter valutare in modo adeguato la corretta situazione riguardo allo stato di conservazione della specie. Sul punto, del resto, si è espressa con chiarezza anche la “Guidance Habitat”³⁰: “[...] *Consequently, applying a proportional approach to the use of derogations needs careful consideration and framing at national and/or biogeographic level within a Member State. The authority with the greatest territorial overview in a Member State (and, if necessary, also a view extending beyond borders in the case of transboundary populations) thus needs to guide this proportional approach, eventhough it may then be applied in practice at regional or local level [...]*”.

6. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia: l’abbattimento in “deroga” come ipotesi del tutto eccezionale*

Al di là dello specifico problema concernente il regime delle competenze, è comunque fondamentale rimarcare come l’abbattimento “in deroga” – se pure in linea teorica possibile – deve inteso come un’ipotesi del tutto eccezionale (un *extrema ratio*), limitata al rigoroso accertamento di tutte le specifiche condizioni previste con le quali il legislatore ha inteso operare un adeguato bilanciamento tra i diversi interessi pubblici coinvolti.

Ne consegue che le possibilità di deroga al regime di tutela vanno comunque interpretate (e applicate) in maniera restrittiva³¹. Del resto, la natura del tutto “eccezionale” del potere in questione è stata affermata

³⁰ Par. III, 1.2.11.

³¹ Aspetto sottolineato anche nel “Guidance Habitat” (par. III.1.2.9).

anche dalla Corte di Giustizia in due occasioni entrambe riguardanti il “lupo finlandese”.

Nella prima³² la Corte – dopo aver previamente accertato il non soddisfacente stato di conservazione della specie in Finlandia³³ – ha ritenuto in palese contrasto con la direttiva “Habitat” la prassi amministrativa finlandese di autorizzare, in via preventiva, la possibilità di cacciare alcuni esemplari di lupo finlandese senza alcuna previa verifica dello stato di conservazione della specie e senza fornire alcuna motivazione precisa in ordine alla possibilità di adottare soluzioni alternative.

Più recentemente³⁴ la Corte si è pronunciata riguardo alla conformità con l’ordinamento comunitario della decisione dell’“Agenzia finlandese per la fauna selvatica” di concedere alcune deroghe al divieto di caccia motivate dalla necessità di tutelare il “branco locale”. Tali deroghe erano indirizzate nei confronti di esemplari che arrecavano danni e quindi avevano l’ulteriore obiettivo di prevenire l’abbattimento illegale (braccaggio).

Più in dettaglio la Corte, richiamando il principio di “precauzione” (art. 191, par. 2, TFUE), e dopo aver premesso che “l’esistenza di una attività illecita quale il bracconaggio o le difficoltà incontrate nell’effettuare il controllo su quest’ultimo non possono essere sufficienti per dispensare uno Stato membro dal suo obbligo di garantire la tutela della specie protetta”, ha concluso affermando che l’art. 16 della direttiva “Habitat” deve essere interpretato nel senso che esso osta all’adozione di decisioni che concedono deroghe al divieto di uccisione deliberata del lupo a titolo di “caccia di gestione” (avente l’obiettivo contrastare il bracconaggio) se non sussistono tutte le seguenti condizioni: l’obiettivo perseguito da tali deroghe non è comprovato in modo chiaro e preciso; non è dimostrato che l’obiettivo da esse perseguito non possa essere raggiunto mediante un’altra soluzione valida; non è garantito che le deroghe non pregiudicheranno il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni interessate; le deroghe non sono state oggetto di una valutazione dello stato di conservazione delle popolazioni della specie in-

³² Sez. II, sentenza 14 giugno 2007 (causa C-342/95).

³³ Sul concetto di “*Favourable Conservation Status*” si rinvia a quanto si è detto nel precedente par. n. 2.

³⁴ Sez. II, sentenza 10 ottobre 2019 (causa C-674/17). Sull’analisi di tale sentenza si rinvia all’ampio commento di M.C. MAFFEI, *Orsi e lupi in due sentenze*, cit., p. 107 ss.

teressata nonché dell'impatto che la deroga prevista può avere può avere su quest'ultimo; e, infine, non sono soddisfatte tutte le condizioni relative alla base selettiva e alla misura delle catture di un numero limitato e specificato di alcuni esemplari.

Al di là di quanto deciso nel merito, le due decisioni della Corte di Giustizia, se esaminate nel loro complesso, mostrano, con una certa chiarezza, come la possibilità che sussistano, contestualmente, tutte le condizioni previste dall'art. 16 per rendere legittimo il potere di "deroga" sia in concreto estremamente difficile³⁵. Inoltre, in ogni caso, anche nell'ipotesi in cui effettivamente ciò si verifichi, l'autorizzazione alla deroga non potrà che richiedere una istruttoria particolarmente completa e approfondita sia sotto il profilo tecnico-scientifico che su quello della ponderazione dei diversi interessi coinvolti.

7. Il "conflitto uomo-lupo" e le possibili soluzioni

Come si desume dall'analisi del quadro normativo esposto il *Canis lupus* costituisce una specie "rigorosamente" protetta dall'ordinamento giuridico nel suo complesso (nazionale e sovranazionale); si tratta di un sistema di protezione "integrale" che, insieme ad alcuni interessanti progetti di ripopolamento, ha sicuramente favorito il notevole incremento del numero degli esemplari registrato negli ultimi anni.

Tra le numerose esperienze in tal senso va menzionato, in particolare, il progetto denominato LCIA ("*Large Carnivore Initiative for Europe*") iniziato da un gruppo di esperti nel 1995, e più di recente, quello denominato "Life Wolfalps EU" ("*Wolf in the Alps: implementation of coordinated wolf conservation actions in core area and beyond*"). In entrambi i casi lo scopo delle iniziative è di implementare e coordinare le azioni di conservazione della specie per favorire la costituzione di un regime di convivenza "stabile" tra il lupo e le attività economiche dell'uomo secon-

³⁵ Cfr. A. TROUWBORST-F.M. FLEURKE, *Killing Wolves Legally: Exploring the Scope for Lethal Wolf Management under European Nature Conservation Law*, in *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 2019, 22:3, p. 273: "The case law of the CJEU makes clear, however, that it is difficult for member states authorities to meet these conditions in practice, especially with regard to wolf populations in a unfavourable conservation status".

do una impostazione che superi la visione “antropocentrica” in base alla quale gli interessi economici connessi alle attività umane debbono avere comunque la prevalenza rispetto a quelli ecologico-ambientali.

Non vi è dubbio, peraltro, che il significativo incremento delle popolazioni ha aumentato anche i “conflitti”, che da sempre rendono problematico il rapporto uomo-lupo e che riguardano, come è noto, soprattutto i danni agli allevamenti zootecnici (viceversa non si ricordano, da molti anni, attacchi avvenuti nei confronti di esseri umani). Per quanto una parte rilevante dei suddetti danni siano in realtà cagionati da “ibridi” allo stato selvatico (purtroppo) molto diffusi sul territorio nazionale e la cui qualificazione come fauna “selvatica” appare talvolta problematica³⁶, ciò ha portato – anche recentemente – a numerosi episodi di abbattimenti illegali di esemplari da parte di allevatori (e di cacciatori) senza scrupoli³⁷.

Si tratta – quindi – di cercare delle soluzioni, che rendano possibile una “convivenza” uomo-lupo; d’altra parte, sotto questo profilo, gli “strumenti” (anche di natura giuridica) in linea teorica adottabili non mancano.

Infatti, innanzi tutto, l’attuale quadro normativo prevede la corresponsione di un indennizzo a favore degli allevatori che hanno subito danni dal *Canis lupus* attraverso la costituzione di un fondo che, a seconda dei casi, può essere regionale³⁸ o a carico dell’ente parco³⁹.

Come ha recentemente ribadito il Consiglio di Stato⁴⁰ (e il punto non è in discussione in giurisprudenza), non si è in presenza di un vero e proprio “risarcimento del danno” ma di una misura indennitaria frutto del bilanciamento tra l’interesse al ripopolamento faunistico e quello specifico dei coltivatori alla tutela della proprietà.

³⁶ Sul punto molto interessante è la decisione del Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2014, n. 2748, che stabilisce come il criterio per considerare “selvatico” un esemplare debba essere quello relativo allo stato (libertà o meno) a cui l’animale è abituato. In applicazione del suddetto principio si è ritenuto che ad un “ibrido” cresciuto in un ambiente domestico non potesse estendersi il sistema di tutela previsto per la fauna selvatica.

³⁷ Si ritiene (anche se, ovviamente, si tratta di dati non del tutto certi) che ogni anno nel nostro Paese vengano rinvenuti uccisi tra i 200 e i 300 esemplari (il 10%-20% della popolazione totale) per cause diverse (bracconaggio, avvelenamento, incidenti stradali, etc).

³⁸ Art. 26 della l. n. 157 del 1992.

³⁹ Art. 15, comma 3°, l. 6 dicembre 1991, n. 394.

⁴⁰ Sez. III, 26 giugno 2019, n. 4411.

Nonostante le normative regionali spesso si differenzino in modo assai significativo le une dalle altre anche su aspetti molto rilevanti dell'istituto (quali, ad esempio, la durata del procedimento per ottenere il risarcimento dal momento della denuncia del danno o l'obbligo di avere adottato almeno una misura di prevenzione), tale indennizzo non costituisce un contributo meramente simbolico, in quanto, sul piano teorico, può arrivare a coprire integralmente il danno patito⁴¹ (anche se, ovviamente, non avendo una funzione risarcitoria non sussiste alcun obbligo in tal senso)⁴².

La previsione di un indennizzo per i danni provocati, pur essendo uno strumento assai utile, non costituisce l'unica "strada" in grado di favorire la convivenza uomo-lupo o, comunque, non è certamente la più importante.

Infatti, prima ancora dell'intervento di carattere risarcitorio successivo al danno arrecato è fondamentale cercare di prevenire i possibili conflitti attraverso l'adozione di adeguati sistemi di tipo tecnico o comunque di misure idonee quali, ad esempio, recinzioni elettriche, cani da guardia, dissuasori acustici. Si tratta – infatti – di strumenti che, nei casi in cui sono stati applicati, hanno dimostrato ottimi risultati e quindi andrebbero opportunamente incentivati anche sotto il profilo fiscale.

8. (Segue). *Verso un "piano di conservazione e gestione" della specie*

In questa direzione, del resto, si è opportunamente mosso anche il Ministero dell'ambiente con la proposta – nel marzo del 2019 – di un "piano di conservazione e gestione della specie".

⁴¹ Infatti la Commissione Europea (29 settembre 2017, C-2017 6730 FINAL) ha ritenuto legittimo rispetto alla disciplina comunitaria relativa agli aiuti di Stato l'integrale risarcimento dei danni da predazione provocati dal lupo alle PMI agricole. Esso era comunque subordinato a specifici presupposti, quale, ad esempio, il fatto che i beneficiari avessero posto in essere almeno una delle misure di prevenzione stabilite (ad esempio l'installazione di recinzioni di sicurezza e/o la presenza di cani da guardia).

⁴² In dottrina, pur un inquadramento di carattere generale sulle diverse problematiche concernenti i danni all'agricoltura derivanti dalla fauna selvatica, si rinvia a N. LUCIFERO, *I danni all'agricoltura della fauna selvatica. Prevenzione e responsabilità*, Torino, 2015.

Il piano (ancora in fase di approvazione definitiva)⁴³ si pone – in sintesi – i seguenti obiettivi: a) costituire il documento di riferimento per la conservazione e gestione della specie; b) fornire il quadro delle norme e delle azioni da intraprendere; c) fornire un quadro completo delle norme e delle azioni per la gestione della specie e le linee guida per il ruolo dell'Italia per il coordinamento con l'intero arco alpino.

Sotto il profilo strettamente operativo esso è strutturato in una serie di “azioni” volte alla mitigazione della mortalità antropogenica, alla prevenzione riguardo alla presenza di cani vaganti e all'ibridazione cane-lupo nonché alla mitigazione dei conflitti con le attività zootecniche.

L'adozione di un “piano” di livello nazionale per la salvaguardia della specie, pur costituendo una soluzione non nuova⁴⁴, è senz'altro una scelta pienamente condivisibile per diverse ragioni. In primo luogo, infatti, consente una visione ampia e organica delle possibili azioni di conservazione da adottare su tutto il territorio nazionale superando una impostazione basata su analisi e logiche di carattere puramente locale; in secondo luogo costituisce uno strumento giuridico di tipo “flessibile”, che quindi può essere opportunamente adattato alle diverse realtà territoriali le quali, naturalmente, possono presentare aspetti quanto mai diversi in relazione alle diverse aree geografiche.

Tra l'altro, rispetto alle precedenti versioni, la proposta del marzo del 2019 presenta alcuni importanti elementi di novità, primo tra tutti il fatto che non contempla più lo strumento degli “abbattimenti controllati”, ma una serie di misure volte a minimizzare l'impatto della specie sulle attività umane già sperimentate, con ottimi risultati, a livello scientifico.

Ciò appare – del resto – del tutto logico e condivisibile, soprattutto in considerazione del fatto che il tema degli “abbattimenti”, come si è visto, è già opportunamente disciplinato dalle diverse fonti normative vigenti.

⁴³ Per quanto ci consta, ad oggi (giugno 2020), il piano risulta in attesa di approvazione da parte della Conferenza Stato-Regioni.

⁴⁴ Infatti una prima versione del piano era stata adottata nel 2002 (sul punto si veda P. GENOVESI, *Piano di azione nazionale per la conservazione del Lupo - Canis lupus*), in *Quaderni di conservazione della natura*, Roma, 2002) mentre una seconda era stata presentata nel 2017.

*Abstract**Canis Lupus – Tutela – Habitat Directive
Favourable Conservation Status – Piano conservazione*

In last few years the wolf population has greatly increased in Italy. This study is aimed at analyzing the national and international regulatory framework of the wolves protection and the jurisprudence of the Court of Justice. In this regards, two of the latest laws of 2018 – issued by the Autonomous Provinces of Trento e Bolzano – which allowed, in particular situations, the killing of wolves, will be examined in the light of the sentence of Corte Costituzionale n. 215 of 2019. Finally, possible legal tools will be selected in order to foster wolf-human coexistence.

L'informazione ambientale (e la sua perdurante attualità)*

GIOVANNI BAROZZI REGGIANI

1. Accesso civico generalizzato e informazioni ambientali: due discipline concorrenti? – 2. Due parole sull'effettività degli istituti giuridici – 3. La disciplina dell'accesso all'informazione ambientale: istituzione ed evoluzione – 4. L'informazione ambientale e le differenze rispetto alla disciplina dell'accesso civico. I rapporti tra i diversi istituti e la loro reciproca "sostituibilità" (indagine sul mercato rilevante) – 5. L'esito dell'indagine: l'assenza di una concorrenza effettiva tra gli istituti e la certificazione dello stato di buona salute della disciplina sull'accesso alle informazioni ambientali.

1. *Accesso civico generalizzato e informazioni ambientali: due discipline concorrenti?*

A partire dal 2013, e con un'ulteriore, relevantissima implementazione nel 2016, il nostro ordinamento ha compiuto passi decisivi nel percorso di attuazione dei principi di trasparenza e imparzialità – riferiti all'organizzazione e all'attività delle Pubbliche amministrazioni¹ – introducendo

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

¹ Trattasi di principi che trovano, entrambi, copertura costituzionale. L'uno (imparzialità) espressa, ai sensi dell'art. 97 della Carta; il secondo (trasparenza) che possiede il medesimo rango – pur in assenza di una sua espressa codificazione in Costituzione – in quanto certamente riconducibile al principio di buon andamento, quest'ultimo espressamente menzionato dal citato art. 97 (sulla riconducibilità del principio di trasparenza a quello di buon andamento, e comunque all'art. 97 Cost., cfr. Corte cost. 19 luglio 2000, n. 300 e 23 luglio 1997, n. 262). Per una letteratura minima sui principi citati (non estesa alle opere concernenti i singoli istituti che a tali principi risultano riconducibili) v. A. MORRONE, *Verso un'amministrazione democratica. Sui*

e “mettendo a disposizione” dei cittadini un istituto già da tempo noto e diffuso oltreoceano: ci si riferisce al c.d. accesso civico – introdotto dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, e perfezionato (con l’introduzione dell’accesso civico c.d. “generalizzato” sul modello del *Freedom of information act* - F.O.I.A. - statunitense²) dal decreto legislativo 25

principi di imparzialità, buon andamento e pareggio di bilancio, in *Dir. Amm.*, 2019, f. 2, p. 381 ss.; A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell’arte e prospettive future*, in *Dir. Amm.*, 2018, f. 2, p. 311 ss.; A. MARRA, *L’Amministrazione imparziale*, Torino, 2018; C. CUDIA, *Appunti su trasparenza amministrativa e diritto alla conoscibilità*, in *GiustAmm.it*, 2016, p. 12 e ss.; AA.VV., *La nuova declinazione del principio di trasparenza*, Rimini, 2013; F. MANGANARO, *Evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in *www. astridonline.it* e ora in *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012; F. VETRÒ, *Il principio di imparzialità*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 91 ss.; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 90 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell’amministrare*, in *Dir. Amm.*, 2008, f. 1, p. 223 ss.; F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008; V. JOSÈ BERMEJO, *Imparzialità vs. indirizzo politico: le variabili del rapporto tra politica e amministrazione nella dinamica delle istituzioni*, in *Dir. Amm.*, 2007, f. 1, p. 15 ss.; G. GARDINI, *Voce Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, p. 2934 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 5945 ss.; A. SANTINI, *Il principio di trasparenza nell’ordinamento dell’Unione europea*, Milano, 2004; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa e nuovo ruolo della dirigenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2001, f. 1, p. 39 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995; S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell’azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 46 ss.; G. ARENA, *La trasparenza amministrativa ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in G. ARENA (a cura di), *L’accesso ai documenti amministrativi*, Bologna, 1991, p. 25 ss.; R. VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, p. 15 ss.; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973; U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

² Approvato dal Congresso degli Stati Uniti nel 1966 (cod. 5 U.S.C. 552, in Pub. L. 89-487, 80 stat. 56) ed oggetto di numerosi interventi di novella e di modifica, nonché capostipite di una serie di altri provvedimenti normativi concernenti il tema della trasparenza e del rapporto tra i cittadini e le istituzioni (come il *Government in the Sunshine Act* del 1976, l’*Electronic Freedom of Information Act* del 1996 e l’*Open Government Act* del 2007).

maggio 2016, n. 97³ – avente, quantomeno nelle aspirazioni del legislatore, l'obiettivo di consentire ai cittadini di accedere liberamente a dati e documenti detenuti dalle P.A.

Una (la principale) delle peculiarità di tale istituto è rappresentata dalla non necessità della titolarità, in capo al soggetto istante – ai fini di un proficuo esperimento dell'accesso – di un interesse specifico, che aveva costituito (e tuttora costituisce) il cardine della disciplina dell'accesso tradizionale di cui alla legge n. 241/1990, la quale, fin dalla sua entrata in vigore, ha richiesto la sussistenza di un interesse legato alla “tutela di situazioni giuridicamente rilevanti”⁴ (condizione precisata e raffinata con il successivo inserimento – nel testo dell'art. 22 – di un inciso concernente il collegamento tra tale interesse e la documentazione oggetto dell'istanza di accesso⁵).

³ Trattasi di uno dei decreti attuativi della c.d. Riforma Madia, varata con Legge 7 agosto 2015, n. 124, che conteneva diverse deleghe legislative volte ad effettuare una riforma complessiva della Pubblica Amministrazione (per un inquadramento si rimanda alla sezione dedicata a tale riforma sul sito della giustizia amministrativa, curata dal Cons. Giulia Ferrari, di cui all'indirizzo <https://www.giustizia-amministrativa.it/riforma-madia>).

⁴ Locuzione che senza tentennamenti la giurisprudenza ha interpretato in senso estensivo, vale a dire come non circoscritta alle sole categorie dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, bensì riferita anche “ai titolari di posizioni giuridiche differenti, quali le aspettative di diritto”, con il solo limite negativo costituito dagli interessi di (mero) fatto (in questo senso, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1683).

⁵ La Legge 11 febbraio 2005, n. 15, nel modificare (art. 15, comma 1) l'art. 22 della Legge n. 241, ha introdotto nel corpo di tale Legge la nozione di “interessati” (all'accesso), inserendo un espresso riferimento ai portatori “di interessi pubblici o diffusi” e al necessario collegamento tra la situazione giuridicamente tutelata (cui si riferisce l'interesse di cui deve essere titolare l'istante) e il documento oggetto dell'accesso e, infine, aggiungendo l'aggettivo attuale – accanto a quelli, già presenti nel testo del d.P.R. n. 352/1992, di “diretto” e “concreto” – riferito all'interesse legittimante l'accesso. L'ultimo tra gli elementi di novità citati ha posto interrogativi circa la presunta volontà del legislatore di restringere le maglie dell'accesso – rispetto a come esse erano venute definendosi nell'originario testo dell'art. 22 e nel d.P.R. n. 352/1992 – cui la giurisprudenza ha fornito risposta negativa (cfr. in merito T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 28 dicembre 2005, n. 14906, la quale ha respinto la tesi di “una pretesa portata restrittiva, del diritto d'accesso, attribuita alla novella legislativa del 2005, posto che già il previgente regolamento attuativo (d.P.R. n. 352/1992) richiedeva la sussistenza di un interesse “personale e concreto”, caratterizzato cioè da concretezza ed attualità e direttamente imputabile al soggetto richiedente e che, pertanto, la nuova

In un'ottica del tutto opposta, nella disciplina dell'accesso civico c.d. generalizzato si esclude qualsiasi "limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente" e si prevede espressamente che l'istanza di accesso non debba essere motivata (art. 5 del d.lgs. n. 33/2013) di talché, tramite detto istituto, viene data concreta attuazione all'idea di un'accessibilità garantita a chiunque e sostanzialmente libera – salvi i pochi, tassativi e comunque recessivi casi di esclusione – nell'ottica della realizzazione di un progetto volto a fare dell'Amministrazione una "casa di vetro"⁶, alla quale anche il *quivis de populo* è in grado di accedere (quantomeno virtualmente), al fine di partecipare attivamente alle attività nella medesima svolte e di operare un controllo sulle stesse.

Accesso civico quale importante strumento per aumentare l'*accountability* delle Amministrazioni Pubbliche⁷, dunque; ma anche fattore che incide sul grado di effettività della partecipazione dei cittadini ai processi decisionali pubblici, ed idoneo a declinare istituti espressione di forme di democrazia partecipativa e deliberativa⁸.

indicazione legislativa di un interesse "diretto, concreto e attuale", appare meramente chiarificativa sul piano lessicale, potendosi al riguardo richiamare l'ampia e consolidata giurisprudenza amministrativa già formatasi al riguardo".

⁶ Secondo una fortunata espressione che fu utilizzata da Filippo Turati già nel 1908, in un discorso tenuto alla Camera dei Deputati (del quale viene spesso citato il noto passaggio: "dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro"), e successivamente molto citata (in epoca recente anche dall'attuale Ministro per la Pubblica amministrazione, Fabiana Dadone, nel corso di una giornata di studi organizzata dall'ANAC e tenutasi presso il Ministero per i beni e le attività culturali e il turismo il 7 ottobre 2019).

⁷ Vale a dire come strumento mediante il quale le Pubbliche Amministrazioni rendicontano la propria attività ai cittadini (tale concetto può infatti, in via di prima approssimazione, essere definito "come il dovere per un individuo o un'organizzazione di "rendere conto" delle azioni poste in essere e degli effetti da esse prodotti. Un tale dovere insorge ogniqualvolta si utilizzino risorse 'non proprie' per svolgere determinate attività". Così F. MONTEDURO, *Evoluzione ed effetti dell'accountability nelle amministrazioni pubbliche*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, *Premessa*).

⁸ Sulle nozioni di democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa e sul rapporto tra le stesse si rimanda, tra gli altri, agli scritti di M. DI FOLCO, *Informazione, trasparenza e partecipazione ai processi decisionali pubblici*, in S. BOSETTI - V. PUCCI (a cura di), *Il dibattito pubblico introdotto dal d.p.c.m. 76/2018*, in *La Tribuna*, 2019; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, in *www.astriondline*.

Il F.O.I.A. (o comunque un istituto giuridico che allo stesso molto si avvicina⁹) viene quindi formalmente introdotto nell'ordinamento italiano, anche se in epoca molto recente; eppure, quel modello (ispirato all'idea dell'accessibilità totale) non era in realtà totalmente sconosciuto al nostro ordinamento, né a quello europeo, essendosene fin da epoca risalente sviluppato uno in buona parte analogo, benché riferito ad una materia specifica.

Si parla, in particolare, della disciplina dell'accesso alle "informazioni ambientali"¹⁰, presente nel nostro ordinamento (benché in forma embrionale) già dalla metà degli anni Ottanta del XX secolo e avente, fra i suoi elementi caratterizzanti, proprio quello della non necessarietà della sussistenza, in capo al soggetto istante, di un interesse specifico collegato alle informazioni oggetto della richiesta di accesso che, come detto, qualifica e caratterizza anche l'accesso civico generalizzato.

Se dunque va certo vista e giudicata con favore l'avvenuta introdu-

it, 2009; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, f. 4, p. 779 ss.; ID., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia a diritto*, 2006, p. 156 ss.

⁹ Il Ministero per la Pubblica amministrazione, del resto, si riferisce all'accesso civico generalizzato come al FOIA italiano (cfr. <http://www.funzionepubblica.gov.it/foia-7>).

¹⁰ Argomento che vanta, oggi, una copiosa letteratura. Per una bibliografia essenziale v.: S. VERNILE, *La circolazione delle informazioni nel processo di "responsabilizzazione ambientale"*, in *Dir. Econ.*, 2019, f. 3, p. 321 ss.; A. BONOMO, *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2009, f. 6, p. 1475 ss.; M. CIAMMOLA, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale: dalla Legge istitutiva del Ministero dell'ambiente al d.lgs. n. 195 del 2005*, in *Foro Amm. CDS*, 2007, f. 2, p. 657; S. DELLIPERI, *Diritto all'informazione ambientale, un importante strumento per la difesa dell'ambiente*, in *Questa rivista*, 2007, ff. 3-4, p. 594 ss.; C. ALBERTI, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, Padova, 2007; A. GRATANI, *Accesso all'informazione ambientale e termini perentori per la P.A.*, in *Questa Rivista*, 2005, f. 5, p. 799 ss.; E. PELOSI, *Rafforzamento dell'accesso all'informazione ambientale alla luce della direttiva 2003/4/CE*, in *Questa Rivista*, 2004, f. 1, p. 23 ss.; V. SARCONI, *La "specialità" del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, f. 1, p. 71 ss.; G. GARZIA, *Il diritto all'informazione ambientale: tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, Rimini, 1998; S. GRASSI, *Considerazioni introduttive su libertà di informazione e tutela dell'ambiente*, in AA. VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, p. 307 ss.; S. LABRIOLA, *Diritto di accesso alla informazione del cittadino e doveri della pubblica amministrazione nella Legge istitutiva del ministero dell'ambiente*, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, p. 263 ss.

zione di un efficace strumento di implementazione della trasparenza come l'accesso civico (generalizzato), occorre domandarsi se la disciplina dell'informazione ambientale – al di là dei vincoli europei che sulla stessa gravano – abbia ancora una sua ragione d'essere, ovvero se per la medesima non residuino, di fatto, ormai che pochi e recessivi spazi e si dispieghi, per il futuro prossimo, un percorso che la condurrà a inevitabile obsolescenza.

Detta riflessione verrà condotta, nei termini che si andranno subito a precisare, ragionando del rapporto tra i due istituti, ed in particolare sul se quello avente portata applicativa generale (l'accesso civico), a cagione della sua parziale sovrapposibilità rispetto allo strumento dell'accesso alle informazioni ambientali, non possa (o di fatto non abbia già) fagocitato il secondo, rendendolo ineffettivo in quanto non più concretamente utilizzato dai cittadini, e se, in caso di risposta affermativa al quesito, sia opportuno e legittimo – alla luce del quadro normativo europeo – accettare passivamente il dipanarsi di tale dinamica. Nel condurre detta analisi si utilizzeranno anche terminologia e concetti propri dell'economia politica e del diritto *antitrust*: ciò in ragione del fatto che il rapporto tra tali istituti può rendersi, metaforicamente, attraverso un'immagine che evoca il rapporto tra due imprese in competizione, che offrono ad una platea di potenziali clienti (i cittadini regolati¹¹) i propri prodotti (gli strumenti per conseguire uno specifico bene della vita) in un medesimo “mercato rilevante”¹². Tali concetti verranno utilizzati per stabilire se i predetti istituti, anziché costituire parte di un sistema – di norme – coerente e coordinato, non interferiscano l'uno nella sfera di applicabilità dell'altro, e se tale interferenza – ove valutata sussistente – produca, o meno, riflessi sul grado di effettività degli stessi.

¹¹ Risulta opportuna una breve precisazione terminologica. Nel corso del presente scritto si utilizzerà (anche “atecnicamente”) il termine “regolati” per definire i destinatari delle norme che disciplinano i due diversi istituti, ovvero tutti i possibili “fruitori” degli strumenti di accesso.

¹² Che secondo G. D'IPPOLITO, *Il mercato rilevante*, in G. CASSANO-A. CATRICALÀ-R. CLARIZIA (diretto da), *Mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, “può essere definito, in prima battuta, come l'area, attuale e potenziale, nel quale un'impresa sia in concorrenza con le altre imprese” [sostituendo, ai nostri fini, la parola “impresa” con quelle di “istituto giuridico”]. Nello stesso senso v. anche Cons. Stato, 14 gennaio 2002, n. 150.

2. Due parole sull'effettività degli istituti giuridici

Gli istituti e gli strumenti giuridici, prima di “venire ad esistenza”, vengono ovviamente concepiti dai regolatori, in attuazione di uno specifico disegno politico¹³. Le norme vengono scritte, le consultazioni vengono effettuate, le AIR¹⁴ vengono redatte (successivamente anche le VIR). Ma poi tali istituti e strumenti, una volta che le disposizioni che li disciplinano entrano in vigore, iniziano a vivere nell'ordinamento, ed è a quel punto che possono effettuarsi valutazioni concrete concernenti l'effettività degli stessi.

Secondo opinione diffusa, l'effettività di un istituto giuridico (e della norma che lo ha introdotto e che lo disciplina) si traduce nella capacità di tale istituto (norma) di raggiungere i fini che il regolatore, nel metterlo a punto, si era prefissato, nonché – aspetto che è comunque al primo strettamente legato – di essere utilizzato (nel caso in cui venga in rilievo uno “strumento” per la valorizzazione o la tutela di interessi o situazioni

¹³ Parlando di regolatori, potrebbero venire in rilievo le Autorità amministrative indipendenti (che, anzi, non di rado vengono considerate “i Regolatori” per eccellenza), la considerazione delle quali farebbe vacillare l'affermazione secondo la quale la definizione di regole e norme avviene in attuazione di uno specifico disegno politico. Non è questa la sede per occuparsi di un tema (quello del rapporto tra regolazione indipendente e politica) che presenta tuttavia notevoli spunti di interesse. Per brevità ci si limita a rimandare alla recente opera di E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019.

¹⁴ L'Analisi di impatto della regolazione (AIR) è un processo che precede e accompagna il farsi della norma, ed è funzionale a verificare gli effetti che la medesima produrrà e gli impatti che la sua entrata in vigore determinerà sul contesto economico e sociale di riferimento. Più specificamente, “l'analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR) consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative” e costituisce un “supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'intervento normativo” (così l'art. 14 della Legge 28 novembre 2005, n. 246, che reca la disciplina vigente dell'AIR, unitamente al d.p.c.m. 15 settembre 2017, n. 169, *Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione*. La procedura di AIR si applica “agli atti normativi del Governo, compresi gli atti normativi adottati dai singoli Ministri, i provvedimenti normativi interministeriali e i disegni di Legge di iniziativa governativa” (così l'art. 5, comma 1, del d.p.c.m. n. 169/2017).

giuridiche soggettive) ovvero “rispettato” (ove la norma ponga un precetto) dai consociati¹⁵.

Numerosi fattori possono incidere sull’effettività di un istituto (e della “sua” norma di riferimento) declinata nel senso che si è ora descritto: la qualità della norma stessa, da cui discende la possibilità, per i regolati, di comprenderla e conformarvisi¹⁶; la capacità (o l’incapacità) delle Amministrazioni Pubbliche di darvi attuazione (sia essa in via amministrativa ovvero in via regolamentare, ove previsto); l’assenza di previsioni sanzionatorie effettive ed idonee a garantirne il rispetto, e così via.

Un ulteriore fattore che può determinare il generarsi di profili di ineffettività di un istituto (e della sua “norma di riferimento”) è poi costituito da un cattivo coordinamento tra il medesimo e altri istituti (e le “rispettive” norme), che può generare un fenomeno che vorremmo definire, facendo ricorso all’immagine che si è in precedenza descritta, in termini di concorrenza fra istituti, i quali finiscono – in una sorta di strana eterogenesi dei fini – per contendersi il “mercato dei regolati”.

La dottrina ha dedicato attenzione alla “concorrenza fra regolatori”, vale a dire quel fenomeno per cui diversi regolatori, nella rispettiva attività di produzione di regole, “tendono ad attrarre imprese o altri attori economici nella propria giurisdizione” offrendo loro un proprio “menù di regole” (sistema legale)¹⁷; nel presente contributo si ragionerà invece di concorrenza fra istituti – e, nello specifico, di istituti messi a punto da un unico regolatore (il legislatore nazionale, pur sulla spinta, almeno in uno dei due casi, dell’ordinamento europeo) – nonché di come detta “concorrenza” possa incidere sull’effettività degli stessi: un cattivo coordinamento tra tali istituti, la loro parziale sovrapponibilità, una scarsa chiarezza circa i rispettivi ambiti applicativi e la dimensione che gli stessi assumono nell’elaborazione giurisprudenziale, possono tradursi in una forma di condizionamento dei regolati nella scelta

¹⁵ Già HANS Kelsen, *Il fondamento della validità del diritto*, in *Riv. Dir. Int.*, vol. XL, 1957, 497 rilevava come il diritto, per essere “valido”, debba essere “effettivo, ossia realmente applicato e osservato” (dai consociati).

¹⁶ Sul tema della qualità delle regole v. l’opera omonima di M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI - N. RANGONE (*La qualità delle regole*, Bologna, 2011).

¹⁷ Sul punto v. S. LANZA-S. LUCATTINI, *L’Autorità per l’Energia tra competizione e cooperazione*, in *Riv. Reg. Mercati*, 2014, f. 2.

dell'uno piuttosto che dell'altro, al di là, se non addirittura in contrasto, con gli auspici del legislatore. Tale fenomeno – quello descritto della concorrenza fra istituti – esprime, in misura più o meno rilevante, una patologia dell'ordinamento; in un sistema nel quale le singole norme risultano tra loro ben coordinate, infatti, fenomeni di concorrenza fra istituti, che determinino vale a dire una sorta di competizione fra gli stessi al fine di raggiungere una platea di destinatari e “utilizzatori” che sia la più vasta possibile, non dovrebbero verificarsi, nella misura in cui in un sistema siffatto dovrebbero risultare chiaramente definiti i presupposti applicativi, gli ambiti di applicazione e le sfere di operabilità degli istituti stessi.

Ove ciò non si verifichi, si produrranno fenomeni riconducibili alle dinamiche di un mercato aperto al confronto concorrenziale, con acquisizione di “quote” di mercato (di soggetti regolati) da parte dell'un istituto a danno dell'altro, che possono spingersi fino all'espulsione dal mercato stesso, vale a dire all'obsolescenza, dell'istituto o dello strumento giuridico uscito perdente dalla contesa.

Ciò può costituire un problema in sé non grave – specie ove vi sia sostanziale coincidenza rispetto ai beni giuridici tutelati dagli istituti in concorrenza e i medesimi risultino effettivamente sovrapponibili, di talché l'obsolescenza di un istituto non lascia privo di tutela alcun bene o interesse – che dovrà comunque essere risolto, dal legislatore, in nome della certezza del diritto e dei traffici giuridici (meglio coordinando gli istituti o abrogando quello divenuto ineffettivo).

Ben più seria si rivela invece essere l'ipotesi in cui uno dei due istituti venga privato di effettività e le finalità, gli obiettivi e la sfera di operatività degli stessi non risultino, concretamente, coincidenti. In tali ipotesi, infatti, il non voluto svuotamento di efficacia e di effettività di un istituto o di uno strumento a suo tempo progettato dal legislatore può tradursi nel venir meno dell'effettività della tutela per uno o più beni che l'ordinamento considera rilevanti. Situazione particolarmente seria ove uno (o più) di tali beni risulti(no) avere rango e copertura costituzionale, o addirittura una “matrice europea”.

Come condurre l'analisi che si è annunciato di voler effettuare?

In primo luogo occorre procedere all'effettuazione di un raffronto degli istituti al fine di definire quello che, in linguaggio economico (e nella terminologia *antitrust*), viene definito mercato rilevante – quale

elemento cardine dell'analisi della sostituibilità tra prodotti¹⁸, che viene generalmente definito “il più piccolo contesto (insieme di prodotti, area geografica) nel cui ambito è possibile, tenendo conto delle esistenti possibilità di sostituzione, la creazione di un significativo grado di potere di mercato”¹⁹ – nell’ottica di valutare se tali istituti possano qualificarsi come tra loro fungibili (e, quindi, quali “prodotti sostitutivi”), e dunque se il ricorso ad uno di essi, da parte dei regolati, influenzi l’utilizzo dell’altro²⁰.

Ciò avverrà verificando e raffrontando taluni elementi: la *ratio* istitutiva di tali istituti, gli obiettivi che tramite l’introduzione dei medesimi il legislatore si figurava di conseguire nonché l’oggetto degli stessi (ovvero i dati o le informazioni che possono essere ottenuti a mezzo del ricorso all’uno o all’altro istituto).

Nel caso in cui, all’esito della descritta operazione, dovesse emergere l’esistenza di un unico *playing field* per i due istituti, si tenterà di verificare il grado di sostituibilità²¹, nonché se e in quale misura uno dei due

¹⁸ Come rilevava la Commissione europea (*Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, (97/C 372/03) in Gazzetta ufficiale n. C-372 del 9 dicembre 1997 pp. 5-13), “la definizione del mercato costituisce uno strumento per individuare e definire l’ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro”.

¹⁹ Così G. BRUZZONE, *L’individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, relazione di sintesi dell’opera omonima pubblicata nel 1995 (a cura dell’Istituto poligrafico dello Stato) rinvenibile su www.agcm.it. Sul concetto di mercato rilevante v., tra gli altri, M.L. MILANESI, *Il mercato rilevante*, in *Quaderni fiorentini di diritto commerciale*, Torino, 1997.

²⁰ L’analisi, dunque, verterà sul profilo della sostituibilità dal lato della domanda (che in ogni caso rappresenta l’elemento centrale delle valutazioni concernenti il mercato rilevante, come affermato, fra gli altri, da T.A.R. Lazio (Roma), Sez. I, 25 ottobre 2004, n. 11581) nella misura in cui entrambi gli istituti sono stati posti in essere dal medesimo regolatore (il legislatore nazionale) e dunque non si pone il tema di valutare la sostituibilità degli istituti “dal lato dell’offerta”. Tale limitazione non rischia di inficiare la bontà dell’indagine, nella misura in cui, come è stato rilevato “di norma la sostituibilità sul versante dell’offerta è un parametro particolarmente difficile da applicare e produce un impatto meno diretto sulla delimitazione del mercato rilevante. Esso è preso in considerazione solo se, e nella misura in cui, l’impatto sia talmente immediato ed efficace da essere equiparabile a quello relativo alla sostituibilità sul versante della domanda” (così F. FERRARO, *L’abuso di posizione dominante*, in B. CORTESI - F. FERRARO - P. MANZINI, *Il diritto antitrust dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 49).

²¹ L’indagine verrà effettuata in riferimento al mercato dei prodotti, non risultando

risulti maggiormente appetibile, per i regolati, e sia dunque destinato ad acquisire quote di “mercato” a scapito dell'altro; per fare ciò, dovrà effettuarsi un raffronto fra i presupposti applicativi degli istituti e fra le loro concrete modalità applicative, definendo, a livello più generale, il volto che gli stessi sono andati ad assumere grazie all'elaborazione giurisprudenziale (fattore, quest'ultimo, che incide in misura rilevante sull'effettività delle norme e degli istituti che le medesime disciplinano).

3. *La disciplina dell'accesso all'informazione ambientale: istituzione ed evoluzione*

In riferimento alla disciplina dell'accesso alle “informazioni ambientali” l'ordinamento giuridico italiano è stato, per certi versi, un precursore, tanto rispetto all'ordinamento comunitario quanto in riferimento all'ambito internazionale.

Ed infatti, già nella Legge istitutiva del Ministero dell'ambiente del 1986 (Legge n. 349 dell'8 luglio, entrata in vigore in un periodo in cui, per intenderci, nei Trattati europei ancora non si rinveniva alcun esplicito riferimento all'ambiente²²) all'art. 14 si prevedeva, da un lato, uno specifico obbligo in capo al Ministro di garantire la più ampia divulgazione di quelle che venivano qualificate (ma non definite) “informazioni sullo stato dell'ambiente” (comma 1); dall'altro (comma 3) che ogni cittadino potesse avere accesso a dette informazioni “in conformità delle leggi vigenti, presso gli uffici della Pubblica amministrazione”, con possibilità di

necessarie valutazioni circa il c.d. “mercato geografico”, definito come quel mercato che “comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse” (così la citata *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante*). Nell'analisi, infatti, viene in rilievo il raffronto tra due istituti giuridici, utilizzabili dai consociati su tutto il territorio nazionale, nei confronti di tutte le Amministrazioni pubbliche (a qualsiasi livello territoriale) e con modalità elettroniche che rendono il dato geografico sostanzialmente ininfluenza ai fini di valutare l'appetibilità di ciascun istituto.

²² L'ingresso dell'ambiente nei Trattati avvenne solo l'anno successivo (1987) con l'entrata in vigore dell'Atto Unico europeo (GU L 169 del 29.6.1987, 1).

estrarre copia delle informazioni stesse a fronte del rimborso delle sole spese di riproduzione e delle spese effettive d'ufficio²³.

Si trattava di una prima embrionale disciplina dell'informazione ambientale, ancora poco chiara nella sua portata applicativa (non veniva ad esempio definito nello specifico l'oggetto dell'accesso, vale a dire cosa dovesse esattamente ricomprendersi nel novero delle "informazioni ambientali"), di scarsa rilevanza pratica (l'accesso doveva essere effettuato presso gli uffici della Pubblica amministrazione e dunque scontava un certo grado di difficoltà nel divenire effettivo) e nella quale stava emergendo, pur ancora in assenza di una previsione espressa e insuscettibile di interpretazioni contrarie, quello che diventerà il vero carattere distintivo della disciplina dell'accesso all'informazione ambientale: la non necessità della sussistenza – e della dimostrazione – da parte dell'istante, di un interesse specifico collegato alle informazioni sullo stato dell'ambiente oggetto dell'istanza di accesso²⁴.

A livello di ordinamento comunitario, la prima disciplina generale sull'informazione ambientale²⁵ fu adottata a mezzo della Direttiva del Consiglio 90/313/CE del 7 giugno 1990, "concernente la libertà di ac-

²³ Per un commento alla disciplina dettata dall'art. 14 della Legge n. 349/1986 si rinvia a S. LABRIOLA, *Diritto di accesso alla informazione del cittadino e doveri della pubblica amministrazione nella Legge istitutiva del Ministero dell'ambiente (art. 14 l. 8 luglio 1986, n. 349)*, cit.

²⁴ Non v'è però chi non abbia osservato come detto carattere fosse da intendersi come individuato dalla Legge n. 349/1986, pur in assenza di previsione specifica. Sul punto G. CANGELOSI, *Tutela dell'ambiente e territorialità dell'azione ambientale*, Milano, 2009, p. 23, osserva come "la Legge istitutiva del Ministero dell'ambiente ha configurato (ancor prima della codificazione del diritto di accesso ai documenti e agli atti della pubblica Amministrazione ex Legge n. 241/1990, un diritto di accesso alle informazioni disponibili presso le Amministrazioni, sullo stato dell'ambiente, riconoscendo tale diritto a favore di qualsiasi cittadino, a prescindere dal suo legame con un interesse qualificato, raffigurandosi così, per la prima volta, il diritto di accesso alle informazioni ambientali come diritto civico".

²⁵ Peraltro, già in precedenza, e addirittura in epoca piuttosto risalente, c'era stata qualche embrionale spinta verso la messa a punto di una disciplina latamente riconducibile all'informazione ambientale. Il riferimento va ai programmi di azione delle Comunità europee in materia ambientale del 1973, 1977, 1983 e 1987, in cui si affrontava a vario titolo il tema e si delineava la necessità di definire "modi di accesso più agevoli da parte del pubblico alle informazioni in possesso delle Autorità ambientali" (1987).

cesso all'informazione in materia di ambiente" (recepita nel nostro ordinamento dal decreto legislativo del 24 febbraio 1997, n. 39)²⁶.

Non si era, dunque, ancora entrati nella logica di un'accessibilità piena e "totale" alle informazioni ambientali (come poi di fatto tale accessibilità sarebbe stata successivamente declinata); tuttavia, nella disciplina del 1990 già emergevano le peculiarità che l'istituto dell'accesso sarebbe andato ad acquisire in riferimento a dati e informazioni concernenti la "materia ambiente".

Due i principali profili che – in tale ottica – è opportuno sottolineare.

In primo luogo, la dichiarata strumentalità dell'accesso alle informazioni rispetto a finalità di tutela del bene ambiente²⁷, strumentalità che si concretizzerebbe fondamentalmente nell'aumento, da parte dei cittadini, della consapevolezza ambientale, a sua volta strumentale ad implementare la "responsabilizzazione ambientale" degli stessi e a favorire l'adozione di "condotte spontanee sostenibili"²⁸.

Del resto, l'acquisizione di informazioni costituisce anche un fattore imprescindibile di una partecipazione consapevole ed effettiva ai processi decisionali pubblici; non a caso, come si vedrà, l'embrionale disciplina della Direttiva del 1990 evolverà in modo significativo e, allo stesso tempo, interventi normativi successivi prevederanno importanti modalità partecipative in riferimento a molti "istituti" concernenti il diritto dell'ambiente (come la Valutazione di impatto ambientale, la Valutazione ambientale strategica o l'Autorizzazione integrata ambientale, rispetto ai quali si rinvergono obblighi di pubblicità e istituti partecipativi particolarmente avanzati).

In secondo luogo, occorre sottolineare l'ampiezza della platea dei soggetti legittimati all'accesso, platea costituita da qualsiasi persona fisica o giuridica "nell'intera Comunità"²⁹. Al riguardo, non si può evitare

²⁶ Che dettò una disciplina organica ed esaustiva dell'informazione ambientale, pur a mezzo di una "pedissequa ripetizione della direttiva comunitaria" (così A. BONOMO, *Informazione ambientale, amministrazione e principio democratico*, cit., p. 1475).

²⁷ Cfr. in particolare il Quarto Considerando della Direttiva, il quale evidenzia come "l'accesso alle informazioni relative all'ambiente in possesso delle autorità pubbliche contribuirà a migliorare la protezione dell'ambiente".

²⁸ Così S. VERNILE, *La circolazione delle informazioni nel processo di "responsabilizzazione ambientale"*, cit., p. 324.

²⁹ Così il sesto Considerando, nonché l'art. 3, par. 1, della Direttiva.

di rilevare come in passato mancasse un riferimento esplicito agli Enti portatori di interessi diffusi (*rectius*: collettivi³⁰), anche se probabilmente la dicitura utilizzata dal legislatore europeo (e l'uso del pronome "qualsiasi" accostato a persone fisiche o giuridiche) era idonea a ricomprenderli. È stato merito delle discipline successive (a livello internazionale, sovranazionale e nazionale) colmare detta lacuna, dedicando esplicite disposizioni a tali categorie di Enti.

Veniva poi specificamente codificato quell'elemento – embrionalmente già presente nella disciplina nazionale del 1986 e che, come detto, caratterizza specificamente l'istituto – rappresentato dalla non necessità della sussistenza e della dimostrazione di un interesse all'accesso, da parte del soggetto istante (art. 3³¹), mentre veniva stilato un elenco tassativo di ipotesi sussistendo le quali l'accesso poteva essere negato³².

Altro importante snodo dell'implementazione della disciplina con-

³⁰ Il tema degli interessi diffusi (e/o collettivi), e delle loro modalità di tutela, risulta particolarmente rilevante in riferimento alla materia ambientale. Già la Legge istitutiva del Ministero dell'ambiente dettava una disciplina specifica (all'art. 13) concernente le Associazioni e gli Enti esponenziali di tali interessi; l'elaborazione giurisprudenziale (anche risalente) concernente detta tipologia di interessi ha poi spesso riguardato questioni ambientali. In dottrina, sul tema, v. M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione dello standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, f. 3, p. 734 ss.; G. MASTRODONATO, *Le posizioni giuridiche soggettive nella materia ambientale: dagli interessi diffusi al nuovo ruolo del cittadino*, Modena, 2001. Per quanto concerne il tema degli interessi diffusi e collettivi – da un punto di vista generale e non riferito specificamente alla materia ambientale – la letteratura è talmente copiosa che risulterebbe riduttivo anche solo tentare di effettuarne una selezione "minima".

³¹ L'art. in esame poneva in capo agli Stati membri l'obbligo di garantire che le Autorità pubbliche fossero tenute a rendere disponibili le informazioni relative all'ambiente a qualsiasi persona, fisica o giuridica, che ne facesse richiesta, senza che questa fosse tenuta a "dimostrare il proprio interesse".

³² L'art. 3 della Direttiva prevedeva in realtà due macro-tipologie di ipotesi di diniego; la prima, afferente ad un elenco di "materie" e di "interessi" che dovevano essere bilanciati con quello all'accesso (la riservatezza delle deliberazioni delle Autorità pubbliche, delle relazioni internazionali e la difesa nazionale; la sicurezza pubblica, la riservatezza commerciale o industriale, la tutela di beni e interessi ambientali...), la seconda concernente da un lato il modo in cui la richiesta veniva formulata (potevano infatti essere respinte istanze "manifestamente infondate" o troppo generiche), dall'altro la tipologia di informazioni richieste (comunicazioni interne o dati incompleti).

cernente l'informazione ambientale fu poi rappresentato dalla firma, nel 1998, della Convenzione di *Aarhus* "sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale", entrata in vigore nel 2001 (Legge 16 marzo 2001, n. 108³³) e "approvata" anche dalla Comunità europea (decisione del Consiglio del 17 febbraio 2005).

La Convenzione confermava l'impostazione, che era andata maturando già nella Direttiva del 1990, della previsione di un accesso tendenzialmente libero (non collegato a un interesse³⁴) e – pur entro certi limiti – "totale", vale a dire suscettibile di essere negato solo in ipotesi tassative, e comunque all'esito di una interpretazione "restrittiva" delle eventuali ragioni ostative³⁵.

Rilevante – quale elemento che offre interessanti spunti di riflessione circa l'impostazione dedotta nella Convenzione – l'analisi della definizione (di cui all'art. 2, punto 5) di "pubblico", vale a dire quel soggetto sul quale è ritagliata la disciplina dell'accesso, novero in cui trovano ingresso (esplicito) anche "le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da tali persone", riferimento che, come visto, mancava nella Direttiva del 1990.

Ma l'aspetto più interessante della definizione in esame è dato dalla sua lettura in combinato disposto con un'altra definizione, quella di "pubblico interessato" (posta sempre dall'art. 2, al punto 5) definito come quel "*pubblico*" (di cui costituisce dunque un sottoinsieme) "che subisce o può subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che ha un interesse da far valere al riguardo; ai fini della presente

³³ Recante "Ratifica ed esecuzione della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, con due allegati, fatta ad Aarhus il 25 giugno 1998".

³⁴ Così l'art. 4, par. 1, lett. a) il quale stabilisce che "Fatti salvi i paragrafi che seguono, ciascuna Parte provvede affinché, nel quadro della legislazione nazionale, le autorità pubbliche mettano a disposizione del pubblico le informazioni ambientali loro richieste, ivi compreso il rilascio, ove richiesto e ferma restando la lettera b), di copie dei documenti contenenti tali informazioni: a) senza che il pubblico debba far valere un interesse al riguardo".

³⁵ L'art. 4, par. 4 della Convenzione prevede infatti espressamente che i motivi di diniego debbano essere "interpretati in modo restrittivo, tenendo conto dell'interesse pubblico tutelato dalla divulgazione delle informazioni nonché dell'eventuale attinenza delle informazioni con le emissioni nell'ambiente".

definizione si considerano titolari di tali interessi le organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente e che soddisfano i requisiti prescritti dal diritto nazionale". Anche in questo caso, certamente siamo in presenza di una dicitura ampia e suscettibile di comprendere una vasta categoria di soggetti, ma non c'è dubbio che si tratti comunque di un novero più ristretto di quello di "pubblico", proprio perché in questo caso è richiesta la sussistenza (e la dimostrazione) di un interesse (non meglio precisato e definito, nella sua ampiezza e concreta configurazione, ma comunque necessario).

Al pubblico interessato vengono dunque riservate alcune prerogative e dedicate specifiche disposizioni, ma la disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali vero e proprio è riferita al pubblico, comprensivo delle associazioni e comunque di quegli Enti portatori di interessi collettivi (interessi di cui peraltro non viene specificata la natura e che nella logica di un accesso tendenzialmente libero potrebbero non avere necessariamente natura ambientale).

La Convenzione di *Aarhus* amplia e dettaglia di molto lo spettro delle informazioni accessibili, riconducendo allo stesso non solo aspetti squisitamente ambientali (stato dell'aria, dell'acqua, del suolo, del territorio...), ma anche elementi come il paesaggio nonché fattori, attività e provvedimenti (ivi compresi i provvedimenti amministrativi e le disposizioni legislative) suscettibili di incidere sui medesimi.

Alla convenzione di *Aarhus* è stata data attuazione, dall'ordinamento europeo, a mezzo della Direttiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 "sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio", recepita dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, che contiene la disciplina attualmente vigente dell'accesso alle informazioni ambientali.

I riflessi della disciplina di *Aarhus* nei testi europeo e nazionale si rinvengono nell'ampiezza della definizione di informazione ambientale - sia per quanto concerne il "supporto" sulla quale la medesima è collocata³⁶, sia in riferimento all'oggetto della stessa, nella misura in cui tale ogget-

³⁶ Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera a) del d.lgs. n. 195/2005, costituisce informazione ambientale "qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica od in qualunque altra forma materiale concernente".

to viene ampliato ed esteso a elementi non concernenti aspetti squisitamente ambientali (come il paesaggio o la salute umana³⁷) e a misure che possono incidere su elementi e fattori ambientali (come le disposizioni legislative) che la Direttiva del 1990 non contemplava (a differenza della convenzione di *Aarhus*³⁸) – nonché nella conferma della previsione di un accesso libero, non legato alla dimostrazione di uno specifico interesse e rispetto al quale le ipotesi di diniego sono tassative, recessive e comunque da interpretarsi in modo restrittivo³⁹.

³⁷ “Lo stato della salute e della sicurezza umana, compresa la contaminazione della catena alimentare, le condizioni della vita umana, il paesaggio, i siti e gli edifici d’interesse culturale, per quanto influenzabili dallo stato degli elementi dell’ambiente di cui al punto 1) o, attraverso tali elementi, da qualsiasi fattore di cui ai punti 2) e 3)”.

³⁸ Naturalmente, le disposizioni legislative – concernenti misure che possono incidere su elementi e su fattori ambientali – sono per loro natura accessibili (gli atti legislativi sono pubblicati in Gazzetta Ufficiale). La previsione in esame potrebbe tuttavia interpretarsi estensivamente, come riferita e applicabile a tutti quegli atti e a quei documenti “a corredo” delle disposizioni legislative (relazione illustrativa, RTF, ecc.). In tale ottica si rileva che se i lavori preparatori degli atti legislativi di natura parlamentare sono accessibili (anche sui siti web istituzionali delle Camere) quelli relativi agli atti legislativi di natura governativa lo sono molto meno. La previsione in esame potrebbe però ragionevolmente consentire l’accesso (o comunque un accesso agevolato) anche a tali atti.

³⁹ L’art. 5 del d.lgs. n. 195/2005, riprendendo un’impostazione già presente nella Direttiva 313 del 1990, prevede un elenco di ipotesi di esclusione al diritto di accesso che contiene una bipartizione fra (comma 1) ipotesi di esclusione riguardanti la richiesta ovvero l’informazione in sé (dati incompleti o in corso di completamento, comunicazioni interne alle Amministrazioni, informazioni non detenute dalla P.A. alla quale è rivolta l’istanza – ma in tale ipotesi non si procede al diniego nel caso in cui l’Autorità che ha ricevuto l’istanza conosca l’Autorità che effettivamente detiene l’informazione, che è tenuta ad indicare all’istante –, irragionevolezza manifesta della richiesta rispetto alle finalità del d.lgs. n. 195/2005 o eccessiva genericità della stessa) e (comma 2) ipotesi di esclusioni che concernono la “materia” alla quale l’informazione si riferisce o con la quale può interferire e, in definitiva, altri interessi che con quello all’accesso devono essere bilanciati e, in determinate ipotesi (rischio di pregiudizio derivante dalla divulgazione), ritenuti prevalenti (riservatezza delle deliberazioni interne delle Autorità pubbliche, relazioni internazionali, sicurezza pubblica, difesa nazionale, svolgimento di procedimenti giudiziari, tutela del segreto industriale, della proprietà intellettuale e della riservatezza dei dati personali).

Peraltro, l’elenco di cui all’art. 5 disciplina ipotesi di esclusione che sono non già automatiche e necessarie, bensì solo “possibili”. Ed infatti, sebbene tanto il comma 1 quanto il comma 2 siano formulati con l’uso dell’indicativo (“l’accesso all’informazione ambientale è negato”), che non sembrerebbe lasciare margine a valutazioni discrezionali,

L'accesso alle informazioni ambientali – a livello nazionale – oltre che dal d.lgs. n. 195/2005 è poi disciplinato anche dal Codice ambiente (d.lgs. 6 aprile 2006, n. 152), che contiene una disposizione di non semplice lettura ed interpretazione; ci si riferisce al comma 1 dell'art. 3-*sexies*⁴⁰, il quale prevede che “in attuazione della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, e delle previsioni della Convenzione di Aarhus, ratificata dall'Italia con la Legge 16 marzo 2001, n. 108, e ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante, può accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale”.

Della disposizione in esame non è semplice individuare ruolo, scopo e funzione. Come infatti è stato efficacemente osservato, essa di fatto nulla innova rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 195/2005, nella misura in cui si accontenta “da un lato, di definire i profili essenziali della disciplina attinenti alla legittimazione attiva ed all'ambito oggettivo e, dall'altra, operando un sostanziale rinvio alla disciplina procedimentale di cui al d.lgs. n. 195/2005, nonché alla legge n. 241/1990, che trova applicazione per gli aspetti di tutela giurisdizionale del diritto di accesso”⁴¹.

in realtà non solo il d.lgs. n. 195/2005 non prevede esclusioni automatiche al diritto di accesso, ma anzi dispone che il diniego all'accesso abbia comunque carattere recessivo. Inoltre, si osserva che, in ogni caso, il comma 3 dell'art. 5 in esame dispone che le Autorità pubbliche debbano applicare le disposizioni concernenti il diniego all'accesso “in modo restrittivo, effettuando, in relazione a ciascuna richiesta di accesso, una valutazione ponderata fra l'interesse pubblico all'informazione ambientale e l'interesse tutelato dall'esclusione dall'accesso”. Infine, il comma 6 dell'art. 5 prevede che il rifiuto debba essere specificamente motivato.

⁴⁰ Articolo aggiunto dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 e modificato dall'art. 16, comma 5-*bis*, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 116.

⁴¹ M. FEOLA, *Ambiente e democrazia. Il ruolo dei cittadini nella governance ambientale*, Torino, 2014, p. 140.

4. *L'informazione ambientale e le differenze rispetto alla disciplina dell'accesso civico. I rapporti tra i diversi istituti e la loro reciproca "sostituibilità" (indagine sul mercato rilevante)*

Una disciplina che riguarda un modello di accessibilità ampio e fondamentalmente libero è stata oggi generalizzata, come si rilevava, dall'introduzione dell'istituto dell'accesso civico a seguito dell'entrata in vigore del codice della trasparenza (d.lgs. n. 33/2013, e sue successive modifiche e novelle⁴²), che in effetti detta disposizioni che per molti aspetti ricalcano quelle relative alla disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali, specie in riferimento al suo elemento cardine, ovvero quella "non necessità" della titolarità di un interesse specifico diverso e ulteriore rispetto alla semplice acquisizione di dati e informazioni che ha rappresentato una costante di tutti i passaggi evolutivi di tale disciplina.

A fronte della sussistenza di taluni elementi di comunanza ve ne sono altri che differenziano, quantomeno in apparenza, le due discipline.

Il primo è rappresentato dalle diverse finalità che le medesime perseguono: l'accesso alle informazioni ambientali è dichiaratamente strumentale alla tutela dell'ambiente⁴³, mentre la disciplina dell'accesso civico, che declina e dà attuazione al principio di trasparenza, persegue le finalità di "tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (così l'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 33/2013).

In realtà, obiettivi e finalità delle due discipline coincidono solo par-

⁴² Per un commento alla disciplina dell'accesso civico e dell'accesso civico generalizzato di cui al d.lgs. n. 33/2013, si rimanda a N. VETTORI, *Valori giuridici in conflitto nel regime delle forme di accesso civico*, in *Dir. Amm.*, 2019, f. 3, p. 539 ss e G. AVANZINI, *Il principio di trasparenza nell'esercizio della funzione pubblica: dal diritto di accesso ai documenti amministrativi, al diritto di conoscenza dell'azione amministrativa. Spunti critici e ricostruttivi*, in G. AVANZINI-G. MATUCCI (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, Napoli, 2016, p. 275 ss.

⁴³ Come osserva G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010, p. 132, "il diritto di accesso in materia ambientale possiede una sua indiscussa peculiarità data dal fatto che dal suo esercizio verrebbe a dipendere una reale tutela del bene ambiente". Ma in questo senso si esprimono chiaramente anche il *Preambolo* della Convenzione di Aarhus e diversi *Considerando* della Direttiva 313/1990 e 4/2003.

zialmente. Se, infatti, le disposizioni del d.lgs. n. 33/2013 afferiscono in via diretta all'attività delle Pubbliche Amministrazioni (in termini di controllo sulle stesse e di partecipazione dei cittadini ai procedimenti decisionali pubblici, oltre che di tutela di situazioni giuridiche soggettive), solo una parte delle informazioni accessibili a mezzo degli istituti di cui al d.lgs. n. 195/2005 concerne l'attività delle Amministrazioni pubbliche. L'accesso ad informazioni che riguardano lo "stato dell'ambiente" può, in questo senso, risultare strumentale ad accrescere la consapevolezza e il livello di responsabilizzazione ambientale dei cittadini, senza che venga in rilievo alcun ulteriore profilo concernente l'attività amministrativa.

Ma al di fuori di tale ipotesi è indubbio che, se si considerano le iniziative e le attività che possono scaturire dall'acquisizione di dati e informazioni a mezzo dell'uno e dell'altro istituto, la conclusione a cui pare doversi giungere è quella di una sovrapposibilità pressoché totale tra le due discipline, nella misura in cui anche l'accesso alle informazioni ambientali può risultare strumentale a tutelare situazioni giuridiche soggettive, e a consentire l'effettuazione di controlli sull'operato delle Amministrazioni, nonché una partecipazione più consapevole ed effettiva ai processi decisionali pubblici (in materia ambientale).

Tale impressione è peraltro rafforzata dal fatto che il diritto ambientale moderno – e attuale – è imperniato su una concezione c.d. "antropocentrica" del bene ambiente, che trova il proprio cardine nel principio dello sviluppo sostenibile⁴⁴ e inquadra il rapporto tra uomo e natura in

⁴⁴ Vasta la letteratura che si è occupata del principio dello sviluppo sostenibile. Fra i contributi più rilevanti si cita M. ANTONIOLI, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. It. Dir. Pubbl., Com.*, 2019, f. 2, p. 201 ss.; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Quadr. Dir. Amb.*, 2012, ff.1-2, p. 62 ss.; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2010, f. 0, p. 13 ss.; F. FRACCHIA-F. MATTASSOGLIO, *Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di Via e Vas alla luce del d.lgs. n. 152/2006*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008, f. 1, p. 121 ss.; M. MONTINI, *La Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*, in *Questa Rivista*, 2003, f. 2, p. 405 ss.; A. FODELLA, *Il vertice di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile*, in *Questa Rivista*, 2003, f. 2, p. 385 ss.; A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, f. 5, p. 1055 ss.; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Questa Rivista*, 2002, f. 2, p. 209 ss. L'affermazione di detto principio (la cui prima formulazione si rinviene nel c.d. Rapporto *Brundtland* del 1987) nasceva dalla necessità di superare un modello di sviluppo improntato a una economia "lineare" di consumo (in questo senso già nel 1971 Massimo Severo Giannini osservava come un

termini di strumentalità della seconda a garantire il benessere e la salute del primo e, dunque, concepisce l'ambiente non già – meglio, non solo – come bene da tutelare in sé, bensì in quanto suscettibile di garantire e tutelare altri beni o interessi, particolarmente rilevanti per l'essere umano⁴⁵.

Una declinazione degli istituti del diritto ambientale effettuata in ossequio a tale concezione – alla quale si contrappone una visione c.d. “ecocentrica”, che inquadra “l'ambiente e la natura come valori in sé e l'uomo come elemento vitale che trova il suo posto nell'equilibrio della biosfera”⁴⁶ – è foriera di numerose conseguenze giuridiche, alcune delle quali concernono specificamente la “fruibilità” del “bene ambiente” e le modalità di tutela e salvaguardia dello stesso.

L'impostazione relativa alla messa a punto di istituti di diritto ambientale declinati in un'ottica antropocentrica colloca il bene ambiente allo stesso livello di altri beni/interessi (quantomeno di quelli aventi rango e copertura costituzionale⁴⁷) che comunque afferiscono all'uomo, considerato quale singolo o come comunità, di talché la tutela o la valorizzazione dell'ambiente – che l'accesso alle informazioni è strumentale

cambio di paradigma fosse necessario nella misura in cui “mentre in precedenti periodi storici c'è stato un equilibrio tra il fatto creativo ed il fatto distruttivo dell'uomo, oppure, con altro ordine di concetti, l'uomo creatore ha prevalso sull'uomo distruttore, oggi questo equilibrio si è rotto e prevale l'elemento negativo: le forze distruttive sono maggiori delle forze costruttive”: cfr. M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1971.

⁴⁵ Secondo S. BAROLOMMEI, *Etica e natura. Una “evoluzione copernicana” in etica?*, Roma – Bari, 1995, 40, la concezione antropocentrica postula “a) che l'uomo è solo una parte della natura; b) che la natura ha valore di per sé, indipendentemente da utilità e valori, per scopi umani, del mondo non umano; c) che non è giustificato, o è del tutto ingiustificato, in linea di principio, un trattamento differenziato di uomini e natura non umana”. In giurisprudenza costituiscono affermazioni di tale concezione le note pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione 9 marzo 1979, n. 1463 e 6 ottobre 1979, n. 5172.

⁴⁶ Così S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, in A. FALZEA – P. GROSSI – E. CHELLI, *Enc. del Diritto, Annali*, Milano, 2007, p. 1114. Il dibattito tra le due impostazioni (antropocentrica ed ecocentrica) è descritto da J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Politica del diritto*, 1989, n. 4, p. 673 ss.

⁴⁷ Per una ricostruzione del dibattito concernente il rango costituzionale (o meno) del “bene ambiente” in epoca antecedente la riforma del Titolo V si rimanda a M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.

a realizzare – richiederà necessariamente un vaglio circa l'incidenza che l'eventuale *vulnus* subito dal bene ambiente (inquinamento, danno ambientale, emissioni “fuori *standard*”, ecc.) ovvero l'obiettivo di valorizzazione dello stesso, produce su altri beni o interessi (salute, sicurezza pubblica, libertà economica, occupazione).

Vaglio che, del resto, potrà essere effettuato direttamente dal legislatore – nazionale o europeo – mediante ad esempio fissazione di limiti soglia o di concentrazione (il superamento dei quali si traduca in una lesione di per sé ad uno o più elementi rientranti nella più vasta categoria “ambiente”) ovvero – a fronte di un dato normativo più generale e aperto – dalla Pubblica amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità tecnico/amministrativa.

All'esito di quanto sopra chiarito, solamente un vaglio favorevole ad una ponderazione che prediliga l'interesse ambientale determinerà⁴⁸ l'attivazione di misure volte a tutelare il medesimo (avvio di procedure di bonifica, azioni – amministrative o giurisdizionali – per il ristoro del c.d. “danno ambientale”, irrogazione di sanzioni, ecc.) e, dunque, solo laddove dalla ponderazione effettuata (dal legislatore o dall'Autorità amministrativa, a seconda dei casi) emerga che il pregiudizio all'ambiente si traduce, in qualche misura, in un pregiudizio per l'uomo.

In tale logica, il contributo che il cittadino – in possesso di informazioni ambientali acquisite mediante specifica istanza di accesso – è in grado di fornire può essere certo rilevante, ma non risulta “qualitativa-

⁴⁸ Giova comunque ricordare, in tale contesto, il (pur non del tutto cristallino) disposto dell'art. 3-*quater* del D.Lgs. n. 152/2006, a mente del quale “anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione”. Chiaro l'intento del legislatore di porre in capo alle Pubbliche Amministrazioni un obbligo di attribuire particolare “attenzione” alle tematiche ambientali (e culturali) pur, lo si ribadisce, in un disposto normativo che non sempre appare del tutto lineare (ad esempio non è del tutto chiaro quale possa essere quell'attività amministrativa, nella quale vengono effettuate scelte comparative di interessi pubblici e privati, che non sia espressione di discrezionalità...). Peraltro, si potrebbe discutere sulla compatibilità costituzionale di tale disposizione, specie in riferimento ad una ponderazione di interessi che veda, contrapposti a beni culturali e ambientali, altri interessi aventi rango e copertura costituzionale.

mente diverso” da quello che esso o altro cittadino potrebbe fornire in riferimento ad altri beni e interessi e, soprattutto, non pare dovere (potere) seguire logiche e canali diversi da quelli indicati dall'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013 (tutela di diritti, partecipazione a processi decisionali pubblici, controllo dell'attività delle Amministrazioni).

Da qui una prognosi di sostanziale sovrapposibilità delle due discipline, quantomeno in riferimento alle loro finalità.

A conclusioni diverse potrebbe giungersi ove nel diritto ambientale si innestassero istituti ispirati ad una logica ecocentrica, nella misura in cui in tal modo potrebbero ampliarsi le modalità e gli strumenti di tutela ambientale – posto che tale declinazione potrebbe addirittura traghettare gli interessi ambientali oltre la cerchia degli interessi diffusi⁴⁹, forse addirittura introducendo una categoria (di interessi) del tutto inedita – nonché le maglie dell'accesso alla tutela giurisdizionale, anche se occorrerebbe in ogni caso effettuare una (necessaria) riflessione concernente il tema della legittimazione attiva all'avvio di azioni e attività per la salvaguardia e la promozione del bene ambiente o, comunque, la messa a punto di regole atte in qualche modo a governare il processo partecipativo, al fine di scongiurare il rischio di una partecipazione disordinata e suscettibile di paralizzare, o comunque dilatare irragionevolmente in termini di tempistiche, i processi decisionali pubblici⁵⁰. In tale ultima prospettiva,

⁴⁹ Secondo quanto rilevato da M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione dello standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, cit., che sul punto riporta peraltro il pensiero di F.G. COCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.* 1988, p. 655, l'interesse diffuso occupa una “posizione intermedia tra l'interesse individuale, che può essere anche di molti altri individui ma ha per oggetto beni diversi anche se uguali, e l'interesse generale, proprio della generalità dei soggetti”. Evoluzioni in senso “ecocentrico” della disciplina potrebbero determinare un ripensamento di tale conclusione, e la necessità di ricostruire diversamente il ruolo e la posizione dell'interesse diffuso all'interno dell'ordinamento.

⁵⁰ Come osservato da R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. Amm.*, 2017, f. 2, p. 209 ss., infatti, “l'immissione dei valori di trasparenza e di partecipazione si risolve certamente nell'implementazione degli spazi di ‘democrazia’, ma può egualmente indurre una certa rigidità dei processi decisionali pubblici, e quindi la loro complicità e, del tutto verosimilmente, la dilatazione dei tempi del decidere”.

la dimensione dell'accesso all'informazione ambientale verrebbe dunque ad assumere contorni inediti.

Venendo poi ad altri profili dell'indagine comparatistica tra accesso civico e accesso alle informazioni ambientali, è stato rilevato come il secondo appaia maggiormente "fruibile", risultando più limitate e circoscritte; rispetto a questo ultimo, le ipotesi di esclusione dell'accesso (anche in ragione dell'obbligo, per le Amministrazioni pubbliche, di interpretare in senso restrittivo le ipotesi di diniego).

In riferimento poi all'oggetto dell'accesso, in dottrina è stata sottolineata la portata particolarmente ampia del concetto di "informazione" di cui al d.lgs. n. 195/2005, che risulterebbe ben più estesa e inclusiva di quella di "documento amministrativo" di cui all'art. 22 della legge n. 241/1990⁵¹: il comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013 pare riferire l'accesso civico ai soli dati e documenti (detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni); tuttavia, nel corpo dell'art. 5, considerato nel suo complesso, si rinvencono plurimi riferimenti alle "informazioni", di talché pare corretto affermare che anche esse possano costituire oggetto di accesso⁵², con la conseguenza di potersi rinvenire una sostanziale sovrapposibilità fra le due discipline anche con riferimento al predetto profilo.

C'è poi il tema della motivazione, che costituisce, in effetti, il cardine della presente analisi.

Parliamo, in entrambi i casi, di un accesso "libero", svincolato da un interesse specifico. Un accesso che il d.lgs. n. 33/2013 espressamente prevede non debba essere motivato (così il comma 3 dell'art. 5, che prevede, appunto, che l'istanza non richieda motivazione). Previsione consimile non si rinviene, invece – quantomeno in una formulazione così esplicita – nella disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali.

⁵¹ Cfr. ancora S. VERNILE, *La circolazione delle informazioni nel processo di "responsabilizzazione ambientale"*, cit., p. 337, la quale ha altresì rilevato come il fatto che "in materia ambientale non si faccia riferimento alla natura documentale dell'oggetto della richiesta sembra consentire l'accesso anche alle attività informali e, quindi, più in generale, alle "notizie" concernenti l'ambiente, ancorché non contenute in atti o documenti ufficiali".

⁵² In particolare, un riferimento alle informazioni si rinviene nel comma 1 dell'art. 5, che dispone l'accessibilità dei dati (e, appunto, delle informazioni) per i quali la normativa vigente preveda un obbligo di pubblicazione, nel caso in cui detta pubblicazione risulti omessa. Altro riferimento alle informazioni – che risulta particolarmente rilevante – si rinviene al comma 3 dell'art. 5, il quale dispone che l'istanza di accesso civico debba identificare "i dati, le informazioni o i documenti richiesti".

Tale ultimo dato non è idoneo a spostare i termini generali della questione relativa al tema dell'interesse (specifico), che non è richiesto da alcuna delle due discipline. La questione, piuttosto, attiene al se l'istante debba comunque prodigarsi in uno "sforzo motivazionale" in ragione della strumentalità dell'accesso al conseguimento di quelle finalità di cui si è dato conto in precedenza, e che per quanto concerne le informazioni ambientali riguardano la tutela (o la promozione) dell'ambiente. Ciò viepiù in considerazione del disposto di cui alle lettere b) e c) del comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. n. 195/2005, il quale prevede ipotesi di esclusione dall'accesso a fronte di richiesta "manifestamente irragionevole avuto riguardo alle finalità di cui all'articolo 1" (diffusione e messa a disposizione del pubblico delle informazioni, con l'obiettivo – di "secondo grado" – di tutelare l'ambiente) ovvero in caso di istanza formulata in "termini eccessivamente generici".

In questo senso si osserva che un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato afferma come l'accesso effettuato ai sensi del d.lgs. n. 195/2005 debba "qualificarsi per la sua connessione con le matrici ambientali potenzialmente compromesse, da indicarsi nella richiesta in una ragionevole prospettazione degli effetti negativi"⁵³. Indicazione delle matrici ambientali cui si riferisce la richiesta di accesso, necessaria al fine di scongiurare profili di eccessiva genericità della stessa⁵⁴, ma anche indicazione dell'esigenza di tutela ambientale cui la richiesta è collegata.

L'interpretazione giurisprudenziale citata smonta l'idea di un accesso alle informazioni ambientali pienamente affrancato da incombenti moti-

⁵³ In questo senso, da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 13 marzo 2019, n.1670, ma anche Id., 17 luglio 2018, n. 4339; Sez. III, 5 ottobre 2015, nn. 4636 e 4637; Sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2557; Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6339. Si segnalano tuttavia pronunce che appaiono non allineate a quelle appena citate. Vedasi ad esempio T.A.R. Catania, (Sicilia) Sez. III, 14 novembre 2016, n. 2936, la quale ha affermato come in riferimento all'accesso alle informazioni ambientali "non solo non è necessario dimostrare un interesse qualificato, ma è altresì ammessa una forma di controllo dell'agere amministrativo" (nella citata sentenza n. 1670/2019 il Consiglio di Stato aveva invece rilevato come tale forma di accesso non potesse configurare "un mero sindacato ispettivo sull'attività dell'Amministrazione").

⁵⁴ Sulla necessità che l'istanza di accesso individui specificamente le matrici ambientali ovvero i fattori o le misure di cui all'art. 2, punto 3) del D.Lgs. n. 195/2005, cfr. T.A.R. Palermo, (Sicilia) Sez. I, 17 marzo 2014, n. 809; Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2012, n. 3329; Id, Sez. V, 18 ottobre 2011, n. 5571; T.A.R. Catanzaro (Calabria), Sez. I, 6 febbraio 2009 n. 122.

vazionali; se è certo che l'istante non debba dimostrare di essere portatore di alcun interesse specifico, è fatto comunque onere al medesimo di dedurre nella propria richiesta di accesso le "ragioni di tutela ambientale" (indicazione di possibili *vulnus* all'ambiente ovvero prospettive di valorizzazione) che alla richiesta, e alle informazioni che ne costituiscono oggetto, risultano connesse.

La sussistenza di tale onere – individuato dall'orientamento giurisprudenziale citato – potrebbe configurare un elemento suscettibile di rendere meno appetibile, per i soggetti interessati ad acquisire informazioni ambientali, il ricorso allo strumento di cui al d.lgs. n. 195/2005, specie ove l'accesso civico fosse da considerarsi effettivamente libero da qualsivoglia vincolo motivazionale (quanto alla richiesta) e per il resto le discipline fossero sostanzialmente sovrapponibili, e le informazioni ambientali risultassero riconducibili all'ampio novero dei dati, documenti (e informazioni) ottenibili a mezzo di accesso civico generalizzato.

Quanto al primo profilo, la gran parte della giurisprudenza sembra, in effetti, confermare il dato testuale del comma 3 dell'art. 5 (del d.lgs. n. 33/2013), affermando come l'istanza di accesso civico generalizzato non richieda alcuna motivazione⁵⁵. Parte della giurisprudenza, si diceva; non tutta. Altra parte, infatti, sembra porre dei distinguo. In questo senso si veda, ad esempio, T.A.R. Lazio, (Roma), Sez. II-*bis*, 2 luglio 2018, n. 7326, la quale ha avuto modo di rilevare che benché "la Legge non richieda l'esplicitazione della motivazione della richiesta di accesso, deve intendersi implicita la rispondenza della stessa al soddisfacimento di un interesse che presenti una valenza pubblica e non resti confinato ad un bisogno conoscitivo esclusivamente privato, individuale, egoistico o peggio emulativo che, lungi dal favorire la consapevole partecipazione del cittadino al dibattito pubblico, rischierebbe di compromettere le stesse istanze alla base dell'introduzione dell'istituto".

Secondo tale interpretazione, in misura non molto dissimile da quanto uno dei sopradescritti orientamenti giurisprudenziali è andato affer-

⁵⁵ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Brescia, (Lombardia), Sez. II, 13 gennaio 2020, n. 10: "dunque, l'accesso civico generalizzato è azionabile da chiunque, senza la previa dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, senza dover motivare la richiesta e con la sola finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati, dei documenti e delle informazioni che sono considerati, in base alle norme, come pubblici e quindi conoscibili".

mando in riferimento all'accesso alle informazioni ambientali, anche il soggetto che intenda presentare un'istanza di accesso civico generalizzato sarà comunque onerato della dimostrazione del collegamento tra l'istanza stessa (ed il suo oggetto) e le finalità individuate dal d.lgs. n. 33/2013, o comunque la strumentalità dell'accesso al soddisfacimento di un interesse di rilievo pubblicistico.

Naturalmente, un'interpretazione consimile rende “meno appetibile” l'istituto dell'accesso civico, ed è suscettibile di determinare un riequilibrio tra accesso civico generalizzato e informazioni ambientali. Anzi. In riferimento all'accesso civico generalizzato può apparire più gravoso l'onere motivazionale in ragione della maggior genericità delle sue finalità. In tal senso, deve comunque osservarsi che l'interpretazione citata è tutt'altro che univoca, ed anzi si registrano precedenti in senso del tutto contrario⁵⁶.

5. *L'esito dell'indagine: l'assenza di una concorrenza effettiva tra gli istituti e la certificazione dello stato di buona salute della disciplina sull'accesso alle informazioni ambientali*

La breve analisi appena condotta sembrerebbe mostrare un quadro nel quale risultano sussistenti le condizioni per una effettiva concorrenza fra i due istituti: una parziale sovrapponibilità degli stessi (specie in riferimento all'oggetto dell'accesso, vale a dire delle informazioni che possono essere richieste e ottenute dall'Amministrazione) e la parallela presenza di elementi di differenziazione, che consentono ai cittadini regolati di effettuare una valutazione comparativa tra i due, in termini di efficacia (intesa quale idoneità – quantomeno in termini di probabilità – a consentire loro il conseguimento del bene della vita agognato).

In altre parole, se le informazioni ambientali possono, quantomeno in astratto, essere ottenute tanto a mezzo dell'accesso di cui al d.lgs. n.

⁵⁶ Cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503, la quale sposa un'interpretazione “in linea con la previsione dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013, che esclude la preventiva “funzionalizzazione” dell'accesso al raggiungimento delle finalità indicate nell'art. 5, comma 2 (favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico)”.

195/2005 quanto tramite istanza di accesso civico generalizzato – e mediante uno dei due strumenti possono essere ottenute con maggiore “facilità” – l’istituto più efficace guadagnerà terreno sull’altro, divenendo lo strumento prescelto dai regolati, con inevitabile – e rapida – obsolescenza dello strumento giuridico meno efficace.

Una sorta di “selezione innaturale” (in quanto determinata da artificiosi e non ben ponderati interventi del legislatore) in esito alla quale un istituto, pur formalmente presente nell’ordinamento, diviene parzialmente o totalmente ineffettivo.

La concorrenza fra i due istituti è poi ulteriormente favorita dall’orientamento assunto da recenti pronunce giurisprudenziali, che sembrano declinare il brocardo latino “*electa una via non datur recursus ad alteram*”. Secondo tali pronunce, esclusi possibili interventi adeguatori / interpretativi della reale volontà dell’istante, da parte dell’Amministrazione, in ragione della non totale sovrapposibilità dei presupposti, delle finalità e delle possibili cause di esclusione, fra i due istituti, è onere dell’istante selezionare accuratamente lo strumento da utilizzare.

In questo senso vedasi la recente T.A.R. Firenze (Toscana), Sez. II, 20 dicembre 2019, n. 1748, secondo cui, effettuando una valutazione comparativa tra l’accesso *ex* L. 241/1990, l’accesso civico (*ex* art. 5, comma 1 del d.lgs. n. 33/2013) e l’accesso civico generalizzato di cui al comma 2 del medesimo art. 5, ha avuto modo di precisare come, pur trattandosi di istituti “a carattere generale”, i medesimi sono applicabili a fattispecie diverse e specifiche, dal che consegue che “ognuno di essi opera nel proprio ambito di azione senza assorbimento della fattispecie in un’altra, e senza abrogazione tacita o implicita ad opera della disposizione successiva poiché diverso è l’ambito di applicazione di ciascuno di essi” e che, inoltre, “ognuno di questi presenta caratteri di specialità rispetto all’altro”, dal che consegue che “laddove il richiedente abbia espressamente optato per un modello è precluso all’Amministrazione qualificare diversamente l’istanza, al fine di individuare la disciplina applicabile”⁵⁷.

⁵⁷ Con ovvie conseguenze anche in riferimento all’ambito processuale: “la coesistenza di tre diverse specie di accesso agli atti, ciascuna distintamente regolata nei suoi presupposti, induce a ritenere che non esista, nel nostro ordinamento, un unico e generale diritto del privato ad accedere agli atti amministrativi che possa farsi valere a titolo diverso. Esistono invece specifiche situazioni nei rapporti di pubblico all’interno delle quali, al venire in essere di determinati presupposti (diversi in ognuna di esse),

Certo, una possibile “*exit strategy*” per il cittadino esiste, ed è rappresentata dalla “cumulabilità” delle istanze, che la giurisprudenza sembra orientata a consentire⁵⁸; la prevalenza di un approccio sostanzialistico non si traduce, tuttavia, nell’esonero, per il cittadino, dagli oneri di motivazione eventualmente aggravati, di cui si è dato conto in precedenza.

Peraltro, la specialità (in termini di motivazione, presupposti e finalità) dell’accesso alle informazioni ambientali – rispetto all’istituto dell’accesso civico generalizzato – potrebbe determinare l’applicazione della clausola di salvaguardia di cui al comma 3 dell’art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33/2013, la quale prevede che l’accesso civico sia escluso nei casi di segreto di Stato “e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla Legge, ivi compresi i casi in cui l’accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all’articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”. Senza tacere peraltro del fatto che il d.lgs. n. 33/2013 prevede una salvaguardia speciale per la materia delle informazioni ambientali, stabilendo, all’art. 40, comma 1, che “in materia di informazioni ambientali restano ferme le disposizioni di maggior tutela già previste dall’articolo 3-*sexies* del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, dalla Legge 16 marzo 2001, n. 108, nonché dal decreto legislativo 19 agosto 2005 n. 195”⁵⁹.

Procedendo con ordine, occorre premettere che la clausola di cui al comma 3-*bis* può essere variamente interpretata.

In un senso, come disposizione atta a precludere in radice il ricorso

il privato assume titolo ad accedere alla documentazione amministrativa, con limiti e modalità diversificate nelle varie ipotesi. È onere del richiedente individuare quale sia la sua situazione e, pertanto, quale tipologia di accesso azionare, eventualmente in via cumulativa. Una volta effettuata la scelta, è su tale rapporto che si incardina la controversia e lo stesso non può dunque essere riqualificato in sede giudiziaria”. Nello stesso senso v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2017, n. 1406 e ID., Sez. V, 20 marzo 2019, n. 1817.

⁵⁸ In questo senso v. Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503, cit., che parla espressamente di ammissibilità “della presentazione cumulativa di un’unica istanza, ai sensi di diverse discipline, con evidente aggravio per l’amministrazione (del quale l’interprete non può che limitarsi a dare atto), dal momento che dovrà applicare e valutare regole e limiti differenti. Nulla infatti, nell’ordinamento, preclude il cumulo anche contestuale di differenti istanze di accesso”.

⁵⁹ Mentre il comma 3 della medesima disposizione stabilisce che siano “fatti salvi i casi di esclusione del diritto di accesso alle informazioni ambientali di cui all’articolo 5 del decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195”.

all'accesso civico generalizzato ove si rinvenivano discipline di accesso speciale (in altre parole, una sorta di criterio di "specialità per materia", analogo a quel principio di "specialità per settori" che fu utilizzato dal Consiglio di Stato in un parere concernente la questione dell'individuazione dell'Autorità competente – tra AGCM e CONSOB – a reprimere pratiche commerciali perpetrate in settori regolati⁶⁰, che impone di valutare, caso per caso, "la compatibilità dell'istituto dell'accesso generalizzato con le 'condizioni, modalità o limiti' fissati dalla disciplina speciale" che venga eventualmente in rilievo (nuovamente la citata Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5503); nell'altro, come disposizione che imponga di combinare l'accesso civico generalizzato con le condizioni e i limiti eventualmente previsti dalla disposizione speciale. In altri termini, tale seconda soluzione ermeneutica consentirebbe comunque il ricorso all'accesso civico generalizzato, a patto che vi sia sovrapposibilità, fra disciplina generale e speciale, quanto ai dati, documenti o alle informazioni richiedibili, e che l'istanza abbia un contenuto rispettoso dei limiti e delle condizioni posti dalla disciplina speciale.

Le due tesi, riferite al disposto dell'art. 40 del d.lgs. n. 33/2013 (il quale, lo si riporta nuovamente, prevede che in materia di informazioni ambientali restino ferme "le disposizioni di maggior tutela già previste dall'articolo 3-*sexies* del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, dalla Legge 16 marzo 2001, n. 108, nonché dal decreto legislativo 19 agosto 2005 n. 195") determinerebbero, l'una, l'esclusione del ricorso all'accesso civico generalizzato, in ragione della specialità dell'istituto dell'accesso alle informazioni ambientali (che peraltro dovrebbe essere "maggiormente tutelante", per il cittadino) e dunque la necessità di ricorrere – al fine di acquisire tale tipologia di informazioni – esclusivamente alla modalità di accesso disciplinata dal d.lgs. n. 195/2005; l'altra, alla necessità di adattare le disposizioni speciali all'accesso civico generalizzato, che continuerebbe a poter essere utilizzato.

Anche sotto questo profilo, comunque, la cumulabilità degli istituti pare elemento idoneo a depotenziare molti possibili profili di criticità (anche "pratici").

⁶⁰ Cons. Stato, Sez. I, parere 3 dicembre 2008, n. 3999. Per una ricostruzione della vicenda si rimanda a B. RABAI, *La tutela del consumatore-utente tra Autorità Antitrust e Autorità di regolazione*, in *Riv. Reg. Merc.*, 2016, f. 1, p. 89 e ss.

Le considerazioni da ultimo riportate, in ogni caso, inducono a riflettere nuovamente sul se l'accesso civico generalizzato e quello concernente le informazioni ambientali siano da considerarsi effettivamente come due istituti "in concorrenza" tra loro, e se la "sopravvivenza giuridica" di uno di essi (l'accesso alle informazioni ambientali) risulti o meno minacciata da un rischio di progressiva perdita di effettività.

La risposta conclusiva, ad entrambi i quesiti da ultimo posti, si ritiene – rivedendo conclusioni a cui sembrava doversi giungere all'esito di una prima analisi – debba essere negativa.

Contrariamente a quanto inizialmente si ipotizzava, infatti, a ben vedere non paiono sussistere i presupposti per configurare la sussistenza di un rapporto di effettiva concorrenzialità tra i due istituti.

È vero infatti che gli stessi scontano un certo margine di "sovrapponibilità"⁶¹, specie in riferimento all'elemento cardine di entrambe le discipline (la non necessità della dimostrazione di un interesse specifico, ai fini dell'accesso) e l'oggetto dell'accesso⁶²: le informazioni ambientali

⁶¹ Anzi, a voler essere meno generosi, di un effettivo "cattivo coordinamento", foriero di incertezze e dubbi interpretativi (è quanto rileva ad esempio I. PIAZZA, *L'organizzazione dell'accesso generalizzato: dal sistema di governance all'attuazione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2019, f. 3, p. 645 ss.: "il diritto d'accesso sul modello FOIA, astrattamente capace di soddisfare tutte le esigenze di trasparenza – tanto quelle dei privati interessati, quanto quelle dei *watchdogs* (giornalisti o associazioni della società civile) e del cittadino qualunque – si è sommato agli altri diritti d'accesso preesistenti: sia quelli previsti da disposizioni generali, cioè l'accesso documentale previsto dalla l. n. 241/1990 e il cosiddetto accesso civico semplice, contemplato già dalla versione originaria del d.lgs. n. 33/2013 e rivolto ai documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria, sia quelli stabiliti da discipline specifiche, cioè l'accesso alle informazioni ambientali, l'accesso in materia di contratti pubblici, l'accesso dei cittadini agli atti delle amministrazioni locali e quello dei consiglieri comunali o provinciali a tutte le notizie e informazioni in possesso degli enti locali. La disciplina italiana del diritto d'accesso si caratterizza, quindi, per la coesistenza di diversi tipi di accesso, che rischiano di confondersi o sovrapporsi, muovendo gli interpreti alla ricerca di differenze che, sul piano pratico, non risultano sempre chiare". Ma vedi anche A. MOLITERNI, *La natura giuridica dell'accesso civico generalizzato nel sistema di trasparenza nei confronti dei pubblici poteri*, in *Dir. Amm.*, 2019, f. 3, p. 577 ss., secondo il quale "una terza peculiarità riguarda infine il fatto che l'introduzione dell'accesso civico generalizzato ispirato alla logica del FOIA non ha assorbito tutte le forme di accesso preesistenti ma si è ad esse affiancato e, in parte, sovrapposto".

⁶² E ciò potrebbe, quantomeno in astratto, risultare sufficiente a configurare l'esistenza di un unico mercato rilevante, in quanto, come rilevato dalla giurisprudenza,

sembrano infatti rientrare fra i dati, i documenti (e le informazioni) che possono essere acquisiti dal cittadino ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, né pare ostativa, al ricorso all'accesso civico generalizzato al fine dell'acquisizione di informazioni ambientali, la presenza degli scopi indicati al comma 2 predetto ("favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico") che secondo parte della giurisprudenza imporrebbero, se non oneri motivazionali veri e propri, quantomeno una definizione dei contenuti dell'istanza che risulti idonea a mostrare un qualche nesso di strumentalità tra l'informazione da acquisire e gli scopi predetti; trattasi di adempimento che non risulta difficile declinare anche in riferimento alle informazioni ambientali, che ben possono, nella gran maggioranza dei casi, risultare funzionali a perseguire dette finalità.

A fronte di ciò, tuttavia, da un lato si rinvergono elementi che – mutuando la terminologia economica e del diritto *antitrust* – non consentono di affermare come vi sia un unico "mercato rilevante" (sul quale vengono ad operare entrambi gli istituti); dall'altro, anche volesse ritenersi che i due istituti dispieghino i propri effetti sul medesimo "*playing field*", non potrebbero i medesimi essere comunque considerati quali prodotti fra loro fungibili (dunque in concorrenza) stante le differenze concernenti i presupposti e le condizioni di utilizzabilità degli stessi.

Sotto il primo profilo, la separatezza dei "due mercati" sembra essere stata voluta dallo stesso legislatore, mediante il combinato disposto del comma 3 dell'art. 5-*bis* e del comma 1 dell'art. 40 del d.lgs. n. 33/2013.

Ove, infatti, tale combinato disposto dovesse interpretarsi in termini di separazione tra due materie e di prevalenza di quella speciale su quella generale – e conseguente non applicazione della seconda al ricorrere dei presupposti e delle condizioni della prima – un tema di concorrenza fra istituti non verrebbe neppure a porsi, nella misura in cui i consociati, per acquisire dati e documenti riconducibili al novero delle informazioni ambientali, non potrebbero che fare ricorso all'accesso disciplinato dal

ai fini della identificabilità di un mercato rilevante non è necessario che si confrontino beni identici, essendo sufficiente rilevare un rapporto di sostituibilità tra i prodotti determinato dalle caratteristiche degli stessi, dal prezzo e dall'uso al quale sono destinati (T.A.R. Lazio, (Roma), Sez. I, 27 agosto 2002, n. 7444).

d.lgs. n. 195/2005. Si tratterebbe, in sostanza, di ipotesi di esclusione *ex lege* della sussistenza dell'elemento della "sostituibilità dal lato della domanda".

Ma anche nel caso in cui non volesse accedersi a tale opzione ermeneutica, e il disposto del comma 1 dell'art. 40 del d.lgs. n. 33/2013 dovesse interpretarsi nel senso dell'utilizzabilità promiscua di accesso civico generalizzato e accesso *ex* d.lgs. n. 195/2005 – salva l'applicabilità al primo delle misure e delle condizioni di "maggior tutela" previste per il secondo, potendo perciò configurarsi in astratto un medesimo "mercato rilevante" nel quale i due istituti potrebbero porsi in concorrenza – la disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali conserverebbe comunque la propria autonomia (oltre che attualità), nella misura in cui l'appetibilità dell'accesso civico generalizzato risulterebbe, in raffronto all'accesso alle informazioni ambientali, comunque contenuta, stante la necessità che l'istanza proposta risulti conforme ai requisiti e ai presupposti richiesti e previsti dal d.lgs. n. 195/2005.

Anche in ipotesi, dunque, di "istanze cumulative", non verrebbero meno le "maggiori tutele" previste dalla disciplina sulle informazioni ambientali, né la necessità di confezionare un'istanza che a tale disciplina risulti conforme⁶³.

Per tutte le descritte ragioni, si ritiene in conclusione che – pur non negandosi elementi di sovrapposibilità tra le discipline dell'accesso civico generalizzato e dell'accesso alle informazioni ambientali – i due istituti non siano in posizione di reciproca concorrenza tra loro, non prospettandosi allo stato rischi di progressiva perdita di effettività (o di vera e propria obsolescenza) della speciale disciplina ambientale la quale, tutto considerato, pare godere di ottima salute.

⁶³ Che, ad esempio, non risulti eccessivamente generica oppure – in riferimento all'orientamento giurisprudenziale che si è in precedenza citato – in cui si ometta di dar conto del collegamento tra l'informazione richiesta e l'esigenza di tutela ambientale che la stessa mira a soddisfare.

ABSTRACT

Public access – environmental information – F.O.I.A.

The paper aims to illustrate the evolution of public access to environmental information in the Italian and European legal frameworks, in order to describe how that form of access contributes to improve citizen awareness of environmental matters and public participation in environmental decision-making. The principal characteristic of the institute is the fact the individual trying to access environmental information does not need to demonstrate any specific (or personal) interest in relation to such access, which is the same characteristic of another form of access to the public information that is on force within the Italian legal framework: the so called “accesso civico generalizzato”, which discipline is similar to the one set by the American “freedom of information act” (F.O.I.A.).

The principal characteristic of the institute is the fact the individual trying to access environmental information does not need to demonstrate any specific (or personal) interest in relation to such access.

Intangible cultural heritage and sustainable environment*

BENEDETTA UBERTAZZI**

1. Introduction. – 2. Intangible cultural heritage and environment. – 3. Environmentally-friendly practices and intellectual property rights. – 4. Community-based resilience during a pandemic. – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage was adopted within the framework of UNESCO in October 2003. Article 2 of the Convention establishes that ICH must be compatible with sustainable development¹. The four intertwined dimensions of sustainable development are: society, environment, culture and economy². This paper will focus on environmental sustainability. Chapter 6 of the Operational Directives for the Implementation of this Convention establish a framework related to ‘environmental sustainability’. The framework consists of three pillars. The first pillar is the recognition by States Par-

* Contribution submitted to peer review.

** Tenured aggregate professor of European Union Law at the University of Milano-Bicocca and contracted associated professor at the Saint-Petersburg State University, School of Law.

¹ 2003 Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (‘2003 Convention’), Art 2.1. On the relationship between the Convention and the protection of the environment see B. UBERTAZZI, *Ambiente e Convenzione UNESCO sul patrimonio culturale intangibile*, in this *Review*, 2011, p. 315.

² UNESCO, *Sustainable Development*, available on the internet.

ties of ‘environmental impacts in the safeguarding of intangible cultural heritage’³. As part of this theme, States should also encourage ‘environmentally friendly practices’ and ‘mitigate any possible harmful impacts’⁴. The second pillar, ‘knowledge and practices concerning nature and the universe’⁵, encourages the recognition of ‘communities, groups and individuals as the bearers of knowledge about nature and the universe and as essential actors in sustaining the environment’⁶. The third and final ‘pillar’ of this framework relates to ‘community-based resilience to natural disasters and climate change’⁷, according to which States Parties should ‘fully integrate communities, groups and individuals who are bearers of such knowledge into systems and programmes of disaster risk reduction, disaster recovery and climate change adaptation and mitigation’⁸. Among the plethora of natural disasters stand pandemics. In response to the World Health Organization’s declaration of COVID-19 as a pandemic, governments worldwide began the imposition of extraordinary lockdown and social distancing conditions in a bid to curb the virus. With the ongoing state of the pandemic, the impact of COVID-19 on ICH is clear.

2. *Intangible cultural heritage and environment*

ICH is a strategic resource to enable environmentally sustainable development. Today, the contribution of intangible cultural heritage to environmental sustainability is recognised in many fields such as biodiversity conservation, sustainable natural resource management and natural disaster preparedness and response⁹. As a living heritage, the body of knowledge, values and practices of intangible cultural heritage related to environment has the capacity to evolve and adapt for a more sustainable use of natural

³ Operational Directives (2018), chap. VI.3.2

⁴ *Ibidem*, para. 190.

⁵ Operational Directives (2018), chap. VI.3.1; 2003 Convention, Art. 2.2(d).

⁶ Operational Directives (2018), chap. VI.3.1 para 189(a).

⁷ Operational Directives (2018), chap. VI.3.3.

⁸ *Ibidem*, para. 191 (c,ii).

⁹ See UNESCO, *Intangible Cultural Heritage and Sustainable Development*, 2015, p. 6, available on the internet.)

resources when necessary, permitting communities to better face natural disasters and the challenges of climate change. Furthermore, indigenous and local communities play a central role in the conservation and sustainable use of biological diversity¹⁰. In Kenya, for example, Kikuyu women are central to the breeding of food crops and the preservation of seeds¹¹. While human activities are consuming natural resources at increasing and unsustainable rates at the global level, many local communities have developed lifestyles and intangible cultural heritage practices that are intricately linked to nature and that respect the environment¹².

Further to the second pillar concerning 'knowledge and practices concerning nature and the universe', State Parties are encouraged to 'recognize communities, groups and individuals as the bearers of knowledge about nature and the universe and as essential actors in sustaining the environment'¹³. Further, this recognition must include that which is 'conducted by the communities and groups themselves, aimed at understanding systems of biodiversity conservation, natural resource management and sustainable resource use, that are recognized by communities, groups and, in some cases, individuals as part of their intangible cultural heritage'¹⁴. Additionally, while this traditional knowledge must be accessible and transmitted for the purposes of 'international cooperation',¹⁵ 'customary practices governing access to specific aspects of it' and the 'natural spaces whose existence is necessary for expressing the intangible cultural heritage' must be continually preserved¹⁶.

Additionally, States Parties are instructed to 'recognize the potential and actual environmental impacts of intangible cultural heritage practices and safeguarding activities, with particular attention to the possible consequences of their intensification' by supporting community-based

¹⁰ J. BLAKE & L. LIXINSKI, *The 2003 UNESCO Intangible Heritage Convention: A Commentary*, Oxford, 2020, p. 124-127.

¹¹ See UNESCO, *Intangible* cit., p. 7.

¹² *Ibidem*.

¹³ Operational Directives (2018), chap. VI.3.1 para 189(a).

¹⁴ *Ibidem*, para. 189(b).

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, para. 189(c).

studies of these impacts and encouraging ‘environmentally friendly practices and to mitigate any possible harmful impacts’¹⁷.

Lastly, and following the same framework of community engagement and protection, along with dissemination of the traditional knowledge and practices concerning the environment that is respectful of the groups and communities involved, State Parties must recognise ‘knowledge and practices concerning geoscience, particularly the climate’, and ‘harness their potential to contribute to the reduction of risk, recovery from natural disasters, particularly through the strengthening of social cohesion and mitigation of climate change impacts’¹⁸. In order to accomplish the successful recognition and implementation of these efforts, in line with pillar three, State Parties are also instructed to ‘fully integrate communities, groups and individuals who are bearers of such knowledge into systems and programmes of disaster risk reduction, disaster recovery and climate change adaptation and mitigation’¹⁹. Of relevance is the fourteenth session of the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage which took place in Bogota, Colombia, from 9 to 14 December 2019. Among the decisions reached, the Committee further encouraged State Parties “to pursue efforts in safeguarding intangible cultural heritage in situations of armed conflict” including situations of occupation and post-conflict along with “disasters caused by natural and human-induced disasters”.

Thus, ICH and the environment have much in common: both constitute exhaustible resources that need to be preserved for future generations²⁰ and both are the subject matter of fundamental human rights, namely, the right to culture and cultural diversity and the right to a safe environment and to health²¹. The 2003 Convention only safeguards ICH.

¹⁷ Operational Directives (2018), chap. VI.3.2, para. 190.

¹⁸ Operational Directives (2018), chap. VI.3.3, para. 191.

¹⁹ *Ibidem*, para. 191 (c, ii).

²⁰ J. BLAKE, *On Defining the Cultural Heritage*, in *International and Comparative Law Quarterly*, p. 80.

²¹ L. ZAGATO, *La Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale intangibile*, in L. ZAGATO (ed.), *Le identità culturali nei recenti strumenti UNESCO. Un approccio nuovo alla costruzione della pace?*, Padova, 2008, pp. 63-66; J. BLAKE, *On Defining* cit., p. 80. Sul rapporto tra ambiente e identità culturale in generale v. S. PINTON, *La tutela della identità culturale a fronte dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, in L. ZAGATO (ed.) *Le identità culturali*, cit., p. 123.

ICH, however, includes natural elements, as highlighted in art 2.1 of the 2003 Convention, according to which ‘intangible cultural heritage [...] is constantly recreated by communities and groups in response to their environment, their interaction with nature’. Article 2.2(d), in addition, indicates that among the domains of ICH are those related to ‘knowledge and practices concerning nature’. By safeguarding ICH, the 2003 Convention therefore also indirectly preserves the environment²². In this framework, the relationship between ICH and the environment was correctly defined as one of the most ‘fundamental’ aspects of ICH²³. There are three typical situations that better highlight this relationship²⁴. These will be developed in turn.

The first situation that highlights the relationship between ICH and the environment occurs when a balanced relationship between ICH and nature exists, so that by safeguarding the former the latter is also preserved and vice versa²⁵. This situation of balance manifests itself in the framework of the Convention in two different ways.

First, nominations from States may emphasise the relationship between the element to be inscribed and nature. Thus, the element ‘Naadam, Mongolian traditional festival’, nominated by Mongolia as a nationwide festivity that takes place in Mongolia every year in July, was described as involving a set of ‘rituals and customs’ that ‘accentuate respect for nature and the environment’²⁶. The element ‘Mediterranean Diet’ is described as ‘a way of life guided by respect for diversity’²⁷.

²² H. MARRIE, *The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage and the Protection and Maintenance of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples*, in L. SMITH & N. AKAGAWA (eds.), *Intangible Heritage*, Abingdon, 2017, p. 183.

²³ T. SCOVAZZI, *The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage. General Remarks*, in P. L. PETRILLO (ed.), *The Legal Protection of the Intangible Cultural Heritage*, 2019, p. 4.

²⁴ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM. See UNESCO, *Chefs-d'oeuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité*, Paris, 2006, p. 20 ss; R. GOSWAMI, *Knowledge and Change, the Intangible and Development*, in *Energy Bulletin*, UNESCO, Nov. 27 2010, p. 6.

²⁵ R. GOSWAMI, *Knowledge and Change* cit., p. 6.

²⁶ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM 6.32

²⁷ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural

Similarly, the element ‘Falconry, a living human heritage’ nominated by Germany, Saudi Arabia, Austria, Belgium, United Arab Emirates, Spain, France, Hungary, Italy, Kazakhstan, Morocco, Mongolia, Pakistan, Portugal, Qatar, Syrian Arab Republic, Republic of Korea, and Czechia, is described as a practice ‘associated with nature conservation’, where ‘falconers train, fly and breed birds of prey (which includes besides falcons, birds such as eagles and hawks), developing a bond with them and becoming their main source of protection’²⁸. Also, the practice is described as “providing a connection to the past, particularly for communities for which the practice is one of their few remaining links with their natural environment and traditional culture”²⁹.

Secondly, nominations of an element in the UNESCO Lists may highlight the obligation that the nominating States undertake to adopt measures to safeguard the nature and the proposed element. So, the element “Indonesian Angklung”, nominated by Indonesia, is a musical instrument consisting of two to four bamboo tubes suspended in a bamboo frame, bound with rattan cords. Indonesia undertook to safeguard the cultivation and in general the culture related to the use of the bamboo wood³⁰. Again, with regard to the element ‘Falconry, a living human heritage’, its nominating States undertook to preserve falcons³¹.

The second situation that highlights the relationship between ICH and the environment occurs when certain cultural traditions are incompatible with the protection of nature. This may happen for instance with regards to practices that are potentially destructive of animal and plant species, or to practices implying a ‘massive degradation of natural resources’³². The 2003 Convention establishes that ‘for the purposes of this Convention, consideration will be given solely to such intangible cultural heritage as is compatible with [...] the requirements of [...] sustainable development’

Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM 6.41

²⁸ UNESCO, ‘Falconry, a living human heritage’, available on the internet.

²⁹ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM 6.45.

³⁰ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM 6.18.

³¹ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, *Nomination File for Falconry, a living human heritage*, 2016.

³² J. BLAKE, *On Defining* cit., p. 80.

(art 2.1). In addition, the Convention recalls ‘existing international human rights’ (preamble) and declares that it will safeguard ICH only when it is ‘compatible’ with those rights (art 2.1). It is apparent, that the right to a healthy environment constitutes a human right of a universal nature.

The third situation that highlights the relationship between ICH and the environment occurs in the opposite case, namely when natural phenomena may damage or prejudice ICH. For this reason, the Committee defined the urgent context that is necessary to have the Secretariat examine an international assistance request with priority³³. This urgent context according to the Committee occurs when a State party cannot overcome alone an ‘insurmountable situation’ which follows from ‘a calamity’ or ‘a natural or environmental catastrophe’³⁴. Similarly, the inscription of an element in the Urgent Safeguarding List is conditioned to the fulfilment of six fundamental criteria, among which the second concerns the risk of disappearance of the element consequent to relevant environmental transformations³⁵.

The following pages will further elaborate on the three-tiered framework in relation to ‘environmental sustainability’.

3. *Environmentally friendly practices and intellectual property rights*

The first and second pillar of the framework relate to ‘environmental impacts in the safeguarding of intangible cultural heritage’ and communities as ‘the bearers of knowledge about nature and the universe and as essential actors in sustaining the environment’. Intellectual property rights (IPRs), particularly collective trademarks and geographical indications (GIs), can be an excellent tool for encouraging environmentally friendly practices in line with the first pillar, ‘environmental impacts in the safeguarding of intangible cultural heritage’. Among the primary justifications for using IPRs, on traditionally produced goods is that GI

³³ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM (see 8. International Assistance Requests), available on the internet.

³⁴ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM 10.2.

³⁵ See the criterion at: Operational Directives (2018), chap. I.1 U.2(b).

specifications and trademarks regulations can be environmentally friendly and compatible with the maintenance of biodiversity and landscape. These GIs are therefore called “Green GIs”, and are considered capable of providing prospects for new forms of rural development, community autonomy, preservation of cultural traditions, and even conservation of biological diversity when the production of goods encourages the stewardship rather than the depletion of the natural resources from which they are made³⁶. Thus, ‘GIs present long term benefits as they create value, enhance the marketability of goods and give an edge to developing countries to promote exports and rural development, thus generating sustainability and inter-generational equity’³⁷. In addition, green GIs enable producers to secure the premium prices, which may be grounded on the fact that the relevant specification requires that the traditionally produced goods at stake are free from contaminants, such as herbicides and pesticides.

An example of a ‘Green’ EU GI specification is that of jersey royal potatoes, which indicates that ‘Growers stand their seed growing on the second shoot and by far the majority of the crop is planted by hand. While artificial fertilisers are used, locally collected seaweed is used extensively, not only does it provide an excellent source of organic fertiliser, the salt content of the seaweed it is believed does much to enhance the flavour’³⁸. Similarly, the EU GI specification of Arroz de Valencia indicates that ‘El uso de pesticidas en el arrozal valenciano está severamente controlado por las normas y leyes que protegen el Parque Natural de PAIbufera. A causa de la presencia de arroz salvaje o “rebordonit” es común la escarda manual para el control de hierbas adventicias’³⁹. Also, the EU GI specification of ‘Diepholz Moor Lamb’ indicates that ‘The Diepholzbr moorland sheep eat heather, bent, cotton grass, sedge and various herbs and grasses; also pine, birch, frán-

³⁶ R. COOMBE, S. IVES & D. HUIZENGA, *Geographical Indications: The Promise, Perils and Politics of Protecting Place-Based Products*, in *The Sage Handbook of Intellectual Property*, p. 210, available on the internet; B. UBERTAZZI, *EU Geographical Indications and Intangible Cultural Heritage*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2017, p. 1.

³⁷ R. COOMBE, S. IVES & D. HUIZENGA, *Geographical*, cit., p. 211.

³⁸ Clause 5.e), *Jersey Royal Potatoes Specifications*, p. 5, available on the internet.

³⁹ Clause e), *Pliego de condiciones de la d.o.p. ‘arroz de Valencia’*, p. 5, available on the internet.

gula and other woody plants. By means of selective herding, the sheep are pastured mainly on land on which no mineral fertiliser or plant protection product has been applied. Intensive fattening is not worthwhile and is not done, although in winter their feed is supplemented with feed produced on the farm⁴⁰. In these three examples of specifications, the capacity of GIs to recognize (and due to the nature of the GI itself, protect) positive environmental practices is clear. Although all three examples are GIs, other IPRs, including the regulations of collective trademarks, for instance, are no less capable of recognizing and protecting environmentally friendly practices.

Well-drafted IPRs can be flexible, combining traditional production methods with an environmental conscience, as shown by the EU GI specification of Café De Colombia, which indicates that ‘There are two methods for removing the mucilage: fermentation and mechanical removal, which uses the “Becolsub” machine, or environmentally-friendly wet-method processing of coffee⁴¹. ‘The process [...] known as the environmentally-friendly or Becolsub process, created by Cenicafé and approved by the Federation following analyses of its impact on the quality of the coffee, [...] consists of a similar wet process but considerably reduces the use of water, which is a scarce resource in some regions. Unlike the earlier method of removing mucilage by fermentation, here it is removed by the mucilage removal equipment designed by Cenicafé. Despite the fact that the environmentally-friendly method reduces water consumption it does not affect the characteristic quality of Café de Colombia⁴².

GIs also provide consumer confidence in the purity of traditional products, as well as in their traceability. Thus, while securing higher returns for producers, GIs play an important role in achieving rural development and the maintenance of rural landscapes⁴³. Even though environ-

⁴⁰ Clause 5. f), *Summary specifications of diepholz moor lamb pdo*, p. 3, available on the internet.)

⁴¹ Clause 2.3.31, *Specifications for the Protected Geographical Indication Café de Colombia*, p. 10, available on the internet.

⁴² Clause 5.2.80, *Specifications for the Protected Geographical Indication Café de Colombia*, p. 20, available on the internet.

⁴³ M. BLAKENEY, *Food Safety and Free Trade: Geographical Indications and Environmental Protection*, University of Western Australia, Faculty of Law Research Paper, 2017, available on the internet.

mental sustainability was not the primary aim of GIs development, since GIs ‘derive from local, including natural resources [...] environmental benefits are increasingly seen as a positive potential GI externality’⁴⁴. One example of the benefits that can indirectly arise from GIs is revealed in empirical studies of the European olive oil industry. Characterized by the extensive use of GIs, studies have revealed that this industry is ‘a good example of agriculture with many associated positive environmental impacts such as lower rates of soil erosion, improved fire-risk control, water efficiency, lower pollution and higher levels of biodiversity and genetic diversity in olive-tree varieties’⁴⁵.

In addition to recognizing and supporting positive environmental practices, the GI specification recognizes the community as bearers of knowledge about nature and essential actors in sustaining the environment. As such, the Indian GI specification of ‘Coorg Arabica Coffee’ is an example of how IPRs can support the second pillar of the ODs, ‘knowledge and practices concerning nature and the universe’. In particular, the specification indicates that the ‘modern method of cultivation in Coorg Coffee cultivation is an integral part of the lives of the people of Kodagu district and forms the backbone of the economy of the district till today. Increase in productivity levels is performed by judicious management of resources and taking advantage of favourable climatic conditions. The native method of cultivation is still followed but with the advent of new technology and improvement in agricultural science, few methods have been modernised. [...] Different soil management practices are also followed such as i) soil conservation measures, ii) soil moisture conservation measures and iii) drainage measures. Native methods like pruning, weeding and manuring is also followed for sustainable productivity of coffee’⁴⁶. In addition, the specification highlights that ‘the coffee farmers growing Arabica and Robusta under shade trees provide ecosystem services through their farms and protect biodiversity. The shade also means that there is natural mulching from the leaves that fall onto

⁴⁴ See BRAMLEY & BIENABE, cited in M. BLAKENEY, *Food Safety*, cit., p. 166.

⁴⁵ See BELLETI, MARESCOTTI & SANZ-CANADAET et al., cited in M. BLAKENEY, *Food Safety*, cit., p. 167.

⁴⁶ Clause 7 FORM G1-1 A: Application No. 604 for the registration of a geographical indication in Part A of the register, p. 5-6, available on the internet.

the ground, which in turn helps avoid the use of strong fertilizers and pesticides⁴⁷.

The Indian GI for Patachitra of Medinipur highlights how a community with an IPR that protects cultural practices which have a positive impact on the environment. The word ‘patachitra’ is derived from the Sanskrit term ‘patta’ (cloth) and ‘chitra’ (which means painting)⁴⁸. It is practised in several regions of India, with specific Patachitra styles originating in West Bengal and Odisha. Traditionally, the paintings have depicted mythological stories⁴⁹. The precise nature of this ‘cloth painting’ is set out in greater detail in the GI specification⁵⁰. Colour is a key quality of Medinipur Patachitra that is recognized in the specification, which states that ‘Five basic pigments -White (Sankha), Yellow (Hingula), Black (Kala), Brown (Khayeri), Indigo (Neela) and their combinations are used for colouring’⁵¹. As the specification goes on to note, ‘the materials used in the paint are from vegetable, earth and mineral sources’⁵². Traditional, environmentally-friendly paint is, therefore, an integral part of this practice. By stating that Medinipur patachitra must be made using materials sourced in this way the GI recognizes the patachitra community’s knowledge regarding environmentally-sourced paints.

4. *Community-based resilience during a pandemic*

The third and final pillar of the framework relates to ‘community-based resilience to natural disasters and climate change’. It is well known that cer-

⁴⁷ FORM G1-1 A: Application No. 604 for the registration of a geographical indication in Part A of the register, p. 8, available on the internet. Similarly, the EU GI specification for sierra de magina indicates that ‘los sistemas de no laboreo y semi-laboreo, suelen complementarse con técnicas de prevención de la erosión (pozas, ahoyado, aterrezado, albarradas, etc.)’: clause f, ‘expediente de la denominacion de origen (d.o.p) ‘sierra magina’, p. 11, available on the I nternet.

⁴⁸ Heritage-sensitive Intellectual Property & Marketing Strategies (HIPAMS), ‘Medinipur Patachitra’, available on the internet.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Geographical Indications Registry, ‘Bengal Patachitra’, available at on the internet.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

tain natural phenomena damaging ICH are strictly linked to human activity: such as deforestation, urbanization, acculturation and the development of unsustainable tourism. For instance, the element ‘Watertight-bulkhead technology of Chinese junks’ was inscribed by China in the Urgent Safeguarding List. This element permits the construction of ocean-going vessels with watertight compartments. Yet, its continuity and viability are at great risk today because wooden ships are being replaced by steel-hulled vessels, while the timber for their construction is in increasingly short supply⁵³. Other natural phenomena damaging ICH are not strictly linked to human activities, such as earthquakes and other emergencies situations

In pursuit of environmental sustainability efforts, UNESCO has also laid out a framework protecting ICH, including and especially that which concerns the environment during emergencies. Of relevance is the ‘Addendum to the Strategy for the Reinforcement of UNESCO’s Action for the Protection of Culture and the Promotion of Cultural Pluralism in the Event of Armed Conflict, concerning emergencies associated with disasters caused by natural and human-induced hazards, with a view to its adoption by the General Conference’. Of relevance is also the ‘Strategy for the Reinforcement of UNESCO’s Action for the Protection of Culture and the Promotion of Cultural Pluralism in the Event of Armed Conflict (hereinafter the Strategy)’. Both of these working documents address exactly this question of formal procedures for the protection of ICH during emergencies. Specifically, while the Strategy and Addendum act as policy frameworks, which are typically unchanging, the Action Plan is understood as a ‘living document, to be adjusted and enriched over time, in coordination and consultation with Member States, as deemed appropriate’⁵⁴.

The establishment of such formal provisions, which deal with ‘natural disasters’, including both ‘natural hazards’, such as ‘earthquakes’, and ‘human-induced disasters’, such as ‘fire or infrastructure fail’, is the result of two recent trends that have rendered such formal protections

⁵³ Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage, Fifth session, Nairobi, Kenya, November 15 to 19, 2010, 5.COM 5.2, para. 2.U2.

⁵⁴ UNESCO (2017) 39th General Conference, *Strategy for the reinforcement of UNESCO’s action for the protection of culture and the promotion of cultural pluralism in the event of armed conflict*, p. 1, available on the internet.

in times of emergency particularly prescient: a rise in natural disasters, and a growing understanding of the role of culture in times of disaster. In ‘recent decades’, for instance, there has been ‘an exponential rise in the number of disasters reported around the globe’⁵⁵. Disasters, such as the ‘earthquakes in Nepal (April 2015) and Ecuador (April 2016), or the fire at the Royal Palaces of Abomey, Benin (January 2015)’ demonstrate the damage done not only by the ‘loss of life and property’ that result from such emergencies but they also exemplify how vulnerable and exposed culture is, particularly when the ‘resources and planning’ required to protect such culture is lacking⁵⁶. Thus, emergencies have more than just ‘direct impacts on physical assets’, as they disrupt governance of the cultural sector, result in the theft and trafficking of cultural objects, disrupt ICH transmission, and contribute to the loss of traditional knowledge and practices.

An understanding of the gravity of such a ‘loss of culture’, which would subsequently result in a ‘loss of identity’ for the people and communities affected by such disasters, a ‘growing appreciation of the dual role of culture in disasters’ has emerged, thus helping to spur the establishment of these emergency provisions⁵⁷. That is, culture operates in the context of disaster both as a ‘key consideration in risk prevention’, and as a factor that contributes to ‘enhancing resilience’⁵⁸. Thus, cultural heritage, in both its tangible and intangible forms, is not understood merely as ‘passive resources liable to be affected and damaged by disasters’, but as cultural elements that may both act ‘proactive[ly]’ to assist in building ‘the resilience of communities and saving lives and properties from disasters’, while simultaneously serving as a source of comfort that may be used by communities in ‘post-disaster situations’ to cope with their experiences in such situations⁵⁹.

In order to protect such heritage and its crucial cultural and community functions, paying specific attention to the effects of disasters on communities, UNESCO has established programs for the areas of capacity building, awareness-raising, and advocacy, including the development

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

of resource materials, training workshops and technical assistance on the ground' to protect cultural heritage⁶⁰. Furthermore, and particularly in relation to ICH, such programs prioritize the role of 'local communities', who serve as the 'key to an effective management of disaster risks and are bearers of relevant ICH knowledge and practices for DRR and for coping with emergencies'⁶¹. Thus, UNESCO supports the full integration of such ICH bearers 'into the overall governance and policy-making processes for DRR planning, mitigation, and recovery at the national and local levels'⁶². Furthermore, UNESCO welcomes State Parties to 'initiate dialogue with relevant UN and international bodies with a view to highlighting the threats to intangible cultural heritage in emergencies, including in cases of armed conflict, post-conflict situations and natural disasters'⁶³.

Among the plethora of natural disasters stand pandemics. The World Health Organization defines a 'pandemic' as 'the worldwide spread of a new disease'⁶⁴. Past pandemics, caused by viruses, have typically emerged from animal influenza viruses⁶⁵. A relevant example is that of the Coronavirus (COVID-19) outbreak and subsequent spread across the globe. The outbreak of the virus in Wuhan, China in December 2019 and its rapid pace of spread across borders led the World Health Organisation (WHO), on 11 March 2020, to characterise COVID19 as a pandemic⁶⁶. In response to the WHO's declaration of COVID-19 as a pandemic, governments worldwide began the imposition of extraordinary lockdown and social distancing conditions in a bid to curb the virus. On 2 April 2020, the European Commission proposed 'far-ranging measures to mobilise every euro of the EU budget to protect lives and livelihoods'⁶⁷. On

⁶⁰ *Ibidem*, p. 3.

⁶¹ *Ibidem*, p. 4.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ UNESCO, Decision of the Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage: Thirteenth Session, Port Louis, November 26-1 December 2018, 13.COM 11, available on the internet.

⁶⁴ World Health Organization (WHO), *What is a pandemic?*, available on the internet.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ World Health Organization, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020*, available on the internet.

⁶⁷ European Commission, *Coronavirus response* (see 'Economy'), available on the internet.

6 April 2020, the Commission announced that approximately 8 billion euros were to be provided by way of immediate relief to small and medium-sized businesses across the EU⁶⁸. In its COVID-19 Strategic Preparedness and Response Plan, the WHO emphasised that support would be ‘prioritised to countries with weak health systems’⁶⁹. The organisation’s COVID-19 Solidarity Response Fund was established to target, among other things, accelerating efforts for vaccine development, ensuring patients receive adequate health care and the shipment of essential medical supplies such as masks and gloves⁷⁰.

With the ongoing state of the pandemic, it became clear that the impact of COVID-19 moved beyond the strain on the global economy and healthcare system. As a consequence of the far-reaching lockdown measures on a global scale, festivals and cultural events were cancelled or postponed. Cultural practices and traditional rituals were restricted. In these circumstances, adaptability and knowledge sharing proved significant.

UNESCO responded to the pandemic through several initiatives. UNESCO Assistant Director-General for Culture, Ernesto Ottone, recognised that amid the COVID-19 pandemic, ‘a concerted and global effort to support artists and ensure access to culture for all’ was needed⁷¹. To this end, on 2 April 2020, UNESCO Assistant Director-General for Culture, Ernesto Ottone, sent a letter to the Ministers of Culture extending an invitation to participate in the first virtual meeting of the Ministers. The meeting was held on 22 April 2020, the purpose of which was twofold. Firstly, the meeting stimulated discussion amongst the Ministers on the impact of the pandemic on the cultural sector. Secondly, the meeting was an opportunity for UNESCO to gather recommendations within the framework of the Ministers’ respective policies. Furthermore, with respect to rural communities, which do have readily available virtual technologies, UNESCO noted that ‘[e]nsuring culture is accessible to communities without Internet access, including indigenous peoples, will

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ World Health Organization, *Updated Country Preparedness and Response Status for COVID-19 as of 7 April 2020*, available on the internet.

⁷⁰ World Health Organization, *COVID-19 Solidarity Response Fund*, available on the internet.

⁷¹ UNESCO, *In moments of crisis, people need culture*, available on the internet.

require that we embrace analog tools, such as community radio⁷². Here, accessibility also referred to the ability of artists to access the global market and receive fair remuneration for their work. In line with UNESCO's mission to enhance access to culture during periods of self-isolation and confinement, the social media campaign #ShareCulture was launched, the purpose of which was to encourage the sharing of culture and creativity online⁷³. The UNESCO platform, World Heritage Journeys in Europe, was another means through which people were able to explore culture from their homes⁷⁴.

With respect to ICH, UNESCO has responded with specific initiatives. For instance, UNESCO initiative for sharing living heritage experiences⁷⁵, was launched which sought to enhance 'learning about safeguarding living heritage in the context of COVID-19' and encourage mutual learning among communities⁷⁶. By directly calling for the voices of communities, groups and individuals through a survey, the initiative reaffirmed the notion of these actors as the bearers of knowledge about nature and the universe. In its commitment to bringing culture to life, for instance, the Regional Centre for the Safeguarding of ICH in South-Eastern Europe under the auspices of UNESCO⁷⁷ joined the State Culture Institute to the Minister of Foreign Affairs in their #StayHome Initiative. Part of this initiative included publishing to Facebook, the Centre's "Living Treasures" series, timed following the Bulgarian National Television. The four episodes centered on the traditional crafts, the Martenitsa, the Nestinarstvo and the Surova folk feast. Through this initiative, the Centre sought to reach people remotely and actively safeguard the ICH in all 16 member states.

Among the cultural institutions impacted by the COVID-19 pandemic are museums. Museums play a key role for practitioners and their

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ UNESCO World Heritage Centre, *World Heritage Journeys of Europe*, available on the internet.

⁷⁵ UNESCO, *Living heritage experiences in the context of the COVID-19 pandemic*, available on the internet.

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ See Regional Centre for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage in South-Eastern Europe, available on the internet.

efforts of passing on their cultural heritage to future generations. Traditionally, museums with luthiery collections can balance heritage management, ICH safeguarding and use or access to collections⁷⁸. At an international policy level, the importance of museums for protecting and promoting both tangible and intangible heritage has been identified by the Council of Europe, which called for sustainable use of cultural heritage in its 2005 Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society, and by UNESCO 2015 Recommendation concerning the Protection and Promotion of Museums and Collections⁷⁹. To this end, museums are capable of developing integrated strategies which balance heritage management and ICH safeguarding.

The traditional role of museums continues to evolve in light of new technologies and the increasingly innovative cultural sector. Digital techniques, such as virtual/augmented reality, can enhance access specifically to luthiery-related collections⁸⁰. Virtual Reality (VR) and Augmented Reality (AR) seek to enhance access to collections, using Intuitive Human-Computer interaction interfaces. This can help visitors (especially those with disabilities) interact virtually with 3D models of the instruments and luthiery collections, and access related information about their components, functions and history. It can also provide more detailed digital interfaces for luthiers, scientific and conservation specialists. While a difficult question to answer, it is important to consider whether these alternative technologies are contemptible with safeguarding ICH. UNESCO continues to study the role of museums in safeguarding ICH including within the context of digitization.

In the context of the COVID-19 pandemic, a number of initiatives and campaigns were introduced in response to the closure of museums. UNESCO, with the support of the International Council of Museums

⁷⁸ J. BLAKE, *Museums and Safeguarding Intangible Cultural Heritage – Facilitating Participation and Strengthening their Function in Society*, in *International Journal of Intangible Heritage*, 2018, p. 18-37.

⁷⁹ UNESCO, *Recommendation concerning the Protection and Promotion of Museums and Collections, their Diversity and their Role in Society*, available on the internet.)

⁸⁰ M. K. BEKELE, R. PIERDICCA, E. FRONTONI, E. S. MALINVERNI & J. GAIN, *A Survey of Augmented, Virtual, and Mixed Reality for Cultural Heritage*, in *Journal on Computing Cultural Heritage*, 2018, Art. 7.

(ICOM), is working to measure the impact of the pandemic on the museum sector⁸¹. Furthermore, the Network of European Museum Organisations (NEMO) carried out a survey to discern how COVID-19 has impacted museum budgets and operations and how museums have reorganised their structures to cope⁸². The results highlighted, among other things, the drastic loss of income for many museums and the need for European, national, regional and local bodies to provide adequate support to mitigate the losses of museums all over Europe⁸³. The survey also found that more than 60% of the museums that participated in the survey have increased their online presence⁸⁴. In Cremona, the Museum of Violin Foundation responded to the closure of its museum with intensified social networking and training programs. To allow for long-distance learning, teaching materials were distributed to music teachers to be used for virtual lessons and producing videos. On Easter Sunday, in the deserted Arvedi Auditorium, the regional broadcaster was used to transmit a special hearing with the Stradivari violin, a “Cremonese” symbol of the city, dedicated to all citizens. The violin used in this hearing was the first Stradivarius, purchased in 1961 by Cremonese public bodies. Through these initiatives, communities adapt and remain resilient during times of pandemic and the subsequent restriction of ICH.

While a number of initiatives introduced amid the pandemic were related to instruments, objects and artefacts they were nevertheless associated with intangible cultural heritage. Furthermore, the utilization of virtual modes of technology demonstrated how ICH may be adapted during times of pandemics in order to increase accessibility for communities and the wider public and spread awareness at the local, national and international levels⁸⁵. The Amplifier Art Lab, based in the United States, launched an emergency campaign with top curators and public health

⁸¹ UNESCO, Museums facing COVID-19 challenges remain engaged with communities, available on the internet.

⁸² Network of European Museum Organisations (NEMO), *NEMO publishes results of survey on the impact of the corona crisis on museums in Europe*, available on the internet.

⁸³ Network of European Museum Organisations, *Survey on the impact of COVID-19 situation on museums in Europe*, available on the internet.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Government of Canada, *Digitizing Intangible Cultural Heritage: A How-To Guide*, available on the internet.

advisors around the world. The campaign released a global open call for artworks that exhibit health and safety messages or symbols which could promote mental health, well-being and social change. The objective was to ‘flatten the curve through education’⁸⁶. In Romania, the National Institute for Cultural Research and Training released a paper on ‘Monitoring the cultural domain in Romania during the Covid-19 crisis’⁸⁷. The paper highlighted the changes to ‘cultural consumption’ due to the pandemic, namely, the ‘transfer of cultural consumption from offline to online, a transformation of public consumption into non-public consumption’⁸⁸. While this has the benefit of increasing ‘accessibility of the cultural act’, it also leads to the replacement of cultural experience as the relationship between the public and the artist and their artistic act⁸⁹. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) launched a series of webinars to discuss the short and long-term impacts of COVID-19 on cultural and creative sectors. The webinars set out to explore the importance of sustainable business models for the sector’s survival during and after the crisis⁹⁰. These webinars were complemented with intensive training in the form of a virtual Summer Academy on Cultural and Creative Industries (CCIs) and Local Development. One of the objectives of the Summer Academy was to ‘promote online and offline social networks to exchange knowledge, practical experiences and work methodologies on CCIs and local development’. In Italy, the Ministry of Cultural Heritage and Activities and Tourism launched the “ArT you ready?” digital flash mob⁹¹. The campaign invited users of the famous social network Instagram, photographers, enthusiasts and visitors to publish photos taken inside museums, libraries, archaeological parks and archives for an entire day using the hashtags #artyouready and #emptymuseum⁹². It is impor-

⁸⁶ Amplifier, *Global Open Call for Art: Mental Health & Public Safety*, available on the internet.

⁸⁷ Institute for Cultural Research and Training, *Monitoring the cultural domain in Romania during the Covid-19 crises*, available on the internet.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ OECD, *Coronavirus (COVID-19) and cultural and creative sectors: impact, innovations and planning for post-crisis*, available on the internet.

⁹¹ See Ministry of Cultural Heritage and Activities and Tourism (MiBACT), available on the internet.

⁹² Ministry of Cultural Heritage and Activities and Tourism (MiBACT), “ArT

tant to bear in mind there are associated challenges with the digitization of ICH. While there is value in the digitization of public domain cultural works, including preservation and increased accessibility⁹³, there also important issues such as ethical use and misappropriation which must be taken into account.

5. *Conclusion*

The framework established by Operational Directives for the Implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage demonstrates the relationship between ICH and environmental sustainability. The first pillar relates to 'environmental impacts in the safeguarding of intangible cultural heritage'. The second pillar relates to 'knowledge and practices concerning nature and the universe'. The final pillar concerns 'community-based resilience to natural disasters and climate change'. In line with the first and second pillar, intellectual property rights, particularly, geographical indications, support environmentally friendly practices and recognise the community as bearers of knowledge about nature and essential actors in sustaining the environment. In line with the third and final pillar, in the context of COVID-19 pandemic, UNESCO and other organisations such as OECD implemented initiatives to support states and communities to safeguard their ICH in order to ensure its viability. Among these initiatives were those related to digitization, VR and AR, with a particular view to strengthening the role of museums as crucial cultural institutions for the safeguarding of culture and the wellbeing of society. For museums, the goal would be to render these institutions as capable of developing integrated strategies for safeguarding not only collections and tangible objects but also intangible heritage and its viability.

you ready?"). The new MiBACT campaign passes through Instagram, available on the internet.)

⁹³ Government of Canada, *Digitizing* cit.

Abstract

*Cultural heritage – Environmental damage
Climate change – Public health and safety*

The Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage was adopted within the framework of UNESCO in October 2003. Article 2 of the Convention provides that ICH must be compatible with sustainable development. The four intertwined dimensions of sustainable development are: society, environment, culture and economy. The paper focuses on environmental sustainability. Chapter 6 of the Operational Directives for the Implementation of the Convention establishes a framework related to 'environmental sustainability'. The framework consists of three pillars. The first pillar relates to 'environmental impacts in the safeguarding of intangible cultural heritage'. The second pillar relates to 'knowledge and practices concerning nature and the universe'. The final pillar concerns 'community-based resilience to natural disasters and climate change'. In line with the first and second pillar, intellectual property rights, particularly, geographical indications, support environmentally friendly practices and recognise the community as bearers of knowledge about nature and essential actors in sustaining the environment. In line with the third pillar, in the context of COVID-19 pandemic, UNESCO and other organisations such as OECD are implementing initiatives to support states and communities to safeguard their ICH in order to ensure its viability. Among these initiatives are those related to digitization, VR and AR, with a particular view to strengthening the role of museums as crucial cultural institutions for the safeguarding of culture and the wellbeing of society. For museums, the goal would be to render these institutions as capable of developing integrated strategies for safeguarding not only collections and tangible objects but also intangible heritage and its viability.

Il caso dell'espansione (bloccata) dell'aeroporto di Heathrow: un passo avanti per il “contenzioso climatico”?

ELENA CARPANELLI**

Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), R. (on the application of Plan B Earth) v. Secretary of State for Transport, [2020] EWCA Civ 214, sentenza del 27 febbraio 2020.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La vicenda processuale. – 3. La decisione della Corte d'appello in merito al rispetto degli impegni assunti dal Regno Unito sul piano internazionale: un precedente significativo per l'applicazione dell'Accordo di Parigi? – 4. *Segue*: il (mancato) riferimento agli obblighi di protezione derivanti dai trattati sui diritti umani. – 5. La sentenza della Corte d'appello nel caso R. (*on the application of Planet B Earth*) c. *Secretary of State* alla luce dei recenti sviluppi nella giurisprudenza delle corti interne in tema di cambiamento climatico. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Cenni introduttivi*

Con sentenza resa il 27 febbraio 2020 nel caso R. (*on the application of Planet B Earth*) c. *Secretary of State*, la *Court of Appeal of England and Wales* (sezione civile) ha ritenuto che il piano per la costruzione di una terza pista all'aeroporto di Heathrow, previsto nell'*Airport National Policy Statement: New runway capacity and infrastructure at airports in the South East of England* (d'ora in avanti 'ANPS') e, in particolare, la designazione

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

** Ricercatore in diritto internazionale, Università di Parma.

di quest'ultimo da parte del Segretario di Stato per il trasporto come politica nazionale ai sensi del *Planning Act 2008*¹ fossero affetti da un vizio procedurale. Nel processo di designazione, l'autorità competente non aveva, infatti, preso in debita considerazione gli impegni di riduzione delle emissioni inquinanti assunti dal Regno Unito attraverso la ratifica dell'Accordo di Parigi². I giudici britannici, pur non escludendo l'ampliamento dell'aeroporto di Heathrow in futuro, hanno, dunque, chiarito che ogni piano in tal senso non potrà prescindere dagli accordi raggiunti in materia di lotta al cambiamento climatico a livello internazionale. L'espansione del principale aeroporto londinese ha così subito una battuta d'arresto.

La decisione in esame è stata definita "storica" dalle associazioni ambientaliste promotrici dell'azione processuale. Per *Friends of the Earth*, tale sentenza costituisce "a massive climate justice win for present and future generations"³. *Plan B Earth* ha dichiarato, inoltre, che tale pronuncia "will be hugely influential across the UK and around the world"⁴.

Pur nell'incertezza legata all'esito di un possibile ricorso dinnanzi alla Corte suprema, la sentenza in commento rappresenta, in effetti, l'ultimo esempio, in ordine di tempo, di come il potere giudiziario possa ovviare alla riluttanza dell'esecutivo a perseguire obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti imponendo il rispetto degli impegni assunti sul piano internazionale⁵. In questa prospettiva, i giudici britannici sembrano

¹ Si veda *Airport National Policy Statement: new runway capacity and infrastructure at airports in the South East of England* del 26 giugno 2018.

² *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)*, R. (*on the application of Plan B Earth*) c. *Secretary of State for Transport*, [2020] EWCA Civ 214, sentenza del 27 febbraio 2020. L'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico è stato adottato il 12 dicembre 2015 ed è entrato in vigore il 4 novembre 2016. Il Regno Unito ha ratificato l'Accordo di Parigi il 18 novembre 2016. Sull'Accordo di Parigi e sulla sua natura giuridica si rinvia, *ex multis*, a D. BODANSKY, *The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?*, in *American Journal of International Law*, 2016, pp. 288-319 e a ID., *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2016, pp. 142-150.

³ Si veda "Heathrow third runway: UK government actions rules 'illegal'", 27 febbraio 2020, reperibile sulla rete interconnessa.

⁴ Si rimanda a "Heathrow third runway decision: what happened and what does it mean?", 27 febbraio 2020, reperibile sulla rete interconnessa.

⁵ Il riferimento è, tra l'altro, alle pronunce delle corti olandesi nel noto caso *Urgenda*. Si veda, da ultimo, Corte suprema olandese, *Olanda c. Urgenda*, sentenza del 20 dicembre 2019. Per un commento si rinvia, tra gli altri, a A. NOLLEKAEMPER, L.

confermare la funzione supplementare che gli organi giudiziari nazionali possono svolgere nel garantire efficacia e nel chiarire la portata di tali impegni⁶.

Allo stesso tempo, però, tale pronuncia dimostra come il contenzioso interno in materia ambientale si caratterizzi per una diversità di approcci, che non è riconducibile esclusivamente alle peculiarità del caso in esame o ai diversi requisiti procedurali imposti dal diritto nazionale. Ad esempio, la decisione dei giudici britannici si distingue rispetto ad altre sentenze nazionali in materia ambientale per l'assenza di riferimenti, in chiave interpretativa, agli obblighi internazionali di protezione dei diritti umani⁷. Ciò nonostante prese di posizione in tal senso fossero state sollecitate nel corso del procedimento⁸.

Il presente contributo, dopo avere brevemente ricostruito la vicenda processuale connessa all'espansione dello scalo aeroportuale di Heathrow, intende approfondire il ragionamento seguito dalla Corte d'appello con riferimento all'identificazione e all'applicazione degli strumenti di diritto internazionale rilevanti, nonché svolgere alcune riflessioni alla

BURGES, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case*, in *EJIL:Talk!*, 6 gennaio 2020. Sulle sentenze di primo e secondo grado, si rinvia, invece, a T. SCOVAZZI, *L'interpretazione e l'applicazione "ambientalista" della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso "Urgenda"*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2019, pp. 619-632. Si vedano anche la sentenza della Corte suprema della Colombia del 5 aprile 2018 nel caso STC4360-2018 e la sentenza della *New South Wales Land and Environment Court* nel caso *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning*, [2019] NSWLEC 7, dell'8 febbraio 2019.

⁶ Sul tema si vedano, *ex multis*, D. BODANSKI, J. BRUNNÉE, *The Role of National Courts in the Field of International Environmental Law*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 1998, pp. 11-20; M. ANDERSON; P. GALIZZI (eds.), *International Environmental Law in National Courts*, Londra, 2002; B. Preston, *The Evolving Role of Environmental Rights in Climate Change Litigation*, in *Chinese Journal of Environmental Law*, vol. 2, 2018, pp. 131-164; A.-J. SAIGER, *Domestic Courts and the Paris Agreement's Climate Goals: The Need for a Comparative Approach*, in *Transnational Environmental Law*, 2020, pp. 37-54.

⁷ Il riferimento è, ad esempio, alla già citata sentenza della Corte suprema olandese nel caso *Urgenda*. Sull'importanza crescente attribuita alla tutela dei diritti umani nel contesto del contenzioso interno in materia di cambiamento climatico, si rinvia, tra gli altri, a J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, pp. 37-67.

⁸ Si veda *infra*, par. 1.

luce dei più recenti sviluppi nell'ambito del contenzioso interno in materia di cambiamento climatico.

2. *La vicenda processuale*

La vicenda che ha condotto alla sentenza in commento trae origine dalla decisione del governo britannico di espandere l'aeroporto di Heathrow allo scopo di incrementarne la capacità e, conseguentemente, rafforzare la posizione del Regno Unito come “*leading hub*” del trasporto aereo internazionale. Notoriamente, l'aeroporto di Heathrow è lo scalo con maggior traffico in Europa e uno dei più congestionati al mondo.

La liceità della designazione nel 2018 dell'ANSP come politica per lo sviluppo di un progetto infrastrutturale di portata nazionale, consistente nella costruzione di una terza pista all'aeroporto di Heathrow, veniva immediatamente contestata e sottoposta a un controllo giurisdizionale attraverso una serie di ricorsi, promossi, tra l'altro, da autorità locali, tra cui il sindaco di Londra, e da organizzazioni non governative⁹.

In quattro di questi, i ricorrenti sostenevano che il processo decisionale concernente l'espansione dell'aeroporto di Heathrow fosse incompatibile con la normativa applicabile per molteplici motivi, tra cui la mancata considerazione degli impegni di riduzione della concentrazione di gas serra nell'atmosfera assunti dal Regno Unito con la ratifica dell'Accordo di Parigi¹⁰. Gli attori ritenevano che, nel prendere in esame solo il *Climate Change Act 2008*, il Segretario di Stato avesse violato il *Planning Act 2008*, che richiede di spiegare in che modo un progetto infrastrutturale di portata nazionale “*takes account of Government policy relating to*

⁹ La decisione del Segretario di Stato di espandere l'aeroporto di Heathrow è stata oggetto di cinque ricorsi. Quattro di questi sono stati promossi dal distretto londinese di Hillingdon (dove è situato l'aeroporto di Heathrow), da quattro distretti adiacenti a quest'ultimo, dal sindaco di Londra, dalle organizzazioni non governative *Greenpeace*, *Friends of the Earth* and *Plan B Earth*, e da un privato cittadino. Il quinto ricorso è stato promosso dai sostenitori di un progetto alternativo, che prevedeva l'estensione di una delle piste già esistenti a Heathrow.

¹⁰ Tutte le argomentazioni dei ricorrenti sono riportate in appendice alla decisione del tribunale di primo grado. Si rimanda a *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Spurrier and Ors. c. Secretary of State for Transport*, [2019] EWHC 1069 e 1070 (Admin), sentenza del 1° maggio 2019.

the mitigation of, and adaptation to, climate change"¹¹. Il *Climate Change Act 2008* stabilisce una riduzione delle emissioni inquinanti dell'80 per cento rispetto ai valori del 1990 entro il 2050; l'Accordo di Parigi persegue, invece, l'obiettivo di mantenere l'aumento della temperatura media globale "ben al di sotto" dei 2° centigradi rispetto al periodo preindustriale e di limitare l'aumento massimo della temperatura a 1,5° centigradi¹². Ad avviso dei ricorrenti, non vi era dubbio che gli impegni derivanti dall'Accordo di Parigi rientrassero, al momento dell'adozione dell'ANPS, nella "*Government policy*" in materia di lotta al cambiamento climatico e che, come tali, fossero rilevanti nell'ambito del processo decisionale. Inoltre, i ricorrenti ritenevano che la condotta del Segretario di Stato fosse incompatibile anche con lo *Human Rights Act 1998*, che impone un'interpretazione e un'applicazione delle leggi, incluso il summenzionato *Planning Act 2008*, conformi alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ('Convenzione europea dei diritti umani')¹³. I promotori del procedimento richiedevano così al tribunale, seppur implicitamente, di prendere in esame gli obblighi positivi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani nell'interpretare il *Planning Act 2008*¹⁴.

In uno dei quattro procedimenti, il proponente, che era un privato cittadino (Sig. Spurrier), sosteneva, inoltre, che, a causa dell'impatto negativo dell'espansione di Heathrow sulla qualità dell'aria e sul rumore, la designazione dell'ANSP da parte del Segretario di Stato violasse i diritti di proprietà e al rispetto della vita privata e familiare dei residenti, tutelati, rispettivamente, dall'art. 1 del Protocollo n° 1 alla Convenzione europea dei diritti umani e dall'art. 8 della medesima Convenzione.

Altri motivi di ricorso concernevano presunte violazioni di direttive dell'Unione europea trasposte nell'ordinamento interno, in particolare

¹¹ *Planning Act 2008*, sezione 5(8).

¹² Art. 2(a) dell'Accordo di Parigi.

¹³ Adottata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953. Il Regno Unito ha ratificato la Convenzione europea dei diritti umani l'8 marzo 1951.

¹⁴ Sul tema si rinvia, *ex multis*, a H-E. Heiskanen, *Climate Change and the European Court of Human Rights: Future Potentials*, in S. DUYCK, S. JODOIN, A. JOHL (eds.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Abingdon, New York, 2018, pp. 319-324 e B. BOER, *Environmental Law Dimensions of Human Rights*, Oxford, 2015.

la direttiva *Habitat*¹⁵, la direttiva sulla Valutazione Ambientale Strategica ('VAS')¹⁶ e la direttiva sulla qualità dell'aria¹⁷.

Il 1° maggio 2019, il tribunale di prima istanza rigettava i quattro ricorsi, in quanto improcedibili¹⁸. Con riferimento all'Accordo di Parigi, i giudici britannici sottolineavano come lo stesso non vincolasse gli Stati parte, ma lasciasse loro ampia discrezionalità nella scelta delle misure da adottare per raggiungere gli obiettivi di riduzione del riscaldamento globale¹⁹. Il tribunale negava, pertanto, che il Segretario di Stato avesse l'obbligo di prendere in considerazione tale Accordo, poiché, in assenza di una sua incorporazione nell'ordinamento britannico e/o di un emendamento della normativa vigente, non ancora intervenuta al momento della designazione dell'ANSP, solo il *Climate Change Act 2008* forniva parametri precisi, fissati per legge, da rispettare²⁰. Secondo il tribunale, inoltre, lo *Human Rights Act 1998* non poteva costituire uno strumento interpretativo supplementare nel caso di specie, poiché il significato letterale dell'espressione "*Government policy*", per come meglio illustrato *infra*²¹, risultava chiaro, escludendo gli impegni assunti attraverso l'Accordo di Parigi²².

Il tribunale rigettava altresì la tesi dell'asserita violazione della Con-

¹⁵ Direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992 relativa alla conservazione degli habitat naturali e semi-naturali e della flora e della fauna selvatiche, GU L 206 del 22 luglio 1992, p. 7.

¹⁶ Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001 concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, GU L 197 del 21 luglio 2001, p. 30.

¹⁷ Direttiva 2008/50/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa, GU L 152 dell'11 giugno 2008, p. 1.

¹⁸ *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Spurrier and Ors. c. Secretary of State for Transport*, [2019] EWHC 1069 e 1070 (Admin), cit. Per quanto concerne, invece, la decisione sul quinto ricorso relativo al progetto alternativo, si veda *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), Heathrow Hub Ltd. & Anor, R (on the application of) c. Secretart of State for Transport*, [2020] EWCA Civ 213, sentenza del 27 febbraio 2020.

¹⁹ *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Spurrier and Ors.*, cit., par. 607 ss.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Si rimanda, in particolare, ai paragrafi 3 e 4 del presente contributo.

²² *Ibid.*, par. 621 ss.

venzione europea dei diritti umani. Ad avviso dei giudici britannici, anche se fosse stato possibile identificare le presunte “vittime”, la natura relativa dei diritti richiamati, che ammette la possibilità di restrizioni nel godimento dei medesimi nell’interesse pubblico, anche per motivi di benessere economico²³, ne avrebbe escluso la violazione nel caso di specie²⁴. Nel raggiungere tale conclusione, il tribunale reiterava il ragionamento già seguito in una precedente sentenza del 2018, con cui un tribunale amministrativo britannico aveva escluso la possibilità di far discendere dalla Convenzione europea dei diritti umani un obbligo per il governo di rendere più stringenti i limiti di riduzione delle emissioni inquinanti previsti dalla normativa nazionale²⁵. Infine, il tribunale accertava la compatibilità con il diritto dell’Unione europea della decisione di designazione dell’ANSP da parte del Segretario di Stato.

A seguito dell’impugnazione della sentenza di primo grado da parte dei ricorrenti, ad eccezione del Sig. Spurrier, la controversia veniva sottoposta alla *Court of Appeal of England and Wales*. La Corte era chiamata a decidere su tre questioni principali, concernenti l’osservanza, rispettivamente, della direttiva Habitat, della direttiva VAS e degli impegni derivanti dall’Accordo di Parigi²⁶. Con riferimento alla prima questione, i ricorrenti sostenevano che il governo britannico avesse violato la normativa rilevante per non avere preso in considerazione “soluzioni alterna-

²³ L’art. 8, par. 2, della Convenzione europea dei diritti umani recita: “there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”. L’art. 1 del Protocollo n° 1 alla Convenzione europea dei diritti umani (Parigi, 20 marzo 1953) prevede che: “The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.

²⁴ *High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Divisional Court, Spurrier and Ors.*, cit., par. 661 ss.

²⁵ *High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Administrative Court, Plan B Earth and Ors. c. Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, [2018] EWHC 1892 (Admin.), sentenza del 20 luglio 2018.

²⁶ *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), R. (on the application of Plan B Earth) c. Secretary of State for Transport*, cit., par. 10.

tive²⁷. Alla Corte veniva, inoltre, richiesto di accertare se, nel designare l'ANPS senza prendere in considerazione il rapporto tra l'ANSP e altri progetti, le caratteristiche ambientali dell'area e gli impegni derivanti dall'Accordo di Parigi, il Segretario di Stato avesse violato la direttiva VAS²⁸. Infine, i ricorrenti lamentavano l'errata valutazione, da parte del tribunale di primo grado, della portata degli impegni assunti dal Regno Unito sul piano internazionale, con particolare riferimento all'Accordo di Parigi, e reiteravano, a tal fine, quanto già argomentato in sede di giudizio di prima istanza²⁹.

Il 4 ottobre 2019, la Corte di appello autorizzava WWF-UK a intervenire nell'ambito del procedimento. L'organizzazione suggeriva un'interpretazione dell'espressione "sviluppo sostenibile", contenuta nel già richiamato *Planning Act* 2008, alla luce delle norme internazionali, in particolare della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino³⁰. Ad avviso di WWF-UK, il Segretario di Stato, che, ai sensi della normativa richiamata, ha il compito di esercitare le proprie funzioni allo scopo di garantire lo sviluppo sostenibile³¹, avrebbe tenuto una condotta incompatibile con tale finalità. Il concetto di sviluppo sostenibile, ove interpretato alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino, richiederebbe, infatti, di compiere scelte che coinvolgono i minori guidati dal superiore interesse di quest'ultimi³² e imporrebbe il rispetto del loro diritto alla salute³³.

La sentenza d'appello né ravvisava l'incompatibilità tra la condotta del Segretario di Stato e il diritto dell'Unione europea né accoglieva le argomentazioni di WWF-UK, ritenendo non necessario prendere in esame queste ultime, in quanto presentate a sostegno delle pretese delle parti ricorrenti, che potevano già essere accolte su altre basi. La Corte accertava, infatti, l'illiceità della designazione dell'ANSP in ragione della

²⁷ *Ibid.*, par. 11.

²⁸ *Ibid.*, par. 12.

²⁹ *Ibid.*, par. 13.

³⁰ Adottata a New York il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore il 2 settembre 1990. Il Regno Unito ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino il 16 dicembre 1991.

³¹ *Planning Act* 2008, punto 10(2).

³² Art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino.

³³ *Ibid.*, art. 24.

mancata considerazione degli impegni assunti dal Regno Unito attraverso la ratifica dell'Accordo di Parigi. L'analisi che segue si concentrerà su quest'ultimo profilo.

3. *La decisione della Corte d'appello in merito al rispetto degli impegni assunti dal Regno Unito sul piano internazionale: un precedente significativo per l'applicazione dell'Accordo di Parigi?*

L'Accordo di Parigi adotta un approccio “*bottom-up*”, lasciando agli Stati parte un ampio margine di discrezionalità nello stabilire il loro contributo alla lotta al cambiamento climatico³⁴. A differenza del Protocollo di Kyoto alla Convenzione-quadro sulla lotta al cambiamento climatico³⁵, che fissava obblighi vincolanti di riduzione delle emissioni inquinanti a carico degli Stati più industrializzati, l'Accordo di Parigi prevede, infatti, l'adozione su base volontaria e autonoma di obiettivi di mitigazione volti a raggiungere un'aspirazione condivisa (il già richiamato aumento della temperatura media ben al di sotto dei 2° centigradi)³⁶. Gli Stati si impegnano poi a rispettare gli obiettivi determinati a livello nazionale (*nationally determined contributions*)³⁷.

Nonostante la portata e la natura dell'Accordo di Parigi e la discrezionalità spettante agli Stati parte siano stati oggetto di discussione e negoziazione³⁸, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere che tale strumento ponga in capo agli Stati un obbligo di diligenza (*due diligence*) con riferimento al raggiungimento degli obiettivi fissati a livello nazionale e, conseguentemente, delle aspirazioni convenzionali³⁹. L'Accordo di Pari-

³⁴ Per un'analisi approfondita della struttura e del contenuto dell'Accordo di Parigi si rinvia a M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, pp. 719-755. Si rinvia anche a F. ROMANIN JACUR, *L'Accordo di Parigi e i passi avanti della cooperazione multilaterale sul clima*, in *SIDIBlog*, 13 gennaio 2016.

³⁵ Adottato a Kyoto l'11 dicembre 1997 ed entrato in vigore il 16 febbraio 2005.

³⁶ Accordo di Parigi, art. 3.

³⁷ *Ibid.*, art. 4(2).

³⁸ Si veda, tra i contributi più recenti, L. RAJAMANI, D. BODANSKI, *The Paris Rulebook: Balancing International Prescription with National Discretion*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, 2019, pp. 1023-1040.

³⁹ Si veda, tra gli altri, S. T. ZAMAN, *Exploring the Legal Nature of Nationally*

gi, pur rientrando nella definizione di “trattato” ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati⁴⁰, contiene, infatti, numerose disposizioni di carattere sostanziale che non stabiliscono alcun obbligo di natura vincolante *stricto sensu* a carico degli Stati che l’hanno ratificato⁴¹.

A differenza del tribunale di primo grado, la Corte d’appello ha evitato di pronunciarsi sulla natura giuridica e sulla portata dell’Accordo di Parigi, sulla compatibilità con lo stesso delle misure adottate dal Regno Unito alla luce del *Climate Change Act 2008*, nonché sugli effetti della mancata incorporazione di tale trattato nell’ordinamento giuridico interno. Sotto questo profilo, la sentenza in commento non costituisce prassi rilevante né offre spunti significativi che possano assistere nel definire meglio il contenuto dell’Accordo di Parigi⁴².

Ciò nonostante, la pronuncia in esame è significativa nella misura in cui rappresenta una dimostrazione concreta dell’impatto che gli impegni assunti attraverso l’Accordo di Parigi, pur non costituendo obblighi vincolanti direttamente applicabili nell’ordinamento giuridico interno degli Stati parte, possono esercitare, per il tramite del diritto nazionale, sull’adozione di decisioni governative rilevanti per la lotta al cambiamento climatico. A tal proposito, la Corte d’appello si è concentrata sul significato dell’espressione “*Government policy*”, contenuta nel *Planning Act 2008*, e, più specificamente, sulla possibilità di farvi rientrare gli impegni assunti dallo stesso governo a livello internazionale. I giudici britannici hanno risposto positivamente a quest’ultimo quesito, sottolineando come:

“In our view, the Government’s commitment to the Paris Agreement was clearly part of ‘Government policy’ by the time of the designation

Determined Contributions (NDCs) under International Law, in *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 26, 2015, pp. 114-115; C. VOIGT, *The Paris Agreement: What is the Standard of Conduct for Parties?*, in *QIL*, Zoom-in 26, 2016, pp. 19-20.

⁴⁰ Art. 2(a). La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati è stata adottata a Vienna il 23 maggio 1969 ed è entrata in vigore il 27 gennaio 1980).

⁴¹ Si rimanda nuovamente, tra gli altri, a D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement*, cit.

⁴² Sul ruolo che le sentenze dei tribunali nazionali possono assumere non solo nel dare attuazione ma anche nel “creare” norme internazionali, si rinvia ad A. ROBERTS, *Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, pp. 57-92.

of the ANSP. Firstly, this followed from the solemn act of the United Kingdom's ratification of that international agreement in November 2016. Secondly, as we have explained, there were firm statements reiterating Government policy of adherence to the Paris Agreement by relevant Ministers..."⁴³.

La Corte d'appello ha conseguentemente accertato la violazione del *Planning Act 2008* da parte del Segretario di Stato, poiché quest'ultimo, nell'approvare l'ANPS, non aveva preso in debita considerazione il contenuto dell'Accordo di Parigi. Ciò indipendentemente dalle conclusioni alle quali il Segretario sarebbe giunto se tale obbligo procedurale fosse stato assolto.

In questo senso, la sentenza in commento rappresenta un precedente rilevante, giacché sembra indebolire il timore che l'Accordo di Parigi, proprio in virtù dell'architettura flessibile che lo caratterizza, possa consentire, in concreto, agli Stati parte di sottrarsi agilmente dagli impegni assunti. Nel caso di specie, la Corte d'appello sembra, infatti, avere implicitamente applicato l'articolo 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ai sensi del quale ogni trattato in vigore vincola le parti (*pacta sunt servanda*) e deve essere eseguito in buona fede. Inoltre, la stessa sembra avere attribuito importanza, alle dichiarazioni del governo britannico successive alla ratifica dell'Accordo di Parigi, tra cui quelle rese dal Segretario di Stato per il trasporto,⁴⁴ in quanto atti idonei, in qualità

⁴³ *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), R. (on the application of Plan B Earth) c. Secretary of State for Transport*, cit., par. 228.

⁴⁴ *Ibid.*, parr. 209-2016. Tra le numerose dichiarazioni elencate nella sentenza si annoverano il documento governativo "*The Clean Growth Strategy*" del 2017, in cui il Segretario di Stato per l'energia e la strategia industriale ha riconosciuto che "the actions and investments that will be needed to meet the Paris commitments will ensure the shift to clean growth will be at the forefront of policy and economic decisions made by government", nonché una risposta del Segretario di Stato per il trasporto al *Committee on Climate Change* del 20 giugno 2018, dove lo stesso ha affermato "I can assure you that the Government remains committed to meeting our climate change target of an at least 80% emissions reduction below 1990 levels by 2050 and remains open and willing to consider all feasible measures to ensure that the aviation sector contributes fairly to UK emissions reduction". Sulla base di queste e altre dichiarazioni la Corte d'appello ha concluso che: "It is clear, therefore, that it was the Government's expressly stated policy that it was committed to adhering to the Paris Agreement to limit the rise in global temperature to well below 2°C and to pursue efforts to limit it to 1.5°C".

di prassi interpretativa, a esplicitare la posizione dello stesso governo in merito alla natura e al contenuto dell'Accordo di Parigi.

Più in generale, la sentenza in esame conferma, inoltre, il ruolo crescente che le corti nazionali stanno assumendo, e potranno assumere in futuro, proprio in ragione del carattere elastico e volontaristico dell'Accordo di Parigi⁴⁵.

Riprendendo le conclusioni di un recente studio, si può affermare, infine, che la pronuncia in esame costituisce un esempio virtuoso di come i tribunali interni possano svolgere un ruolo importante nel dare attuazione all'Accordo di Parigi attraverso un'applicazione contestuale di norme internazionali e nazionali, che ne favorisca l'interazione⁴⁶.

4. Segue: *il (mancato) riferimento agli obblighi di protezione derivanti dai trattati sui diritti umani*

A differenza della pronuncia di primo grado, la sentenza della Corte d'appello contiene un unico richiamo alla protezione dei diritti umani. Lo stesso si trova nella parte della decisione concernente il rispetto dell'art. 6(4) della direttiva *Habitat*, in base al quale se un progetto ha un'incidenza negativa su zone speciali di conservazione, quest'ultimo può essere perseguito solo in mancanza di soluzioni alternative, salvo che vi siano motivi imperativi di interesse pubblico. La Corte, chiamata a valutare i criteri per l'esercizio del sindacato giurisdizionale (*standard of review*) sulla valutazione discrezionale di possibili soluzioni alternative da parte del governo⁴⁷, ha confermato quanto già stabilito dal tribunale di prima istanza⁴⁸. In particolare, i giudici britannici hanno rigettato la tesi secondo cui l'esecutivo disporrebbe di una discrezionalità ridotta nel caso di

⁴⁵ Sul punto si rinvia, tra gli altri, a P. DE VILCHEZ MORALES, *Broadening the Scope: The Urgenda Case, the Oslo Principles and the Role of National Courts in Advancing Environmental Protection concerning Climate Change*, in *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 20, 2016, p. 92.

⁴⁶ Si rinvia nuovamente a A.-J. SAIGER, *Domestic Courts and the Paris Agreement's Climate Goals: The Need for a Comparative Approach*, cit.

⁴⁷ *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division)*, *R. (on the application of Plan B Earth) c. Secretary of State for Transport*, cit., par. 66 ss.

⁴⁸ *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, Spurrier and Ors.*, cit., par. 344 ss.

specie, poiché l'ANSP (e, dunque, l'espansione dell'aeroporto di Heathrow) interferirebbe con il godimento dei diritti sanciti all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁹. Tale disposizione recita: "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile". Ad avviso della Corte, i ricorrenti "have not shown how any fundamental EU rights have been interfered with in this case, let alone seriously interfered with or made 'impossible in practice' to exercise"⁵⁰. Inoltre, le norme procedurali volte a garantire l'effettivo rispetto dei diritti tutelati dal diritto dell'Unione europea rientrerebbero nel margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri⁵¹.

Le conclusioni della Corte appaiono condivisibili *prima facie*, sia per quanto concerne la discrezionalità dello Stato nel prevedere norme procedurali in mancanza di disposizioni specifiche nel diritto dell'Unione, sia in ragione della natura dell'art. 37 della Carta. Quest'ultima disposizione sancisce, infatti, "principi" e non prevede alcun diritto giustiziabile di natura sostanziale o procedurale⁵². Essa, infatti, stabilisce prevalentemente un obiettivo per il legislatore dell'Unione europea (e nazionale, nei limiti dell'attuazione del diritto dell'Unione europea) e non un diritto soggettivo immediatamente azionabile. Il ragionamento dei giudici britannici suscita, tuttavia, alcune perplessità. La Corte si è limitata, infatti, a constatare come, nel caso di specie, i ricorrenti non avessero dimostrato un'interferenza dell'ANPS con il godimento dei diritti fondamentali, senza approfondire la possibile interazione tra l'art. 37 e altre disposizio-

⁴⁹ Proclamata solennemente a Nizza nel 2001 e nuovamente proclamata nel 2007. Ai sensi dell'art. 6, par.1, del Trattato sull'Unione europea, la Carta ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

⁵⁰ *Court of Appeal of England and Wales (Civil Division), R. (on the application of Plan B Earth) c. Secretary of State for Transport*, cit., par. 75.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Sul punto si rinvia a G. MARIN DURAN, E. MORGERA, *Commentary to Article 37 - Environmental Protection*, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, Portland, 2014, pp. 983-1003. Sul tema si rinvia anche, tra gli altri, a S. BOGOJEVI, *EU Human Rights Law and Environmental Protection: The Beginning of a Beautiful Friendship?*, in S. DOUGLAS-SCOTT, N. HATZIS, *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, Cheltenham, Northampton, 2017, pp. 451-467.

ni della Carta, come l'art. 2 (diritto alla vita), l'art. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e l'art. 17 (diritto di proprietà), che corrispondono a norme della Convenzione europea di diritti umani da cui discendono obblighi positivi rilevanti in materia ambientale⁵³. La mancanza di tale approfondimento rende la decisione della Corte sul punto poco soddisfacente, indipendentemente dall'incidenza che, in concreto, una simile valutazione avrebbe potuto esercitare su di essa.

L'assenza di ulteriori riferimenti a strumenti di protezione dei diritti umani è ascrivibile, in larga misura, a ragioni procedurali, quali il mancato appello della sentenza di primo grado da parte del signor Spurrier, che avrebbe lamentato l'asserita violazione dei suoi diritti, in quanto residente nell'area aeroportuale, e la parziale riformulazione delle argomentazioni svolte dai ricorrenti. L'atteggiamento di *self-restraint* della Corte rispetto alle sollecitazioni di WWF-UK sembra, tuttavia, avere concorso, almeno in linea di principio, a determinare la mancanza di riferimenti alla protezione internazionale dei diritti umani. Come già anticipato, la Corte ha, infatti, rifiutato di prendere in considerazione gli obblighi derivanti dalla Convenzione sui diritti del bambino nell'interpretare la nozione di "sviluppo sostenibile" contenuta nel *Planning Act 2008*, ritenendo che la causa potesse essere risolta senza che vi fosse bisogno di valutare l'ammissibilità di tale nuova argomentazione, contestata dal Segretario di Stato. Sotto questo profilo, l'intervento di WWF-UK avrebbe meritato una maggiore attenzione da parte della Corte.

La rilevanza che le norme dei trattati sui diritti umani possono avere in materia ambientale è stata sancita da numerosi organi di controllo, a livello sia regionale sia universale. I tribunali regionali hanno ripetutamente riconosciuto la dimensione ambientale dei diritti sanciti nei trattati sui diritti umani, al cui controllo gli stessi sono preposti, anche in assenza di una disposizione *ad hoc*⁵⁴. La Corte europea dei diritti

⁵³ Per una panoramica si rinvia a Consiglio d'Europa, *Manual on Human Rights and the Environment*, Strasburgo, 2012.

⁵⁴ Il diritto a un ambiente sano è, invece, sancito all'art. 24 della Carta africana dei diritti umani e dei popoli (Nairobi, 27 giugno 1981, entrata in vigore il 21 ottobre 1986), all'art. 11 del Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani in materia di diritti economici, sociali e culturali (San Salvador, 17 novembre 1988, entrato in vigore il 16 novembre 1999) e all'art. 38 della Carta araba dei diritti umani (Tunisi, entrata in vigore il 15 marzo 2008). Il diritto a un ambiente sano è anche riconosciuto

umani, ad esempio, ha affermato in più occasioni che il degrado ambientale può compromettere il benessere degli individui e interferire, tra l'altro, con il godimento del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare⁵⁵. La Corte interamericana dei diritti umani si è spinta oltre. In un parere consultivo reso nel 2017, la stessa non solo ha stabilito che gli Stati hanno obblighi positivi di prevenzione in materia ambientale, che derivano dai diritti sanciti dalla Convenzione americana dei diritti umani⁵⁶, ma ha altresì dedotto da quest'ultimo strumento un autonomo diritto a un ambiente sano⁵⁷. A conclusioni simili è giunto anche il Comitato europeo dei diritti sociali, che ha ricondotto il diritto a un ambiente sano all'articolo 11 della Carta sociale europea, in materia di diritto alla salute⁵⁸.

I meccanismi di controllo delle Nazioni Unite hanno confermato la tendenza emersa nella giurisprudenza degli organi di controllo regionali. A partire dal 2018, ad esempio, il Comitato dei diritti umani si è più volte pronunciato sugli effetti del degrado ambientale sul godimento dei diritti uma-

all'art. 4 dell'Accordo regionale sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale in America Latina e nei Caraibi (o Accordo di Escazú, San José, 4 marzo 2018, non ancora entrato in vigore) e all'art. 1 della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (Aarhus, 25 giugno 1999, entrata in vigore il 30 ottobre 2001). Tale diritto è, infine, sancito nella bozza di Patto globale per l'ambiente, presentata dalla Francia all'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel dicembre 2017. Sull'interpretazione dell'art. 24 della Carta africana si rimanda, tra gli altri, a L. PINESCHI, *Un'evoluzione imperfetta nella tutela a un ambiente soddisfacente: la sentenza della Corte di giustizia dell'ECOWAS sul caso SERAP c. Nigeria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 103-132. Sul diritto a un ambiente sano si rinvia, inoltre, a J.H. KNOX, R. PEJAN (eds), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018.

⁵⁵ Si veda, tra le sentenze più recenti, Corte europea dei diritti umani, *Cordella e al. c. Italia*, ricorsi n. 54414/13 e 54264/15, sentenza del 24 gennaio 2019, par. 157 ss.

⁵⁶ Adottata a San José il 22 novembre 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978.

⁵⁷ Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo OC-23/17, 15 novembre 2017, par. 63. Per un commento si rinvia, tra gli altri, a R. ABELLO-GALVIS, W. AREVALO-RAMIREZ, *Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, Procedural and Substantive Implications of Human Rights Duties in the Context of Environmental Protection*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 28, 2019, pp. 217-222.

⁵⁸ Si rinvia, ad esempio, a *Marnagopoulos Foundation for Human Rights c. Grecia*, n. 30/2005, sentenza del 6 dicembre 2006, par. 195 ss.

ni tutelati dal Patto internazionale sui diritti civili e politici⁵⁹. Il Comitato ha chiarito che il diritto alla vita pone in capo agli Stati un obbligo di prevenzione, anche con riferimento al cambiamento climatico, nei confronti degli individui sottoposti alla propria giurisdizione⁶⁰. Il pieno godimento del diritto alla vita e, in particolare, del diritto a una vita “degna” richiede, infatti, che gli Stati adottino misure volte a preservare l’ambiente e a proteggerlo dai danni derivanti dall’inquinamento e del cambiamento climatico causati da attori pubblici e privati⁶¹. Il Comitato ha quindi ravvisato una violazione degli obblighi positivi derivanti dalle disposizioni del Patto che sanciscono il diritto alla vita e il diritto al rispetto della vita privata e familiare in un caso concernente il decesso di un individuo a causa di un’intossicazione da pesticidi⁶². Più di recente, il Comitato ha ammesso la possibilità che il divieto di *refoulement* possa applicarsi anche nel caso in cui un individuo, ove respinto verso lo Stato d’origine, rischi la vita in ragione degli effetti del cambiamento climatico⁶³. Ulteriori indicazioni sul contenuto e la portata degli obblighi positivi derivanti dagli articoli 6 (diritto alla vita), 17 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 27 (diritti culturali) del Patto in materia di cambiamento climatico potranno, infine, discendere dalla petizione, attualmente pendente davanti al Comitato, presentata da alcuni abitanti delle isole dello Stretto di Torres contro l’Australia.

⁵⁹ Adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 23 marzo 1973. Sul tema si rinvia, tra l’altro, a G. CITRONI, *La “stagione dell’ambiente” del Comitato delle Nazioni Unite dei diritti umani*, in questa *Rivista*, 2020, pp. 1-30.

⁶⁰ Comitato dei diritti umani, Commento generale n° 36, doc. CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018, par. 62.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Comitato dei diritti umani, constatazioni nel caso *Cáceras c. Paraguay* del 25 luglio 2019, comunicazione n° 2751/2016, doc. CCPR/C/126/D/2751/2016 del 20 settembre 2019, parr. 7.5 e 7.8. Per un primo commento si rinvia a G. REECH, *Human Rights and the Environment: The UN Human Rights Committee Affirms the Duty to Protect*, in *EJIL:Talk!*, 9 settembre 2019.

⁶³ Comitato dei diritti umani, constatazioni nel caso *Teitiota c. Nuova Zelanda* del 24 ottobre 2019, doc. CCPR/C/127/D/2728/2016 del 7 gennaio 2020, par. 9.11 ss. Per un primo commento si rinvia, tra gli altri, a T. SCOVAZZI, *Gli effetti del cambiamento climatico su Kiribati di fronte al Comitato dei diritti umani*, in *Questa Rivista*, 2020, p. 199 ss.. Si vedano anche J.H. SENDUT, *Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obligations under International Human Rights Law*, in *EJIL:Talk!*, 6 febbraio 2020 e a F. MALETTI, *Non refoulement e cambiamento climatico: il caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *SIDIBlog*, 23 marzo 2020.

Il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali ha parimenti riconosciuto che gli Stati parte al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali⁶⁴ hanno l'obbligo di adottare misure preventive e di mitigazione rispetto alle violazioni prevedibili dei diritti in esso sanciti, tra cui, in particolare, il diritto alla salute, causate dal degrado ambientale e dal cambiamento climatico⁶⁵. Simili affermazioni sono rinvenibili anche nella prassi di altri meccanismi di controllo delle Nazioni Unite, secondo cui gli obblighi positivi derivanti dai trattati sui diritti umani impongono agli Stati, tra l'altro, di adottare e attuare politiche volte alla riduzione delle emissioni inquinanti⁶⁶.

Anche il Comitato dei diritti del bambino, nel suo Commento generale n° 15, ha riconosciuto che il diritto alla salute sancito nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino pone a carico degli Stati l'obbligo di prendere misure in grado, tra l'altro, di contrastare il cambiamento climatico, giacché quest'ultimo rappresenta “one of the biggest threats to children's health and exacerbate health disparities”⁶⁷. Ad avviso del Comitato, gli Stati parte “should, therefore, put children's health concerns at the centre of their climate change adaptation and mitigation strategies”⁶⁸. È probabile che il Comitato reiteri tali affermazioni nelle constatazioni relative alla petizione, presentata nel settembre 2019 da sedici minori, proveniente da dodici diversi Paesi, contro l'Argentina, il Brasile, la Francia, la Germania e la Turchia⁶⁹. Secondo le argomenta-

⁶⁴ Adottato a New York il 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976.

⁶⁵ Si rimanda, ad esempio, a Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *Climate Change and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 8 ottobre 2018. Per una ricognizione della prassi rilevante del Comitato si rinvia al Rapporto compilato dall'Esperto indipendente su diritti umani e ambiente nel dicembre 2013.

⁶⁶ Si rimanda, tra l'altro, alla dichiarazione congiunta del 16 settembre 2019 del Comitato sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, del Comitato sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e delle loro famiglie, del Comitato dei diritti del bambino e del Comitato dei diritti delle persone con disabilità.

⁶⁷ Comitato dei diritti del bambino, Commento generale n°15, doc. CRC/C/GC/15, 17 aprile 2013, par. 50.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Comitato dei diritti del bambino, *Sacchi et al. c. Argentina et al.*, presentata il 23 settembre 2019. Per un primo commento si rinvia a S. Lee, *Sacchi v. Argentina: Fighting for Indigenous Children's Climate Rights*, in *UCLA Law Review*, 26 marzo 2020.

zioni contenute nella petizione, questi Stati avrebbero violato le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino, venendo meno ai loro obblighi di tutelare il diritto alla vita (articolo 6), il diritto alla salute (articolo 24) e i diritti culturali dei popoli indigeni (articolo 30), nonché di prendere in considerazione il superiore interesse dei minori (articolo 3)⁷⁰. Anche se tale petizione solleva dubbi in termini di ammissibilità⁷¹ e giurisdizione, e riguarda solo gli Stati parte alla Convenzione e al suo Protocollo opzionale (che producono il numero maggiore di emissioni inquinanti)⁷², il Comitato, ove si pronunciasse nel merito, potrebbe chiarire ulteriormente il contenuto e la portata degli obblighi positivi in capo allo Stato derivanti dalla Convenzione in materia di cambiamento climatico.

In attesa che il Comitato si esprima sul punto, l'impatto negativo che il degrado ambientale, in generale, e il cambiamento climatico, in particolare, possono avere sul godimento dei diritti dell'infanzia è stato riconosciuto sia dall'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani⁷³ sia dal Relatore speciale delle Nazioni Unite su diritti umani e ambiente. L'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani ha sottolineato, tra l'altro, che "all efforts to mitigate and adapt to climate change should be guided by human rights norms, standard and principle..."⁷⁴ e che, in questo senso, "the principle of intergenerational equity [...] places a duty on current generations to act as responsible stewards of the planet and ensure the rights of future generations to meet their developmental and environmental needs"⁷⁵. È peraltro degno di nota che l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani abbia anche sottolineato l'importanza che gli organi giudiziari nazionali possono avere nel proteggere i minori da attività

⁷⁰ *Ibid.*, p. 77 ss.

⁷¹ Tali riguardano, in particolare, il requisito dell'esaurimento delle vie di ricorso interne.

⁷² Il Regno Unito, ad esempio, non ha ratificato il Protocollo opzionale sulle procedure di comunicazione adottato a New York il 19 dicembre 2011 ed entrato in vigore il 14 aprile 2014.

⁷³ Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Analytical Study on the Relationship between Climate Change and the Effective Enjoyment of the Rights of the Child*, doc. A/HRC/35/13 del 4 maggio 2017.

⁷⁴ *Ibid.*, par. 33.

⁷⁵ *Ibid.*, par. 35.

dannose, incluse quelle che contribuiscono al cambiamento climatico⁷⁶. A sua volta il Relatore Speciale su diritti umani e ambiente, in un rapporto pubblicato nel 2018 sui diritti dell'infanzia e la tutela ambientale, ha ribadito che i minori sono il gruppo più vulnerabile dinanzi agli effetti del degrado ambientale⁷⁷, inclusi gli effetti del cambiamento climatico, e che lo stesso interferisce con il godimento dei loro diritti, come il diritto alla vita, il diritto alla salute e il diritto allo sviluppo⁷⁸. Gli Stati hanno obblighi sostanziali di protezione, rispetto ai quali la loro discrezionalità è limitata, che gli impongono di assicurare il benessere e lo sviluppo dei bambini, prevedendo anche rischi e danni futuri⁷⁹. Ad avviso del Relatore speciale, per soddisfare tali obblighi, gli Stati devono assicurarsi, prima di adottare qualsiasi decisione che possa avere conseguenze sul piano ambientale, che i diritti dei minori non siano lesi, ad esempio attraverso una valutazione di impatto⁸⁰.

Alla luce di quanto sopra, appare condivisibile, in linea di principio, la tesi che propone un'interpretazione sistemica del concetto di sviluppo sostenibile, sancito in numerosi strumenti di diritto internazionale dell'ambiente⁸¹, alla luce del diritto internazionale dei diritti umani⁸². Con riferimento al diritto alla vita, il Comitato dei diritti umani ha, infatti, osservato che:

“environmental degradation, climate change and unsustainable development constitute some of the most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life. Obligations of States parties under international environmental law should thus inform the contents of article 6 of the Covenant [right

⁷⁶ *Ibid.*, par. 47.

⁷⁷ Doc. A/HRC/37/58 del 24 gennaio 2018, par. 15.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 31 ss.

⁷⁹ *Ibid.*, par. 56.

⁸⁰ *Ibid.*, par. 57.

⁸¹ Per una panoramica del concetto di sviluppo sostenibile e sulla sua natura si rimanda, tra gli altri, a V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, pp. 377-400.

⁸² Per l'interpretazione sistemica si rinvia all'art. 31(3)(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che impone di prendere in considerazione, nell'interpretare un trattato, ogni norma pertinente, applicabile nelle relazioni tra le parti.

to life], and the obligation of States parties to respect and ensure the right to life should also inform their relevant obligations under international environmental law”⁸³.

Nulla impedisce, in linea teorica, che lo stesso ragionamento si applichi anche con riferimento ai diritti sanciti in altri strumenti, tra cui la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino. Tanto più che il concetto di sviluppo sostenibile è definito come “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”⁸⁴ e che, ai sensi del Principio 3 della Dichiarazione di Rio sull’ambiente e lo sviluppo, “the right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations”⁸⁵. Proprio per tale ragione, secondo alcuni autori, il diritto internazionale dei diritti umani ne costituirebbe una parte integrante⁸⁶.

Dispiace, pertanto, che, nel caso in commento, la Corte d’appello abbia deciso di non prendere in esame *tout court* tale Convenzione, in ragione della sua asserita irrilevanza a fronte dell’accoglimento delle pretese dei ricorrenti su altre basi. Qualora i giudici avessero deciso di considerare l’intervento di WWF-UK e ritenuto le relative argomentazioni ammissibili alla luce del diritto applicabile, le motivazioni alla base di un’accertata violazione del *Planning Act 2008* avrebbero potuto imporre al Segretario di Stato di prendere in esame, nello sviluppare progetti futuri con un impatto ambientale, non solo gli impegni assunti con l’Accordo di Parigi ma anche gli obblighi positivi derivanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del bambino.

Si potrebbe, tuttavia, contestare l’applicabilità dei criteri ermeneutici del diritto internazionale al caso di specie, posto che la Corte d’appello era stata chiamata a interpretare una norma nazionale. Rimane che il

⁸³ Corsivo aggiunto. Comitato dei diritti umani, Commento generale n° 36, cit., par. 62.

⁸⁴ Commissione Brundtland, Rapporto *Our Common Future*, 1987, par. 43.

⁸⁵ Dichiarazione di Rio sull’ambiente e lo sviluppo, Rio de Janeiro, 1992, doc. A/CONF.151/26 (vol. 1).

⁸⁶ Si veda, ad esempio, D. MCGOLDRICK, *Sustainable Development and Human Rights: An Integrated Concept*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 797.

concetto di sviluppo sostenibile trae origine dall'ordinamento giuridico internazionale⁸⁷ e che, pertanto, le relative norme dovrebbe essere interpretate secondo i criteri ermeneutici propri di quell'ordinamento⁸⁸. Inoltre, un'interpretazione del diritto interno conforme al diritto internazionale richiede che il giudice prenda in considerazione non solo gli obblighi dello Stato ma, più in generale, l'intero "sistema" dell'ordinamento internazionale⁸⁹.

Rilievi in parte simili possono essere svolti anche con riferimento all'atteggiamento di *self-restraint* insito nella scelta della Corte d'appello di non prendere in considerazione la dimensione ambientale degli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani nell'interpretare la nozione di "Government policy" contenuta nel *Planning Act 2008*. Pur in assenza di un richiamo a tale approccio ermeneutico nelle argomentazioni innanzi alla Corte d'appello, quest'ultima avrebbe potuto farvi ricorso di propria iniziativa, anche in ragione della pronuncia sul punto del tribunale di prima istanza.

Due profili appaiono rilevanti a tale riguardo. Innanzitutto, l'importanza dei diritti umani nella lotta al cambiamento climatico, già richiamata in precedenza, è stata sancita anche dall'Accordo di Parigi. Il Preambolo dello stesso prevede che: "*Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights*". Ciò spiega il motivo per cui, ad avviso di parte della dottrina, gli standard di tutela dei diritti umani possono assistere l'interpretazione dell'Accordo di Parigi, guidando gli Stati nella fase decisionale relativa alla definizione degli obiettivi e all'adozione di strumenti nazionali, nonché nella fase di esecuzione e attuazione delle norme interne e degli obblighi internazionali⁹⁰. In questa prospettiva, la tutela dei diritti umani e gli obblighi positivi che ne derivano per lo Stato

⁸⁷ Sull'origine e l'evoluzione di tale concetto si rinvia, tra gli altri, a U. BEYERLIN, *Sustainable Development*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, versione elettronica, ottobre 2013.

⁸⁸ J. D'ASPROMONT, *The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order*, in O. K. FAUCHALD; E. A. NOLLKAEMPER (eds.), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Oxford, 2012, p. 152.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 153.

⁹⁰ M.P. CARAZO; D. KLEIN, *Implications for Public International Law: Initial Considerations*, in D. KLEIN, M.P. CARAZO, M. DOELLE, J. BULMER, A. HIGHAM (eds.),

avrebbero potuto ritenersi compresi nella politica ambientale governativa del Regno Unito, poiché direttamente integrati nell'Accordo di Parigi o come conseguenza di un'interpretazione sistemica di quest'ultimo alla luce delle norme internazionali rilevanti. Inoltre, come argomentato dai ricorrenti nel corso del processo di primo grado, un'interpretazione del *Planning Act 2008* conforme alla Convenzione europea dei diritti umani avrebbe potuto trovare un fondamento nello *Human Rights Act*⁹¹.

In secondo luogo, un'interpretazione della politica governativa in materia ambientale alla luce della Convenzione europea dei diritti umani, in particolare degli obblighi positivi dello Stato derivanti dagli articoli 2 e 8, avrebbe potuto portare la Corte finanche a quantificare il contenuto degli obblighi di mitigazione a carico dello Stato, sulla scorta di quanto avvenuto nella sentenza della Corte suprema olandese del 20 dicembre 2019 sul caso *Urgenda*. La Corte suprema olandese ha, infatti, dedotto dalla Convenzione europea dei diritti umani un obbligo di riduzione delle emissioni inquinanti, entro il 2020, pari al 25 per cento rispetto ai valori del 1990⁹².

Ad ogni modo, anche senza definire il contenuto dell'obbligo di mitigazione, la Corte avrebbe potuto imporre al Segretario di Stato di prendere in considerazione non solo l'Accordo di Parigi ma anche gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani, con effetti potenzialmente più stringenti, quantomeno in termini di sindacato giurisdizionale sul rispetto dei criteri di proporzionalità e necessità, sui futuri progetti sia di espansione dello scalo aeroportuale di Heathrow sia di realizzazione di infrastrutture di portata nazionale con un forte impatto ambientale.

The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary, Oxford, 2017, p. 405.

⁹¹ Sez. 3(1). Sul tema si rinvia a R. MASTERMAN, *Taking the Strasbourg Jurisprudence into Account: Developing a 'Municipal Law of Human Rights' under the Human Rights Act*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 907-931.

⁹² Par. 7.2.7 della sentenza. Tale approccio, che riduce la flessibilità dell'Accordo di Parigi, non è stato esente da critiche. Si veda, ad esempio, B. MAYER, *Interpreting States General Obligations on Climate Change Mitigation: A Methodological Review*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, vol. 28, 2019, pp. 107-121.

5. *La sentenza della Corte d'appello nel caso R. (on the application of Planet B Earth) c. Secretary of State alla luce dei recenti sviluppi nella giurisprudenza delle corti interne in tema di cambiamento climatico*

La pronuncia in esame si inserisce nel solco della crescente tendenza a ricorrere al potere giudiziario per sollecitare l'adozione, da parte dell'esecutivo, di misure più incisive nella lotta al cambiamento climatico e dare attuazione agli obiettivi a tal fine fissati a livello universale. A fronte delle difficoltà nel raggiungere un accordo condiviso su obiettivi ambiziosi e della ritrosia degli Stati a rispettare gli impegni assunti sul piano internazionale, organizzazioni non governative e individui hanno avviato procedimenti davanti ai tribunali nazionali, lamentando, tra l'altro, politiche di mitigazione poco efficaci o progetti incompatibili con gli obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti⁹³.

Tale fenomeno, avendo a oggetto la tutela di un interesse globale, comporta frequentemente l'applicazione e, dunque, l'interpretazione di strumenti giuridici internazionali da parte dei tribunali nazionali, ancorché spesso attraverso la "mediazione" del diritto interno. L'Accordo di Parigi, ad esempio, è già stato più volte preso in considerazione dai tribunali nazionali, seppur con modalità ed esiti differenti.

Nella sentenza sul caso *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning*, un tribunale australiano ha bloccato un progetto concernente la creazione di miniere di carbone, autorizzato dall'esecutivo, in quanto non avrebbe permesso il raggiungimento degli obiettivi previsti dall'Accordo di Parigi⁹⁴. Ad avviso dei giudici investiti della causa, lo sfrutta-

⁹³ Si rimanda, tra gli altri, a B. PRESTON, *The Evolving Role*, cit., p. 132. Sul contenzioso climatico e i suoi sviluppi si rinvia, *ex multis*, a S. MALJEAN-DUBOIS, *Climate Change Litigation*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, giugno 2018, par. 45-47. Si veda anche, più in generale, J. PEEL, H.M. OSOFSKI, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015. Numerosi sono, ad esempio, i procedimenti, terminati o tuttora pendenti, concernenti la presunta inadeguatezza delle politiche governative in materia di lotta al cambiamento climatico. Procedimenti simili sono stati avviati, tra l'altro, davanti ai tribunali nazionali in Canada (*Environnement Jeunesse*), Germania (*Family Farmers & Greenpeace Germany*), Francia (*Commune de Grande-Synthe*), Norvegia (*Greenpeace Nordic Association & Nature & Youth*), Svizzera (*Union of Swiss Senior Women*), Belgio (*VZW Klimaatzaak*), India (*Pandey*) e Pakistan (*Maria Khan*).

⁹⁴ *New South Wales Land and Environment Court, Gloucester Resources Limited c.*

mento del carbone avrebbe aumentato le emissioni inquinanti e impedito il raggiungimento non solo della riduzione della temperatura media fissata dall'Accordo ma anche del “balance between anthropogenic emissions by sources and removals by sinks of greenhouse gases in the second half of this century”, previsto all'art. 4 del medesimo strumento⁹⁵.

Non sono mancati casi in cui i tribunali nazionali hanno negato rilevanza all'Accordo di Parigi nel valutare la liceità dell'azione governativa. Così, ad esempio, la Corte costituzionale austriaca ha concluso che il tribunale amministrativo federale avesse errato nel ritenere che l'esecutivo, autorizzando la costruzione di una terza pista all'aeroporto di Vienna, avesse violato gli obblighi di mitigazione derivanti dall'Accordo di Parigi. Ad avviso del tribunale federale, l'esecutivo avrebbe dovuto prendere in considerazione gli obiettivi fissati da tale Accordo nel decidere se autorizzare progetti con un forte impatto ambientale. La Corte costituzionale ha sancito, al contrario, che l'Accordo di Parigi non può avere alcuna immediata applicazione nell'ordinamento interno in assenza di un intervento *ad hoc* del legislatore che stabilisca il contributo nazionale⁹⁶.

Nel Regno Unito, i giudici erano già stati chiamati a considerare l'Accordo di Parigi nell'ambito di un procedimento avviato dall'organizzazione *Planet Earth B* e da alcuni individui contro il *Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*. Ad avviso dei ricorrenti, la mancata revisione dell'obiettivo di riduzione delle emissioni inquinanti entro il 2050 stabilito dal diritto interno avrebbe violato gli impegni assunti attraverso la ratifica dell'Accordo. Nel caso di specie, tuttavia, sia la corte di primo grado sia la corte d'appello hanno concluso che il Segretario di Stato avesse interpretato correttamente l'Accordo di Parigi, poiché quest'ultimo non imporrebbe alcun obiettivo in termini di temperatura media entro il 2050 in capo a ogni singolo Stato parte⁹⁷.

Tanto premesso, la sentenza della Corte d'appello nel caso *R. (on*

Minister for Planning, cit., par. 526 e ss.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 527.

⁹⁶ Corte costituzionale austriaca, sentenza del 29 giugno 2017.

⁹⁷ Si vedano *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court, Plan B Earth and Ors. v. Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, cit. e *Court of Appeal (Civil Division), The Queen (on application of Planet B and others) v. Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, [2019] sentenza del 25 gennaio 2019.

the application of Planet B Earth) c. *Secretary of State*, pur non pronunciandosi sulla natura e sulla diretta applicabilità dell'Accordo di Parigi nell'ordinamento interno, segna un passo avanti importante per quanto concerne la concreta attuazione che quest'ultimo può avere a livello nazionale, in linea con la sentenza nel caso *Gloucester*. In questo senso, la sentenza in esame potrebbe influenzare il futuro contenzioso climatico, aprendo la strada al consolidamento di un filone giurisprudenziale attualmente solo emergente.

Come è stato osservato in dottrina, il contenzioso climatico ha recentemente registrato un aumento sia delle argomentazioni concernenti la tutela dei diritti umani sia delle sentenze in cui queste ultime sono state accolte⁹⁸. In molti casi, le norme che sanciscono la tutela dei diritti umani sono state invocate in ragione della loro presunta violazione, stante l'assenza o l'inadeguatezza di misure in grado di contrastare efficacemente il cambiamento climatico. Il caso *Leghari c. Pakistan* ne è un esempio⁹⁹. In altri casi, invece, le norme sui diritti umani sono state richiamate ai fini dell'interpretazione di altri obblighi giuridici, sanciti a livello nazionale o internazionale. Ciò è avvenuto, tra l'altro, nel già citato procedimento concernente l'espansione dell'aeroporto di Vienna, dove i ricorrenti hanno chiesto al tribunale amministrativo federale di interpretare il diritto interno alla luce, tra l'altro, delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁰⁰.

Questa attenzione per la tutela dei diritti umani ha, di fatto, espanso il novero degli strumenti internazionali che i tribunali nazionali sono stati chiamati ad applicare e interpretare. Infatti, se è vero che, spesso, a essere richiamate sono state norme di diritto interno che tutelano i diritti

⁹⁸ Tale espressione è tratta da J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, cit., p. 37.

⁹⁹ *Labore High Court*, caso n. W.P. 25501/2015, sentenza del 4 settembre 2015. I giudici hanno accolto il ricorso di un contadino pachistano, il quale sosteneva che il governo avesse violato, tra l'altro, il suo diritto alla vita e alla dignità umana – costituzionalmente protetti – poiché non aveva attuato celermente il *National Climate Policy and Framework* del 2012.

¹⁰⁰ Si rimanda nuovamente alla sentenza della Corte costituzionale austriaca del 29 giugno 2017, secondo la quale il tribunale amministrativo federale avrebbe errato anche nel prendere in esame tale strumento. Per un commento si rinvia, tra gli altri, a A.-J. SAIGER, *Climate Change Protection Goes Local – Remarks on the Vienna Airport Case*, in *Verfassungsblog*, 20 marzo 2017.

fondamentali¹⁰¹, in altre occasioni i giudici sono stati chiamati ad applicare e interpretare trattati internazionali in materia¹⁰².

Anche con riferimento alla tutela dei diritti umani, i procedimenti ad oggi conclusi hanno avuto epiloghi differenti. In alcuni casi, i tribunali nazionali hanno rigettato le argomentazioni fondate sulla tutela dei diritti umani, sia come strumento interpretativo sia come oggetto di una presunta violazione. Per menzionare un esempio recente, nel settembre 2019, la *High Court* irlandese ha concluso, nel caso *Friends of the Irish Environment c. Irlanda*, che l'esecutivo non avesse violato gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti umani, approvando un piano nazionale che non imponeva obblighi di riduzione delle emissioni nel breve periodo¹⁰³. Ad avviso della Corte, infatti, il governo irlandese, nell'adottare il piano di mitigazione nazionale per l'anno 2017, avrebbe agito nell'esercizio del margine di discrezionalità ad esso concessa dalla Convenzione europea, per come interpretata dalla Corte europea dei diritti umani¹⁰⁴. In una recente decisione, resa nel gennaio 2020, una corte statunitense ha, invece, rigettato, per ragioni procedurali, il ricorso presentato da 21 minori che lamentavano una violazione dei propri diritti costituzionalmente garantiti da parte del governo statunitense, stante il contributo di quest'ultimo al cambiamento climatico¹⁰⁵. Il procedimento d'appello contro tale sentenza è tuttora pendente.

Altre volte, invece, rivendicazioni fondate sulla tutela dei diritti umani hanno avuto successo. In una sentenza resa nel 2018, la Corte suprema colombiana ha accolto il ricorso di 25 individui, di età compresa tra i 7 e

¹⁰¹ Un esempio è la decisione della *High court* sudafricana nel caso *EarthLife Africa Johannesburg c. Minister of Environmental Affairs et al.*, laddove i giudici sono stati chiamati a valutare, tra l'altro, la compatibilità dell'autorizzazione di progetto in base alla legislazione nazionale, interpretata alla luce della disposizione costituzionale che sancisce il diritto a un ambiente sano (sentenza del 6 marzo 2017).

¹⁰² Si rimanda, ad esempio, alla decisione della Corte suprema colombiana no. STC4360-2018, 5 aprile 2018, laddove i giudici hanno preso in esame non solo le disposizioni costituzionali ma anche strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, come il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (par. 6.1).

¹⁰³ *High Court, Friends of the Irish Environment c. Irlanda*, [2019] IECH 747, sentenza del 19 settembre 2019.

¹⁰⁴ *Ibid.*, par. 143 ss.

¹⁰⁵ Ninth Circuit Court of Appeals, *Juliana c. Stati Uniti*, sentenza del 17 gennaio 2020.

i 26 anni, secondo cui gli sforzi ridotti del governo per ridurre la deforestazione dell'Amazzonia e gli effetti negativi del cambiamento climatico compromettevano il godimento di alcuni loro diritti, come il diritto alla vita, alla salute, al cibo e a un ambiente sano¹⁰⁶. La già richiamata sentenza della Corte suprema olandese nel caso *Urgenda* è forse la più nota tra le pronunce in cui argomentazioni fondate sulla tutela dei diritti umani sono state accolte. La Corte suprema, reiterando le determinazioni della Corte d'appello, ha ritenuto che il governo olandese avesse un obbligo positivo, derivante dalla Convenzione europea dei diritti umani (in particolare, dagli articoli 2 e 8), di prevenire il cambiamento climatico e ridurre le emissioni inquinanti di almeno il 25 per cento rispetto ai livelli del 1990 entro il 2050¹⁰⁷.

La sentenza della Corte suprema olandese nel caso *Urgenda* si segnala non solo in quanto emblematica della crescente recettività dei tribunali nazionali alle argomentazioni concernenti la tutela dei diritti umani¹⁰⁸, ma anche per avere evidenziato un possibile rimedio all'eterogeneità del contenzioso climatico ambientale a livello nazionale, consistente nell'utilizzo "integrato" delle norme internazionali rilevanti. A differenza della Convenzione europea dei diritti umani, direttamente applicabile nell'ordinamento interno, altri strumenti e principi internazionali (tra cui i principi di precauzione e di diligenza dovuta) sono stati usati dalla Corte a fini interpretativi o per rafforzare le conclusioni già raggiunte su altre basi. Ad avviso dei giudici olandesi, la Convenzione europea dei diritti umani deve essere interpretata alla luce delle altre norme rilevanti del diritto internazionale, ai sensi dell'articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁰⁹. Rifacendosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la Corte suprema olandese ha sottolineato come tali norme non debbano necessariamente essere contenute

¹⁰⁶ Si rimanda nuovamente a Corte suprema colombiana, sentenza no. STC4360-2018, cit.

¹⁰⁷ Corte suprema olandese, *Olanda c. Urgenda*, cit.

¹⁰⁸ Per un commento della sentenza della Corte d'appello, confermata dalla Corte suprema, si veda, tra gli altri, P. MINNEROP, *Integrating the 'Duty of Care' under the European Convention on Human Rights and Science and Law of Climate Change: The Decision of the Hague Court of Appeal in the Urgenda Case*, in *Journal of Energy and Natural Resources Law*, vol. 37, 2019, pp. 149-179.

¹⁰⁹ Corte suprema olandese, *Olanda c. Urgenda*, cit., par. 5.4.2.

in trattati ratificati dallo Stato convenuto, quanto, piuttosto, denotare un'evoluzione delle norme e dei principi del diritto internazionale, o del diritto interno della maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, da cui sia possibile dedurre un "*common ground*"¹¹⁰. La Corte suprema olandese ha, così, fatto ricorso, tra l'altro, all'Accordo di Parigi per meglio definire il contenuto degli obblighi di protezione in capo allo Stato derivanti dagli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti umani¹¹¹.

Un ragionamento in parte simile, ancorché più implicito, è contenuto anche nella già richiamata sentenza resa nel 2018 dalla Corte suprema colombiana, in cui gli obblighi assunti dalla Colombia attraverso la ratifica dell'Accordo di Parigi sono stati presi in esame come parametro per valutare l'inadeguatezza delle misure assunte dall'esecutivo contro la deforestazione dell'Amazzonia, e la conseguente creazione di emissioni inquinanti, in violazione dei diritti umani dei ricorrenti¹¹².

Tale approccio, che prende in esame l'ordinamento internazionale come sistema, potrebbe ovviare a quella disorganicità che può derivare dall'applicazione di alcuni tra gli strumenti internazionali potenzialmente rilevanti, in ragione del contenuto delle argomentazioni delle parti o della prudenza dell'organo giudicante. Inoltre, potrebbe assistere nel meglio definire gli obblighi internazionali in capo agli Stati. Passando da una prospettiva di *law enforcement* a una di *law-making*, ci si può chiedere, ad esempio, se decisioni che adottano un approccio divergente nell'applicare (o non applicare) e interpretare gli strumenti internazionali rilevanti possano minare il consenso che alcuni autori ritengono essenziale per meglio definire il contenuto degli obblighi di mitigazione¹¹³. Più in generale, una prassi non uniforme nell'applicazione delle norme internazionali può ridurre l'impatto di tali decisioni sull'avanzamento del quadro giuridico internazionale¹¹⁴. Dispiace, pertanto, che la Corte d'appello britannica, pur avendone l'opportunità, non abbia dato segui-

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, par. 7.5.1.

¹¹² Corte suprema colombiana, sentenza no. STC4360-2018, cit., par. 10.

¹¹³ B. Mayer, *Interpreting States General Obligations*, cit.

¹¹⁴ Sul ruolo della prassi, inclusa quella del potere giudiziario, nel diritto internazionale, a fini sia interpretativi del diritto internazionale scritto, ai sensi dell'articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sia identificativi

to all'approccio seguito dalla Corte suprema olandese sul caso *Urgenda*.

Sotto questo profilo, è interessante evidenziare che altri tribunali nazionali si pronunceranno nei procedimenti ancora pendenti in cui i ricorrenti hanno richiamato, nelle proprie argomentazioni, strumenti internazionali sia di diritto dell'ambiente sia di tutela dei diritti umani. Nel 2019, ad esempio, 15 bambini e adolescenti hanno presentato un ricorso contro le autorità governative del Canada per il loro contributo al cambiamento climatico, lamentando la violazione dei propri diritti e dei diritti delle generazioni future, sanciti dalla Carta dei diritti e delle libertà canadese¹¹⁵. I ricorrenti hanno richiamato, nelle loro argomentazioni, sia gli impegni assunti attraverso l'Accordo di Parigi, sia i trattati sui diritti umani, tra cui la Convenzione sui diritti del bambino, a cui l'interpretazione della Carta dovrebbe conformarsi¹¹⁶.

6. Considerazioni conclusive

La sentenza della Corte d'appello nel caso *R. (on the application of Planet B Earth) c. Secretary of State* costituisce un precedente rilevante con riferimento all'applicazione dell'Accordo di Parigi. I giudici britannici hanno condannato la riluttanza dell'esecutivo a prendere in considerazione gli impegni assunti attraverso la ratifica di tale trattato, imponendone il rispetto nella futura progettazione di opere infrastrutturali di portata nazionale. In questa prospettiva, la sentenza conferma l'approccio già assunto dal potere giudiziario in altri procedimenti interni¹¹⁷, nonché la capacità dell'Accordo di Parigi di "find [its] way into domestic climate change jurisprudence as a means of interpretation and guidance, as well as significant indirect driver of litigation itself"¹¹⁸.

del diritto internazionale generale si rinvia, tra gli altri, nuovamente ad A. ROBERTS, *Comparative International Law?*, cit., p. 62.

¹¹⁵ Il ricorso nel caso *La Rose c. Her Majesty the Queen*, pendente davanti a un tribunale federale, è reperibile sulla rete interconnessa.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 58 e 235.

¹¹⁷ Si rimanda nuovamente a *New South Wales Land and Environment Court* nel caso *Gloucester Resources Limited c. Minister for Planning*, cit.

¹¹⁸ L. WEGENER, *Can the Paris Agreement Help Climate Change Litigation and Vice Versa?*, in *Transnational Environmental Law*, vol. 9, 2020, p. 23.

La decisione della Corte d'appello sembra, invece, aver deluso, quantomeno con riferimento al caso di specie, le aspettative secondo cui la sentenza della Corte suprema olandese nel caso *Urgenda* avrebbe influenzato il contenzioso climatico in altri ordinamenti¹¹⁹. Nonostante le differenze tra i due procedimenti, di tipo sia sostanziale sia procedurale, le determinazioni della Corte suprema olandese, ove prese in esame, avrebbero potuto indurre i giudici britannici a considerare gli obblighi derivanti dai trattati sui diritti umani e l'interazione tra questi e l'Accordo di Parigi. Diversamente, la pronuncia della Corte d'appello non contiene alcun riferimento espresso alla decisione della Corte suprema olandese, né sembra averne accolto l'approccio integrato al diritto internazionale.

Più in generale, non vi è traccia nella sentenza in commento, se non per le argomentazioni dei ricorrenti e del terzo interveniente, di quel "rights turn" che ha progressivamente caratterizzato il contenzioso climatico interno¹²⁰. Sotto questo profilo, la pronuncia si distingue da altre sentenze rese in procedimenti simili, in cui i tribunali hanno preso in considerazione la tutela dei diritti umani a fini interpretativi¹²¹.

La sentenza della Corte d'appello si caratterizza invero per la scelta dei giudici britannici di non procedere a un'interpretazione del diritto interno conforme agli obblighi internazionali in materia di diritti umani e/o di considerare l'ordinamento internazionale nel suo complesso, interpretando il diritto internazionale dell'ambiente alla luce degli obblighi positivi derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani. Al di là dei problemi teorici legati all'applicazione del criterio dell'interpretazione sistemica da parte dei giudici nazionali¹²², e dei rischi di un eccessivo interventismo giudiziale, quest'ultimo approccio avrebbe avuto due conseguenze significative. Nel caso di specie, avrebbe permesso di definire in modo più puntuale la portata degli impegni assunti dallo Stato sul piano

¹¹⁹ Si veda, ad esempio, A. NOLLKAEMPER, L. BURGESS, *A New Classic in Climate Change Litigation: The Dutch Supreme Court Decision in the Urgenda Case*, cit.

¹²⁰ Tale espressione è tratta da J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, cit., p. 37.

¹²¹ Il riferimento è, ad esempio, alla già richiamata interpretazione conforme alla tutela costituzionale dei diritti umani contenuta in Corte suprema del Sudafrica, *EarthLife Africa Johannesburg c. Ministro dell'ambiente et al.*, caso n° 65662/16, 8 marzo 2017, par. 81 ss.

¹²² Si rinvia ancora a J. D'ASPREMONT, *The Systemic Integration*, cit., p. 160 ss.

internazionale, limitando ulteriormente la discrezionalità dell'esecutivo nel valutare la fattibilità di progetti infrastrutturali con un elevato impatto ambientale. A livello più generale, avrebbe potuto segnare un passo importante nella direzione di una ridotta "disorganicità" del contenzioso ambientale, quantomeno laddove quest'ultima dipenda non dell'inevitabile eterogeneità dei fatti oggetto di causa e dalle caratteristiche peculiari degli ordinamenti nazionali, ma dagli obblighi internazionali di volta in volta presi in esame.

L'aeroporto di Heathrow è già stato in passato al centro di controversie legate al suo impatto ambientale e agli effetti di quest'ultimo sul godimento dei diritti dei residenti dell'area¹²³. Sarà interessante vedere se, e in che modo, considerazioni legate alla tutela dei diritti umani potranno rilevare nell'ambito di contenziosi futuri, laddove, nonostante l'attuale battuta d'arresto, il progetto di espansione fosse portato a compimento.

¹²³ Si vedano, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, *Powell e Rayner c. Regno Unito*, ricorso n. 9310/81, sentenza del 21 febbraio 1990 e [GC], *Hatton et al. c. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, sentenza dell'8 luglio 2003.

*Abstract**Paris Agreement – Climate change litigation – Human Rights
Systemic Interpretation – Infrastructure projects*

On 27 February 2020 the Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) ruled that the plan to build a third runway at the airport of Heathrow was unlawful, as it did not take into account the State's international commitments under the Paris Agreement. While the expansion of the airport has not been ruled out for the future, any project in this direction should now pay due regard to international environmental law. On the one hand, the decision at stake provides further evidence of the supplement role that domestic courts may play in implementing international climate change commitments. On the other hand, when one compares it to other national decisions, the judgment under exam highlights how domestic courts may adopt diverging approaches in the way they rely on international law in climate change matters, thus strengthening a 'fragmentation' that may hinder the weight of their rulings beyond the specific case.

Rilevanza visiva di lavori non autorizzati e principio di offensività: il reato paesaggistico è un reato di pericolo astratto*

CARLOTTA CALEMME

Corte di Cassazione penale, Sez. III – 09 gennaio 2020, N. 370 – Pres. Di Nicola,
Est. Ramacci – ric. M.U.G.A. e G.P.

Reato paesaggistico – Alterazione dei luoghi – Non visibilità degli interventi non autorizzati – Pericolo astratto – Principio di offensività

In tema di tutela delle aree sottoposte a vincolo, ai fini della configurabilità del reato paesaggistico, non assume alcun rilievo l'assenza di una possibile incidenza sul bene sotto l'aspetto attinente al suo mero valore estetico, dovendosi invece tener conto del rilievo attribuito dal legislatore all'interazione tra elementi ambientali ed antropici che caratterizza il paesaggio nella più ampia accezione ricavabile dalla disciplina di settore, con la conseguenza che anche interventi non esternamente visibili, quali quelli interrati, possono determinare una alterazione dell'originario assetto dei luoghi suscettibile di valutazione in sede penale.

1. Premessa. – 2. Il caso di specie. – 3. La natura di pericolo del reato paesaggistico. – 4. L'art. 181 d.lgs. 42/2004: una norma a tutela del paesaggio e dell'interesse della Pubblica amministrazione. – 5. La rilevanza visiva di lavori non autorizzati in area sottoposta a vincoli. – 6. Concorso di norme ambientali: il rapporto tra l'art. 181 d.lgs. 42/2004 e l'art. 734 c.p. – 7. Conclusioni.

* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

1. *Premessa*

Con la sentenza in commento, la Terza Sezione Penale della Suprema Corte si è nuovamente soffermata sulla natura della fattispecie di reato paesaggistico di cui all'art. 181 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, introdotto nel nostro ordinamento con d.lgs. 42/2004.

In particolare, la Corte di Cassazione ha ulteriormente chiarito quale sia l'ambito di operatività della disciplina paesaggistica sia in generale sia con riferimento al principio di offensività.

2. *Il caso di specie*

Prima di addentrarci nell'analisi della sentenza, è opportuno un cenno al caso di specie.

La pronuncia sottoposta alla Suprema Corte trae origine dal ricorso presentato dai due imputati avverso la sentenza di primo grado del Tribunale di Marsala con cui i predetti venivano condannati per avere concorso nel perfezionamento del reato paesaggistico ex artt. 110 c.p., 44, lett. c), 95 d.P.R. 380/2001 e 181 d.lgs. 42/2004.

In particolare, tali soggetti erano stati condannati per avere realizzato, in un'area sottoposta a vincolo paesaggistico ed alla disciplina per le costruzioni in zone sismiche, un intervento edilizio consistito nell'esecuzione di opere interne all'abitazione, pari a quattro vani interrati – pertanto non visibili dall'esterno dell'edificio – senza rispettare gli obblighi previsti dalla legge, quali il rilascio del permesso di costruire, l'autorizzazione paesaggistica, nonché il preventivo avviso al competente ufficio tecnico regionale.

I predetti venivano altresì assolti dal reato di cui agli artt. 44, lett. c), 95 d.P.R. 380/2001 e 181 d.lgs. 42/2004, limitatamente alla realizzazione di ampi spazi pavimentati in pietra lavica e dal reato di cui all'art. 734 c.p. con formula “il fatto non sussiste”, oltre che dal reato ex art. 633 c.p. con formula “perché il fatto non costituisce reato”; veniva altresì dichiarato “non doversi procedere” in ordine al reato di cui all'art. 44, lett. c), d.P.R. 380/2001 con riferimento ad opere di demolizione di muri, asportazione di terreno vegetale e chiusura al transito di un viottolo pubblico mediante la realizzazione di un muro, per intervenuta prescrizione.

Con sentenza della Corte di Appello di Palermo veniva confermata interamente la decisione del Tribunale di primo grado.

Pertanto, per la parte che qui interessa commentare, gli imputati proponevano ricorso in Cassazione deducendo violazione di legge con riferimento all'infrazione delle norme paesaggistiche in quanto la Corte non avrebbe rilevato che, nel caso di specie, vi sarebbe stata una mera violazione formale dell'art. 181 d.lgs. 42/2004, in sé penalmente irrilevante.

Invero, il bene giuridico tutelato dalla norma in oggetto è *l'incidenza sul paesaggio delle opere realizzate* che, in quanto tale, non sarebbe stato affatto inficiato dalla costruzione o modificazione di opere non visibili dall'esterno dell'edificio. Per tali motivi, sostenevano l'inoffensività delle condotte da loro tenute, in quanto le opere realizzate non avrebbero inciso in alcun modo sul valore visivo del paesaggio.

3. *La natura di pericolo del reato paesaggistico*

La Corte di Cassazione, nel ritenere infondato il motivo di ricorso, ha richiamato la copiosa giurisprudenza in materia di operatività del principio di offensività con riguardo al reato paesaggistico¹.

¹ Sul punto si evidenzia come in passato siano state numerose le questioni di legittimità sollevate dinnanzi alla Corte Costituzionale aventi ad oggetto la conformità al principio di offensività di diverse fattispecie di pericolo astratto.

I dubbi originavano dal fatto che le fattispecie incriminatrici così strutturate, caratterizzate dal fatto di incriminare una condotta presumendone *iuris et de iure* la pericolosità, avrebbero potuto condurre il Giudice all'affermazione della penale responsabilità di un soggetto che avesse posto in essere condotte assolutamente inoffensive per il bene giuridico tutelato, pertanto rientranti nella figura del *reato impossibile* disciplinato all'art. 49 c.p. La Consulta, però, ha sempre fermamente respinto tale assunto, sostenendo la natura complessa del principio di offensività: una condotta tipica potrà essere penalmente rilevante non solo quando appaia oggettivamente e concretamente pericolosa per il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, ma anche quando il pericolo astrattamente previsto dalla norma giuridica si presenti nella realtà come idoneo a porre in pericolo il bene giuridico tutelato. Invero, detto principio dovrà essere rispettato non solo dal legislatore nella formulazione delle norme incriminatrici (principio di offensività *in astratto*), ma anche dal giudice al cui vaglio siano rimessi fatti ritenuti penalmente rilevanti (principio di offensività *in concreto*). Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*.

Invero, il formante giurisprudenziale, così come la dottrina maggioritaria, ha sempre affermato la natura di reato di pericolo dell'art. 181 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

In particolare, la fattispecie in esame è un reato formale e di pericolo astratto².

Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, 2005; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, Milano, 1977, 4, pp. 444 ss.

Così, Corte Cost. 26 marzo 1986, n. 62; Corte Cost. 27 settembre 1992, n. 133; Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 360; Corte Cost. 6 luglio 2000, n. 263/2000; Corte Cost. 11 giugno 2008, n. 225.

Quanto sin qui affermato ha trovato piena attuazione anche nella materia ambientale da noi trattata. Così, per tutte, Corte Cost. 18 luglio 1997, n. 247. In dottrina, *cfr.* M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2010, 0, pp. 43 ss.; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova, 1996; M. CATENACCI, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in M. CATENACCI, G. MARCONI (a cura di), *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, Torino, 2009, pp. 289, ss.; L. RAMACCI, *I reati ambientali ed il principio di offensività* (1), in *Giurisprudenza di Merito*, 2003, 4, pp. 817, ss.; S. ROSSETTI, *Reati di pericolo astratto e principio di offensività: brevi note introduttive ad un tema classico del diritto penale dell'ambiente*, in questa *Rivista*, 2009, 2, pp. 350 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2013, pp. 53 ss.; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, pp. 119, ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007; P. TANDA, *Principio di offensività e reati in materia di beni culturali ed ambientali*, in *Cass. Pen.*, 2002, 12, pp. 1307 ss.

² La definizione di *reato formale e di pericolo* è prettamente giurisprudenziale e indica le fattispecie incriminatrici strutturate come reati di pericolo astratto caratterizzati dallo schema autorizzativo, volti a punire la condotta di chi, violando le prescrizioni, agisca nonostante la mancanza dell'autorizzazione richiesta dalla legge, indipendentemente dall'effettiva messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Il legislatore, infatti, ritiene che tale condotta sia intrisa di pericolosità. A tali conclusioni è giunta anche la giurisprudenza maggioritaria. Così, Corte Cass. pen. Sez. III, 06 febbraio 2003, n. 14457; Corte Cass. pen. Sez. III, 10 maggio 2005, n. 33297; Corte Cass. pen. Sez. III, 23 marzo 2011, n. 25016; Corte Cass. pen. Sez. III, 08 giugno 2011, n. 28227; Corte Cass. pen. Sez. III, 15 gennaio 2013, n. 6299; Corte Cass. pen. Sez. III, 18 febbraio 2015, n. 11048; Corte Cass. pen. Sez. III, 05 ottobre 2016, n. 44319; Corte Cass. pen. Sez. III, 10 ottobre 2017, n. 4567.

In dottrina, *cfr.* G. P. DEMURO, *Sul significato di opere non autorizzate su beni paesaggistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Archivio 2010-2019, 2011, reperibile sulla rete interconnessa; A. PECCIOLI, *Reati edilizi relativi a zone vincolate e a beni culturali*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, II ed., Torino,

In tal senso, stante l'estrema rigidità del legislatore in tema di tutela del paesaggio, dovrà ritenersi offensivo del bene giuridico protetto dalla fattispecie in esame ogni intervento ritenuto dal giudice idoneo, ancorché astrattamente, ad incidere sull'originario assetto territoriale, quando l'agente non abbia richiesto o abbia mancato di rispettare le prescritte autorizzazioni.

A tal proposito, giova ricordare il diverso ruolo assunto dal giudice nella valutazione della sussistenza del reato di pericolo quando esso sia stato previsto dal legislatore nelle forme del *pericolo concreto*³, e quando tale previsione abbia predisposto un reato di *pericolo astratto*. In entrambi i casi il giudice sarà tenuto ad effettuare una valutazione *ex ante* della pericolosità della condotta tenuta dall'imputato, ma se con riguardo ai reati di *pericolo concreto* dovrà verificare che essa costituisca *concretamente* l'origine della messa in pericolo del bene giuridico tutelato, rispetto ai reati di *pericolo astratto* la valutazione concernerà la sussistenza della idoneità – ancorché minima e astratta – della condotta tenuta dal soggetto agente a porre in pericolo – in via generale e, appunto, astratta – il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice, senza che sia necessario accertare la concreta attuazione dello stesso per la verificazione del fatto illecito. Pertanto, saranno sempre prive di rilevanza penale quelle condotte che, sebbene appaiano rispondenti al tipo legale, siano talmente esigue e irrilevanti da essere considerate completamente inidonee a porre in pericolo il bene giuridico tutelato.

4. *L'art. 181 d.lgs. 42/2004: una norma a tutela del paesaggio e dell'interesse della Pubblica amministrazione*

L'art. 146 del d.lgs. 42/2004 pone il divieto, in capo ai soggetti detentori – a qualsiasi titolo – di beni ambientali, di distruggere o modificare

2019, pp. 615 ss.; M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003; P. D'AGOSTINO, *La tutela penale del paesaggio*, in P. D'AGOSTINO, R. SALOMONE (a cura di), *La tutela dell'ambiente. Profili penali e sanzionatori*, Vol. 11, Padova, 2011, pp. 657, ss.

³ In dottrina, cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, II ed., Milano, 1994; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990.

detti luoghi. Invero, tali soggetti potranno operare delle modifiche su tali beni solo quando siano in possesso delle autorizzazioni previste all'art. 146 ss. Codice dei beni culturali e del paesaggio. L'esecuzione dei lavori, difatti – fatta eccezione per gli interventi manutentivi previsti all'art. 149 d.lgs. 42/2004 – deve essere sempre preceduta dall'autorizzazione della Amministrazione competente. Il provvedimento autorizzativo costituisce l'ultimo tassello di un *iter* tipizzato dal legislatore, che prevede la preventiva presentazione dell'istanza, corredata di progetto modificativo e della documentazione richiesta dalla legge, da parte del richiedente alla Pubblica amministrazione competente.

In tal senso, le autorizzazioni previste dalla legge in materia paesaggistica – la cui mancanza determina, per i suddetti motivi, il pericolo *astratto* di lesione per i beni ambientali tutelati – sono volte ad assicurare la preventiva individuazione, da parte dell'ente preposto alla tutela del vincolo paesaggistico, dell'eventuale potenzialità lesiva di tutti gli interventi urbanistici ed edilizi, siano essi contemplati o meno dalla disciplina in materia. Si sottolinea, al proposito, che l'autorizzazione paesaggistica costituisce un *atto autonomo e presupposto* rispetto ai titoli legittimanti gli interventi urbanistici o edilizi.

Emerge, quindi, come l'art. 181 del Codice dei beni culturali e del paesaggio tuteli – oltre che il *paesaggio* – in via mediata e strumentale, anche *l'interesse della Pubblica amministrazione* preposta al controllo, che deve essere messa in condizione di esercitare la propria autorità in maniera efficace e tempestiva. In tal senso, l'importanza di una valutazione *ex ante* da parte dell'ente competente è tale che la Suprema Corte ha chiarito che il reato paesaggistico sarà configurabile anche quando il luogo modificato senza le prescritte autorizzazioni assuma nuovamente i suoi caratteri originari per il mero decorso del tempo⁴. L'interesse della Pubblica amministrazione è tutelato a tal punto che il legislatore ha sancito, all'art. 146 d.lgs. 42/2004, il *principio della non sanabilità degli abusi paesaggistici*. Invero, l'art. 181, comma 1-*quinquies*, d.lgs. 42/2004 prevede che il soggetto che abbia agito senza la preventiva autorizzazione possa vedere esclusa la sua punibilità solo quando si renda altresì artefice della messa in pristino – prima che la Pubblica amministrazione la ordini

⁴ Corte Cass. pen. Sez. III, 15 gennaio 2013, n. 6299.

d'ufficio – dell'area precedentemente modificata, facendo così estinguere il reato da lui commesso.

Si fa poi presente che, quando l'attività eseguita in assenza di autorizzazione rientri tra le ipotesi di *abusi paesaggistici minori* – pertanto caratterizzati da un impatto minimo sull'assetto paesaggistico – il soggetto agente che abbia presentato, ai sensi dell'art. 181, comma 1-ter del Codice dei beni culturali e del paesaggio, *apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi*, sebbene non risponda penalmente, vedrà comunque applicarsi la sanzione amministrativa⁵.

Pertanto, in assenza di alcun autonomo intervento di messa in pristino, la punibilità di detto reato sarà completamente esclusa, sia sul piano penale sia su quello amministrativo, unicamente quando gli atti posti in essere siano di tal minima entità da essere inidonei, astrattamente e concretamente, a porre in pericolo il paesaggio e a pregiudicare il bene giuridico tutelato, rientrando tali condotte nel c.d. *reato impossibile* ex art. 49 c.p.; ovvero quando – effettuata una valutazione *in concreto* delle modalità di esecuzione della condotta e dell'esiguità dell'offesa causata dall'azione posta in essere dall'agente, ancorché nella forma del *pericolo astratto* – il giudice ritenga di poter applicare, in sede decisoria, l'art. 131 bis c.p. (*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*)⁶. Come noto, infatti, la scelta del legislatore di costruire un reato come di pericolo deriva proprio dall'importanza del bene giuridico tutelato.

⁵ L. RAMACCI, *Il reato edilizio in area vincolata. Il reato paesaggistico*, Relazione presentata all'incontro di studio del CSM sul tema "Che c'è di nuovo in tema di edilizia e urbanistica?" Firenze – 19- 21 febbraio 2014, che tratta l'argomento sotto tutti gli aspetti ed al quale si rinvia per approfondimenti, reperibile sulla rete interconnessa; A. PECCIOLI, *Reati edilizi relativi a zone vincolate e a beni culturali*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*. II ed., Torino, 2019, pp. 615 ss.

⁶ A. PECCIOLI, *Le cause di estinzione dei reati urbanistici ed edilizi*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*. II ed., Torino, 2019, pp. 679 ss.; L. RAMACCI, *Note in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati ambientali*, in *lexambiente.it*, reperibile sulla rete interconnessa, 2015; C. BERNASCONI, *Reati ambientali e particolare tenuità del fatto*, in *La legislazione penale, Approfondimenti*, 2017; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti giuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008; R. BARTOLI, *La particolare tenuità del fatto è compatibile con i reati di pericolo presunto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 7, pp. 1729 ss.; In giurisprudenza, Cass. pen. Sez. III, 10 maggio 2018, n. 48248; Cass. pen. Sez. III, 10 marzo 2016, n. 19111; Cass. pen. Sez. III, 08 ottobre 2015, n. 47039.

Nel caso di specie, l'art. 181 d.lgs. 42/2004 tutela il paesaggio punendo la condotta di chi compie *lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici* senza le prescritte autorizzazioni.

Si capisce, quindi, che non sarà mai necessario il verificarsi di un evento lesivo e che tale condotta dovrà sempre essere punita, a meno che non rientri in una delle ipotesi, sopra descritte, in cui la punibilità è esclusa.

5. *La rilevanza visiva di lavori non autorizzati in area sottoposta a vincoli*

Alla luce di quanto precisato, nella sentenza annotata la Corte si è poi addentrata nella valutazione riguardante la *rilevanza visiva* di interventi effettuati in zona vincolata.

Innanzitutto, ha negato sin da subito la possibilità di escludere la sussistenza del reato paesaggistico nel caso di specie, rilevando che le uniche due pronunce della medesima Corte sviluppatasi in tal senso⁷ – risalenti al periodo di vigenza della L. 431/1985, successivamente integrata nel 2004 dal Codice dei beni culturali e del paesaggio – sono da considerarsi ancorate a una definizione legislativa e dottrinale di *paesaggio* non in linea con la disciplina vigente.

Invero, la nozione di *paesaggio*, oggi prevista all'art. 131 del d.lgs. 42/2004, è profondamente mutata rispetto alla sua originaria formulazione, andando a comprendere sia le precisazioni apportate con la ratifica della Convenzione europea del paesaggio (L. 14/2006) sia le modificazioni intervenute con il d.lgs. 63/2008. Quella attuale è una definizione volta a tutelare la *conservazione* del bene paesaggistico nella sua identità non solo storica e culturale, ma anche morfologica e naturale⁸. Si capisce,

⁷ Corte Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 1994, n. 2072; Corte Cass. pen., Sez. III, 24 aprile 1992, n. 660.

⁸ Per molto tempo il legislatore ha inteso tutelare il bene giuridico “paesaggio” solo in senso strettamente materiale, considerandolo un bene estetico, da tutelare unicamente rispetto a luoghi divenuti di interesse storico e culturale.

Tale concezione non è mutata neanche con l'avvento della Carta Costituzionale, che all'art. 9 sancisce la tutela del paesaggio nazionale. Invero, come desumibile dai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, in questo momento storico il legislatore è ancora fortemente legato a una concezione prettamente estetica e materiale di *paesaggio*, ancorché non più inteso unicamente come bene di interesse storico e culturale, ma anche come bene caratterizzato da singolarità geologica. La

dunque, come negli anni il concetto di *paesaggio* sia progressivamente mutato: da luogo da tutelare per la sua bellezza estetica, prettamente storico-culturale, è divenuto luogo da proteggere per il ruolo centrale che assume nella vita della collettività. Nel tempo, dunque, vi è stato un ampliamento dei noverì dei beni paesaggistici da sottoporre a tutela, con conseguente previsione di sempre più crescenti mezzi di tutela.

Pertanto, la mancata visibilità esteriore dei manufatti non può in alcun modo escludere la sussistenza della violazione paesaggistica, da un lato perché il reato di cui all'art. 181 d.lgs. 42/2004 vieta l'esecuzione non autorizzata di qualunque genere di opera sui beni paesaggistici sottoposti

tradizionale concezione storico - culturale di *paesaggio* è fortemente, se non addirittura completamente, presente agli albori della Carta Costituzionale, preoccupata più che di proteggere i luoghi in sé meritevoli di tutela, di tutelare il patrimonio culturale italiano e la conseguente identità nazionale che vi deriva. Difatti, solo con l'incessante lavoro dei formanti dottrinale e giurisprudenziale si è giunti alla concezione odierna di piena valorizzazione del bene giuridico in oggetto. Invero, una lettura più approfondita della Carta Costituzionale permette una maggiore valorizzazione del paesaggio. È necessario, in tal senso, analizzare la Costituzione nel suo complesso, guardando, oltre che all'art. 9, anche agli artt. 2 e 3 Cost. Solo così il paesaggio può assumere la corretta valenza di bene giuridico da tutelare in quanto elemento fondamentale nello sviluppo della personalità dell'uomo. Il paesaggio, posto in funzione della promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica (art. 9, comma 1 Cost.), concorre così al *pieno sviluppo della persona umana* (art. 3, comma 2, Cost.), assumendo un ruolo centrale nella vita dei consociati: assieme al patrimonio culturale, diviene strumento necessario per realizzare la *pari dignità sociale* (art. 3, comma 1, Cost.), volta a garantire *la libertà e eguaglianza dei cittadini*, non solo del singolo soggetto, ma anche dello stesso *nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità* (art. 2 Cost.).

Come noto, l'evoluzione legislativa del concetto in esame si ha unicamente con la *Convenzione Europea del paesaggio* che, firmata nel 2000 dal Consiglio d'Europa (e ratificata in Italia con L. 14/2006), tutela il *paesaggio* in senso *personalistico*, come luogo in cui si svolge e si sviluppa la vita della collettività, indipendentemente dal suo valore estetico e culturale. Da una concezione *statica*, prettamente materiale, si è arrivati oggi, anche legislativamente e non più solo in via interpretativa, a una concezione *dinamica* di paesaggio, come elemento fondamentale per lo sviluppo della personalità dell'uomo. È così che, per la prima volta, l'intero territorio europeo assume *ex lege* una rilevanza paesaggistica, in quanto tale meritevole di tutela.

In dottrina, cfr. M.G. BELLISARIO, *A dieci anni dalla Conferenza Europea del Paesaggio*, in *Economia della Cultura*, 2010, 1, pp. 47 ss.; G. CERUTI, *La protezione del paesaggio nell'ordinamento italiano: evoluzione. Una proposta per il terzo millennio*, in questa *Rivista*, 2012, 1 pp. 1 ss.; C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *La legislazione penale. Approfondimenti*, 2018, pp. 5, ss.

a vincolo, dovendo quindi ritenersi perfezionato in ogni suo elemento anche quando vi sia una modificazione del territorio non immediatamente visibile⁹; dall'altro lato, non può non considerarsi che la realizzazione di immobili interrati richiede lo svolgimento di altre opere che ben possono incidere, anche concretamente, su molteplici componenti ambientali, quali, a titolo di esempio, sbancamenti e movimenti di terreno.

6. *Concorso di norme ambientali: il rapporto tra l'art. 181 d.lgs. 42/2004 e l'art. 734 c.p.*

La natura meramente pericolosa delle azioni per cui gli imputati venivano condannati, sia in primo sia in secondo grado, per il perfezionamento delle condotte costituenti la contravvenzione ex art. 181 D.Lgs. 42/2004, emerge altresì dall'assoluzione degli stessi – confermata dalla Suprema Corte – dal reato ex art. 734 c.p. (*Distruzione o deturpamento di bellezze naturali*)¹⁰.

In tal senso, vale osservare che, come altresì confermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, le fattispecie di reato in esame possono concorrere tra loro¹¹. Tali previsioni, difatti, entrambe strutturate nella forma della *contravvenzione*, sono volte a punire due diverse condotte: mentre l'art. 181 d.lgs. 42/2004 – come detto – punisce, con le pene previste per la fattispecie ex art. 44, comma 1, lett. c) d.P.R. 380/2001 (*Lottizzazione abusiva*), chi con qualunque azione, ancorché minimamente idonea, agisca sul paesaggio sottoposto a vincolo senza le prescritte autorizzazioni, l'art. 734 c.p. è volto a censurare la condotta del soggetto che, in qualsiasi modo, distrugga o alteri le bellezze naturali sottoposte alla speciale protezione dell'Autorità, prevedendo quindi un reato di evento e di danno rispetto alla condotta meramente pericolosa descritta all'art. 181 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

A tal proposito, non può non evidenziarsi il diverso contesto storico in cui sono sorte le due norme, all'origine della distinzione del bene giu-

⁹ Corte Cass. pen., Sez. III, 15 gennaio 2015, n. 5954.

¹⁰ A. PECCIOLI, *Reati edilizi relativi a beni paesaggistici*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*. II ed., Torino, 2019, pp. 623 ss.

¹¹ Corte Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 2012, n.14746; Corte Cass. pen., Sez. III, 06 maggio 2014 n. 37472.

ridico tutelato dalle stesse: l'art. 734 c.p., mai modificato rispetto alla sua originaria definizione del 1930, se non in punto di pena, tutela le *bellezze naturali*, rimanendo così ancorato a una concezione *paesaggistica* molto limitata e non più attuale, in linea con la concezione di *paesaggio* di quegli anni; laddove, invece, l'art. 181 del Codice dei beni culturali e del paesaggio accoglie una moderna concezione del bene giuridico in oggetto: il *paesaggio* inteso come luogo in cui si sviluppa la collettività, quindi tutelato in ogni sua forma, storico-culturale, morfologica ed anche estetica.

In tal senso, è più facile comprendere la diversa scelta del legislatore circa l'impostazione delle due fattispecie, a dimostrazione dell'evoluzione di cui si è detto: il legislatore fascista è un legislatore concentrato sulla tutela dello Stato, tanto che l'art. 734 c.p. è contenuto nel Titolo II del Libro III, a tutela dell'*attività sociale della Pubblica amministrazione*. La tutela del *paesaggio* è secondaria, limitata alla *bellezza naturale* dei luoghi individuati come tali dalle Autorità. L'interesse del legislatore penale per la materia trattata, in questo momento storico, è ancora scarso tanto che punisce unicamente la massima offesa a tale bene: costruito, come anticipato, nelle forme del reato di danno e di evento prevede una tutela limitata alla distruzione o all'alterazione.

Al contrario, l'art. 181 d.lgs. 42/2004 è intriso dell'evoluzione giuridico-normativa che ha interessato la materia ambientale tra la fine del Ventesimo secolo e l'inizio del Ventunesimo. La previsione di tutela nelle forme del *pericolo*, e soprattutto del *pericolo astratto*, è indice di una rinnovata consapevolezza del legislatore penale circa l'importanza del bene giuridico del *paesaggio*, al punto da volerne prevenire, ancor prima della *lesione*, la *messa in pericolo*.

Tale scelta viene confermata nella sua massima estensione: il pericolo astratto, invero, permette al legislatore di tutelare il bene giuridico del *paesaggio* da qualunque tipo di condotta che potrebbe porlo in pericolo, ampliando così di molto i confini del *penalmente rilevante* in materia.

7. Conclusioni

Le decisioni a cui è giunta la Suprema Corte con la pronuncia in analisi paiono pienamente condivisibili, non solo perché in linea con la giurisprudenza maggioritaria sino ad ora sviluppatasi, ma anche perché

rispettose della volontà legislativa di anticipare la tutela del bene giuridico del paesaggio allo stadio del pericolo.

In particolare, deve sottolinearsi che non si è prospettato nel caso di specie una violazione del costituzionalizzato principio di offensività¹², come invece sostenuto dalle parti ricorrenti.

¹² Come noto, il principio di offensività, sintetizzato nel brocardo latino *nullum crimen sine iniuria*, ha rango costituzionale, desunto implicitamente dalla Carta stessa. In particolare, con il principio di legalità formale, il principio di offensività fonda la costituzionalizzazione del reato come *fatto offensivo tipico*, caratterizzata dall'*offesa al bene giuridico tutelato*, per cui non potrà esservi reato se non in presenza di una condotta offensiva del bene giuridico tutelato.

Il rango costituzionale di tale principio viene individuato dalla dottrina costituzionalistica e penalistica unanime nell'art. 25, comma 2, Cost. nella parte in cui parla di *fatto commesso*, così precludendo la possibilità di punire con la sanzione penale meri atteggiamenti interiori non sfociati nell'offesa. Inoltre, si ritiene che questo possa essere altresì desunto da altre norme costituzionali, quali gli artt. 13 e 27 Cost. Più precisamente: l'art. 13 Cost. nel sancire l'invulnerabilità della libertà personale ammette che questa possa essere limitata unicamente dalla sanzione penale, quando la stessa sia volta a tutelare un altro interesse concreto costituzionalmente riconosciuto, richiamando così la rilevanza del *fatto commesso*.

L'art. 27 Cost., invece, contiene il riconoscimento del principio di offensività sia al comma 1 che al comma 3. Il comma 1, infatti, nel sancire il carattere *personale* della responsabilità penale, permette di evitare anticipazioni di punibilità, con fini politico-criminali, volte alla strumentazione della persona. Il comma 3, invece, garantisce la funzione rieducativa della pena – altrimenti prevista ed irrogata solo a fini retributivi – la quale verrà rispettata solo laddove l'incriminazione si fondi sul *fatto offensivo*. Invero, l'art. 27 Cost., da leggere in combinato disposto con l'art. 25, comma 2, Cost. ammette la possibilità di rieducazione quando la pena sia applicata in relazione all'intero *fatto criminoso* e non unicamente alla mera disobbedienza, che altrimenti porterebbe alla mera punizione del soggetto che abbia tenuto un atteggiamento *antidoveroso*. La costituzionalizzazione del principio di offensività si è resa necessaria affinché possa svolgere la duplice funzione *politico-garantista* di canone *interpretativo* (principio di offensività *in concreto*) e di *costruzione legislativa* (principio di offensività *in astratto*) delle norme incriminatrici, di cui è portatore. Non può inoltre tralasciarsi il fatto che il riconoscimento costituzionale di detto principio fonda l'adesione del nostro ordinamento ad un diritto penale a base oggettivistica, respingendo così ogni concezione di diritto penale soggettivistico, nella quale diverrebbe viceversa centrale l'atteggiamento interiore del soggetto e non più l'offesa al bene giuridico tutelato. (In dottrina, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, 10^a ed., Milano, 2019, pp. 181 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 8^a ed., Milano, 2019, pp. 10 ss.; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro It.*, 2001, V, p. 1 ss.; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di),

In tal senso, giova ricordare che la giurisprudenza costituzionale ha più volte chiarito che se il legislatore ha piena discrezionalità nella configurazione delle fattispecie incriminatrici (rispetto del principio di offensività *in astratto*) – rientrando in essa anche la possibilità di prevedere reati di pericolo con conseguente anticipazione della tutela all'esposizione al pericolo – al Giudice spetterà valutare la pericolosità della condotta rispetto al bene giuridico tutelato dalla norma penale, con ragionamento *ex ante* che, come già ricordato, nel caso dei reati di pericolo *astratto* è volto a verificare che la condotta del prevenuto possa essere considerata *idonea*, ancorché astrattamente, a porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice (rispetto del principio di offensività *in concreto*). Ove, solo qualora essa sia assolutamente inoffensiva per il bene tutelato dovrà essere ricondotta al tema del *reato impossibile* ex art. 49 c.p.

Nella fattispecie in esame, il Giudice pare aver correttamente ravvisato la pericolosità richiesta dal Codice dei beni culturali e del paesaggio nelle condotte dei prevenuti, le quali sono pertanto configurabili come offensive del bene giuridico *paesaggio*. Nello specifico, appare infondata la prospettazione della difesa per cui gli imputati non avrebbero tenuto alcuna condotta idonea ad arrecare pregiudizio al paesaggio. Al contrario, l'intervento edilizio da loro eseguito in area sottoposta a vincolo paesaggistico e alla disciplina per le costruzioni in zone sismiche, senza le prescritte autorizzazioni, è consistito nella costruzione di quattro locali interrati occupanti circa 90 mq. In tal senso, si evidenzia come la condotta tenuta dai prevenuti non solo appare *astrattamente* idonea alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato, essendosi probabilmente resi necessari gli scavi e i già citati sbancamenti e movimenti di terreno, ma – benché tale valutazione non si renda necessaria ai fini dell'accertamento della rilevanza penale dei fatti occorsi – ha anche inciso *concreta-*

Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, Napoli, ESI, 2006, p. 91 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1973, p. 3 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, 1977, 4, pp. 444 ss.; D. PULITANO, *Offensività del reato (principio di)*, in *Enc. Dir.*, VIII, 2015.

mente sul paesaggio, intaccato nella sua struttura naturale originaria dalle attività su di esso svolte.

Deve, infine, rilevarsi l'assenza delle condizioni per l'applicazione della causa di esclusione di punibilità disciplinata all'art. 131 *bis* c.p. Invero, sebbene la disposizione in analisi avrebbe potuto astrattamente trovare applicazione – stanti i limiti sanzionatori dell'art. 44, lett. c) d.P.R. 380/2001 (arresto fino a due anni e ammenda da 15.493,00 a 51.645,00 euro), compatibili con l'art. 131 *bis* c.p., applicabile a tutti i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena – in concreto ciò non sarebbe stato possibile in ragione sia delle modalità della condotta sia del pericolo causato al bene giuridico tutelato dall'art. 181 d.lgs. 42/2004. I soggetti condannati, difatti, non solo hanno costruito ben quattro vani interrati, commettendo quindi più violazioni della stessa indole, ma, successivamente, come peraltro ha osservato la Corte, non hanno neanche mostrato alcun segno di resipiscenza, dal momento che avrebbero potuto demolire spontaneamente le opere realizzate in violazione delle prescritte autorizzazioni e, quindi, in lesione degli interessi tutelati dalle norme paesaggistiche.

In conclusione, con la sentenza in oggetto la Corte di Cassazione ha nuovamente chiarito i confini del reato paesaggistico, evidenziando come – in virtù di una concezione più ampia e profonda del bene *paesaggio* – la visibilità di opere autorizzate non incida rispetto alla soglia del penalmente rilevante.

Abstract

*Landscape crime – administrative authorization – offence
underground structure – visibility*

The decision taken by Corte di Cassazione (last court of appeal in the Italian juridical system) analyses the important subject of landscape crime and unauthorized constructions. Specifically, the judges examined the criminal charges for constructions which have not been previously authorized from the public authorities, when the structures are underground and not visible from outside.

La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino opinabilmente sconfitta per due a uno

TULLIO SCOVAZZI

La decisione del Consiglio Costituzionale francese n. 2019-823 del 31 gennaio 2020 riguarda una questione sollevata dal Consiglio di Stato e relativa alla conformità ai diritti e libertà riconosciuti dalla Costituzione di una disposizione del codice rurale e della pesca marittima (legge n. 2018-938 del 30 ottobre 2018)¹. La disposizione (art. 253-8) vieta la produzione, lo stoccaggio e la circolazione (e, quindi, anche l'esportazione) di prodotti fitofarmaceutici contenenti sostanze non approvate, in base alla normativa applicabile dell'Unione europea (regolamento n. 1107/2009²), per ragioni dovute alla protezione della salute umana o animale o alla protezione dell'ambiente. Tra questi prodotti rientrano erbicidi, fungicidi, insetticidi e acaricidi. La questione coinvolgeva l'Unione delle industrie francesi della protezione delle piante, che faceva valere il fatto che molti Stati terzi importatori si rifornivano ugualmente dei prodotti in questione, acquistandoli presso le industrie concorrenti di altri Stati, con conseguente penalizzazione dei produttori francesi e senza alcun beneficio per le esigenze della sanità e dell'ambiente.

In un certo senso, il Consiglio Costituzionale si è sentito chiamato ad

¹ Secondo l'art. 61-1, par. 1, della Costituzione francese, adottata il 4 ottobre 1958, "lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé".

² Il regolamento n. 1107/2009 del 21 ottobre 2009 (*Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* n. L 309 del 24 novembre 2009) riguarda l'immissione sul mercato di prodotti fitosanitari.

arbitrare una competizione tra pesi massimi, ossia tra diversi principi costituzionali. Curioso è il fatto che nessuno dei tre pesi massimi coinvolti figuri nella vigente Costituzione francese del 4 ottobre 1958.

Da un lato, vi era la libertà d'impresa, prevista dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, cui è in Francia è attribuita la natura di "testo costituzionale in vigore". Dall'altro lato, vi era la protezione della salute, enunciata nel par. 11 del preambolo della precedente Costituzione del 27 ottobre 1946³ (preambolo che pure ha natura di testo costituzionale in vigore). Vi era anche, dallo stesso lato, la Carta dell'ambiente, adottata con legge costituzionale n. 2005-205 del 1° marzo 2005 (anch'essa testo costituzionale in vigore), che nel suo preambolo qualifica l'ambiente come "patrimonio comune degli esseri umani" e che enuncia alcuni principi relativi all'ambiente, come lo sviluppo sostenibile e le esigenze delle generazioni future e degli altri popoli⁴.

Nella sua decisione, il Consiglio Costituzionale ha concluso che, relativamente al caso specifico, il legislatore francese aveva operato un bilanciamento "che non è manifestamente squilibrato" tra principi che andavano in direzioni diverse, accertando che la disposizione di legge oggetto del suo scrutinio era conforme alla Costituzione. Molto significativo è che il Consiglio Costituzionale abbia interpretato in modo assoluto le esigenze della salute e dell'ambiente, arrivando implicitamente alla conclusione che è obbligo della Francia assicurare che tali esigenze siano tutelate anche all'estero come lo sono in Francia (e nell'Unione europea), indipendentemente dal fatto che gli Stati terzi disponibili a importare i prodotti vietati siano meno sensibili alle esigenze stesse. La Francia non può rendersi complice di un illecito che colpisce un patrimonio comune degli esseri umani. È implicito nella decisione il senso della dignità dello Stato, che deve superare interessi commerciali contingenti.

Resta in sospeso un dubbio. Il Consiglio Costituzionale dà per scontato che l'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino

³ "Elle [= la Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs".

⁴ Gli enunciati rilevanti del preambolo sono indicati nella decisione del Consiglio Costituzionale.

tuteli la libertà d'impresa. Ma, in realtà, questo non è detto espressamente nel testo della norma:

“La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi”.

La norma riguarda la libertà d'impresa molto indirettamente, per il solo fatto che sono tutelate tutte le libertà, fino a quando il loro esercizio non porti nocimento ad altri. Proprio questo concetto, che l'art. 4 enuncia direttamente, poteva essere utilmente adattato al caso specifico, per arrivare alla conclusione che le industrie francesi non possono esercitare la loro libertà d'impresa in modo da portare pregiudizio al diritto alla salute e all'ambiente di coloro che risiedono in altri Stati. I membri dell'Assemblea Nazionale, che nel 1789 adottò la storica Dichiarazione, dovevano affrontare il problema di trasformare uno Stato assoluto in uno Stato costituzionale e non avevano certo in mente nulla di paragonabile agli attuali diritti alla salute e all'ambiente. Resta il fatto che il concetto di “libertà” da essi enunciato pone in evidenza non tanto la libertà d'impresa, quanto i limiti a tale e ad altre libertà. Una simile spettacolare (troppo spettacolare?) lettura di un vecchio strumento alla luce delle esigenze attuali avrebbe portato alla conclusione che, nel caso specifico, non vi era in atto alcuna competizione tra pesi massimi che richiedeva di essere arbitrata.

Francia,
Consiglio costituzionale,
Decisione n. 2019-823 QPC del 31 gennaio 2020

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 7 novembre 2019 par le Conseil d'État (décision n° 433460 du même jour), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour l'association Union des industries de la protection des plantes (...). Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2019-823 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du paragraphe IV de l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

Au vu des textes suivants:

- la Constitution;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel;
- le règlement (CE) n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques et abrogeant les directives 79/117/CEE et 91/414/CEE du Conseil;
- le code rural et de la pêche maritime;
- la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous;
- le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité;

(...)

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit:

1. Le paragraphe IV de l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction résultant de la loi du 30 octobre 2018 mentionnée ci-dessus, prévoit: "Sont interdits à compter du 1er janvier 2022

la production, le stockage et la circulation de produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées pour des raisons liées à la protection de la santé humaine ou animale ou de l'environnement conformément au règlement (CE) n° 1107/2009 du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 précitée, sous réserve du respect des règles de l'Organisation mondiale du commerce”.

2. Selon la partie requérante, rejointe par l'une des parties intervenantes, l'interdiction d'exportation, instaurée par ces dispositions, de certains produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées par l'Union européenne serait, par la gravité de ses conséquences pour les entreprises productrices ou exportatrices, contraire à la liberté d'entreprendre. Elle estime à cet égard qu'une telle interdiction serait sans lien avec l'objectif de protection de l'environnement et de la santé dans la mesure où les pays importateurs qui autorisent ces produits ne renonceront pas pour autant à les utiliser puisqu'ils pourront s'approvisionner auprès de concurrents des entreprises installées en France.

3. La liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

4. Aux termes du préambule de la Charte de l'environnement: “l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel (...) l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains (...) la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation (...) afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins”. Il en découle que la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle.

5. Aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation “garantit à tous (...) la protection de la santé”. Il en découle un objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

6. Il appartient au législateur d'assurer la conciliation des objectifs précités avec l'exercice de la liberté d'entreprendre. À ce titre, le législateur est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger.

7. En vertu du règlement du 21 octobre 2009 mentionné ci-dessus,

des produits phytopharmaceutiques ne peuvent être mis sur le marché européen que si les substances actives qu'ils contiennent ont été approuvées par les instances compétentes de l'Union européenne. Une telle approbation est notamment refusée aux substances qui ont des effets nocifs sur la santé humaine ou animale ou des effets inacceptables sur l'environnement.

8. Les dispositions contestées interdisent la production, le stockage et la circulation en France des produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées, en raison de tels effets, par l'Union européenne. Elles font ainsi obstacle non seulement à la vente de tels produits en France mais aussi à leur exportation.

9. En premier lieu, en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu prévenir les atteintes à la santé humaine et à l'environnement susceptibles de résulter de la diffusion des substances actives contenues dans les produits en cause, dont la nocivité a été constatée dans le cadre de la procédure prévue par le règlement du 21 octobre 2009. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances, les dispositions ainsi prises par le législateur.

10. En faisant ainsi obstacle à ce que des entreprises établies en France participent à la vente de tels produits partout dans le monde et donc, indirectement, aux atteintes qui peuvent en résulter pour la santé humaine et l'environnement et quand bien même, en dehors de l'Union européenne, la production et la commercialisation de tels produits seraient susceptibles d'être autorisées, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte qui est bien en lien avec les objectifs de valeur constitutionnelle de protection de la santé et de l'environnement poursuivis.

11. En second lieu, en différant au 1er janvier 2022 l'entrée en vigueur de l'interdiction de production, de stockage ou de circulation des produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives non approuvées, le législateur a laissé aux entreprises qui y seront soumises un délai d'un peu plus de trois ans pour adapter en conséquence leur activité.

12. Il résulte de tout ce qui précède que, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a assuré une conciliation qui n'est pas manifes-

tement déséquilibrée entre la liberté d'entreprendre et les objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de la santé. Le grief tiré de la méconnaissance de cette liberté doit donc être écarté.

13. Le paragraphe IV de l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclaré conforme à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel décide:

Article 1er. - Le paragraphe IV de l'article L. 253-8 du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, est conforme à la Constitution.

Article 2. - Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 30 janvier 2020, où siégeaient: M. Laurent Fabius, Président, Mme Claire Bazy Malaurie, M. Alain Juppé, Mmes Dominique Lottin, Corinne Luquiens, Nicole Maestracci, MM. Jacques Mézard, François Pillet et Michel Pinault.

Rendu public le 31 janvier 2020.

O Brasil não pode parar?

TULLIO SCOVAZZI

Il Brasile è uno degli Stati più colpiti dalla pandemia di coronavirus che si è diffusa a livello mondiale nel corso del 2020. Riguardo alle misure per far fronte al rischio di contagio, questo importante paese si è contraddistinto per il diverso atteggiamento assunto da vari poteri dello Stato. Significativa è in proposito la decisione qui riprodotta (nel testo originale portoghese¹), presa a titolo d'urgenza dal Pubblico Ministero federale, un organo che in Brasile è investito di un'ampia gamma di competenze, solo in parte paragonabili a quelle del corrispondente organo giudiziario italiano.

In sostanza, il Pubblico Ministero federale ha vietato, sotto pena di sanzioni pecuniarie, il proseguimento della campagna pubblicitaria "Il Brasile non può fermarsi", lanciata in forma massiccia dal Presidente della Repubblica. Più in generale, la decisione vieta qualsiasi tipo di campagna che suggerisca alla popolazione brasiliana comportamenti che non siano strettamente fondati su direttive tecniche emanate dal Ministero della Sanità e fondate su documenti pubblici di enti scientifici notoriamente riconosciuti nel campo della epidemiologia e della sanità pubblica.

Il Pubblico Ministero accerta che un messaggio che invita la popolazione a svolgere le attività quotidiane, senza che vi sia un piano per combattere la pandemia con misure di distanziamento o isolamento, può violare i principi di prevenzione e di precauzione. Questo pregiudica il diritto costituzionale alla salute, inteso in senso sia individuale che collet-

¹ Una lingua latina, che dovrebbe essere comprensibile, sia pure con qualche sforzo, in un paese latino-europeo, come l'Italia.

tivo, con impatto pesante soprattutto per le categorie più deboli, come i disoccupati e i poveri.

Secondo il Pubblico Ministero, i principi di prevenzione e di precauzione sono applicabili anche in materia di protezione della salute, oltre che, è sottinteso, in materia di protezione dell'ambiente². Sono in proposito richiamati una sentenza del Tribunale Federale brasiliano e un passo dell'opera principale dell'autorevole giurista Paulo Affonso Leme Machado (si tratta, è il caso di aggiungere in questa sede, di uno dei membri del Comitato Scientifico di questa *Rivista*)³.

La scarsa considerazione verso le esigenze della salute pubblica, dimostrata dalla più alta carica del potere federale del Brasile (l'Unione), ha così trovato un freno in una decisione di un'istituzione indipendente dello stesso Stato.

² Il principio di precauzione può essere visto come uno stadio avanzato del principio di prevenzione, in quanto obbliga a prendere misure anche quando manchi una piena certezza scientifica di un rapporto di causalità tra un dato fenomeno e un danno grave o irreversibile: "In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation" (principio 15 della Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992).

³ Colpa veniale del Pubblico Ministero è aver richiamato la ventiresima edizione dell'opera e non l'ultima: P.A. LEME MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*, 26ª ed., São Paulo, 2018. Nel passo dell'opera citato nella decisione è a sua volta richiamato J.M. LAVIELLE, *Droit international de l'environnement*, Paris, 1998.

Brasile,
Pubblico Ministero federale, Sezione giudiziaria di Rio de Janeiro,
Decisione del 28 marzo 2020 sull'azione civile pubblica
n° 5019484-43.2020.4.02.5101/rj

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a União, com pedido de tutela de urgência para que, entre outras providências, a ré abstenha-se de veicular peças publicitárias relativas à campanha “O Brasil não pode parar”. Alega o Ministério Público Federal que a referida campanha instaria os brasileiros a voltarem a suas atividades normais, sem que a campanha estivesse embasada em documentos técnicos que indicassem que essa seria a providência adequada, considerado o estágio atual da pandemia do Covid-19 no Brasil, o que poderia agravar o risco da disseminação da doença no país.

O Parquet sustenta, ainda, que: (i) a veiculação da campanha seria contrária os princípios da precaução e prevenção, aplicáveis ao direito à saúde; (ii) a propaganda seria abusiva e não informativa; (iii) haveria ilegalidade e violação ao princípio da finalidade na referida campanha; (iv) haveria um comportamento contraditório da União, especificamente à luz da Portaria n° 356/2020 do Ministério da Saúde.

A ação foi distribuída para a 10ª Vara Federal do Rio de Janeiro às 21:35 do dia 27/3/2020, vindo os autos conclusos para análise do juízo plantonista pela existência de pedido de tutela de urgência, cuja demora na análise pode, potencialmente, resultar em risco de grave prejuízo ou de difícil reparação, conforme preceitua a Resolução n. 71/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

É o breve relatório.

Decido.

O pedido de tutela de urgência requerido pelo Ministério Público Federal consiste em:

“1 - Liminarmente, a título de tutela provisória de urgência (art. 300, CPC), para a qual os requisitos de relevância jurídica e urgência já foram demonstrado, determinar à ré UNIÃO:

a) Abster-se de veicular, por rádio, televisão, jornais, revistas, sites ou qualquer outro meio, físico ou digital, peças publicitárias relativas à campanha “O Brasil não pode parar”, ou qualquer outra que sugira à

população brasileira comportamentos que não estejam estritamente embasados em diretrizes técnicas, emitidas pelo Ministério da Saúde, com fundamento em documentos públicos, de entidades científicas de notório reconhecimento no campo da epidemiologia e da saúde pública;

b) Abster-se de, em todos os perfis oficiais vinculados ao governo federal em redes sociais, aplicativos de mensagens e qualquer outro canal digital, compartilhar ou de qualquer outra maneira fomentar a divulgação de informações que não estejam estritamente embasadas em evidências científicas, nos termos do pedido anterior;

c) Divulgar, no prazo de 24 horas, em todos os canais, físicos ou digitais, de comunicação social, e em disparos massificados em redes sociais e aplicativos de mensagens, nota oficial, em versão escrita, falada (“áudios”) e filmada (“vídeos”), em que reconheça que a campanha publicitária “O Brasil não pode parar” não está embasada em informações científicas, de modo que seu teor não deve ser seguido pela população ou pelas autoridades, como embasamento para decisões relativas à saúde pública;

d) Promover campanha de informação a respeito das formas de transmissão e prevenção da Covid-19, segundo as recomendações técnicas atuais, no prazo de 15 dias, a contar da intimação da decisão que determinar a medida.

2 - Até que se faça a divulgação apontada no item anterior e como medida acauteladora e de execução por sub-rogação, que se oficie às empresas responsáveis pelas redes sociais “Facebook”, “Twitter”, “YouTube” e “Instagram” e pelos aplicativos de mensagens “WhatsApp” e “Telegram” para que:

a) promovam atos tendentes a impedir o tráfego de conteúdo de áudio, vídeo e imagem relativos à campanha “O Brasil Não Pode Parar” em seus aplicativos e redes sociais, mediante solução técnica que não permita realização com sucesso de “upload” ou publicação dos materiais da campanha, cessando a medida assim que efetivadas as providências constantes nos subitens “a”, “b” e “c” do item “1”;

b) utilizem soluções técnicas adequadas para que não seja possível indexar conteúdo (“tag”) ou agregar múltiplas postagens de terceiros usuários das redes sociais e aplicativos de mensagens a partir dos marcadores (hashtags) “#voltabrasil” ou “#obrasilnaopodeparar”, ou “#oBrasilNãoPodeParar”;

c) veiculem, periodicamente, por meio dos seus aplicativos e redes sociais, inclusive mediante disparos em massa de mensagens, como medida de contrapropaganda, para fins de esclarecimento da população brasileira, a seguinte mensagem: “O distanciamento social deve ser mantido até que o Brasil possua testes suficientes e base científica para gradual retomada das atividades. Países que demoraram a fazer isso registram milhares de mortes e colapso de seus sistemas de saúde por causa da Covid-19. Fique em casa. Ajude a salvar vidas”.

Requer que todos os pedidos acima formulados contra os réus sejam determinados sob pena de multa cominatória não inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) diários ou por ato de violação, conforme o caso”.

Verifica-se dos elementos presentes nos autos que a campanha “O Brasil não pode parar” vem sendo promovida por meio de *hashtags* em publicações oficiais do governo federal, bem como por meio de divulgação de vídeo. Veja-se a transcrição do vídeo da campanha em comento, conforme link colacionado no Evento 1, Anexo 2:

“Para os quase 40 milhões de trabalhadores autônomos, #oBrasilNãoPodeParar.

Para os ambulantes, engenheiros, feirantes, arquitetos, pedreiros, advogados, professores particulares e prestadores de serviço em geral, #oBrasilNãoPodeParar.

Para os comerciantes do bairro, para os lojistas do centro, para os empregados domésticos, para milhões de brasileiros, #oBrasilNãoPodeParar.

Para todas as empresas que estão paradas e que acabarão tendo de fechar as portas ou demitir funcionários, #oBrasilNãoPodeParar.

Para dezenas de milhões de brasileiros assalariados e suas famílias, seus filhos e seus netos, seus pais e seus avós #oBrasilNãoPodeParar.

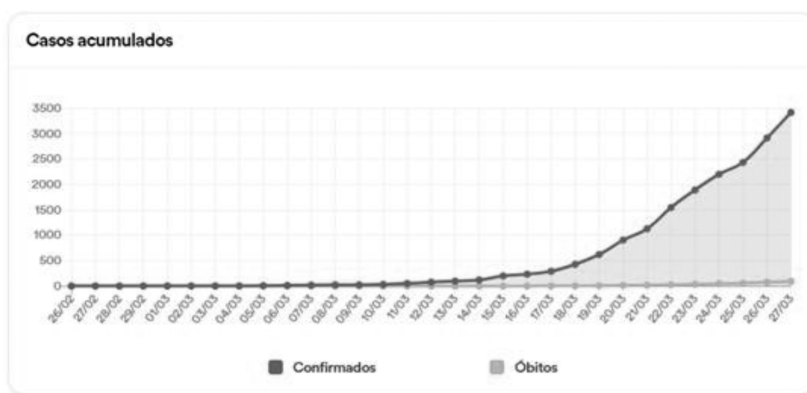
Para os milhões de pacientes das mais diversas doenças e os heroicos profissionais de saúde que deles cuidam, para os brasileiros contaminados pelo coronavírus, para todos que dependem de atendimento e da chegada de remédios e equipamentos, #oBrasilNãoPodeParar.

Para quem defende a vida dos brasileiros e as condições para que todos vivam com qualidade, saúde e dignidade, o Brasil definitivamente não pode parar”.

Numa primeira análise, verifica-se que, apesar de despido de conteúdo informacional ou educativo, o referido material pode transmitir

orientação social. Segundo o Ministério Público Federal, essa mensagem seria abusiva, na medida em que induziria a população a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.

Os dados mais atualizados da situação da Covid-19 no Brasil apontam que há 3.417 casos confirmados, bem como 92 mortes decorrentes da doença¹. Em 20/3/2020, ficou declarado, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus, por meio da Portaria n. 454/2020 do Ministério da Saúde. A curva dos casos acumulados desde a confirmação do primeiro caso no país, verificada há 31 dias, pode ser vista no gráfico² abaixo, que denota sua clara ascensão:



O achatamento da curva de casos é indicado pela comunidade científica como medida necessária para que os sistemas de saúde mantenham sua capacidade de tratar os doentes, sob pena de entrarem em colapso, o que resultaria em um número muito maior de mortes – tanto por Covid-19 como por outras causas – como bem ressaltou o Ministério Público em sua petição inicial.

Na mesma lógica, o estudo realizado pela *Imperial College of London* (Evento 1, Anexo 4)³ prevê que medidas de distanciamento social e reforço do distanciamento dos idosos levariam a 529.779 mortes no Brasil,

¹ Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46614-brasil-registra-3-417-casos-confirmados-de-coronavirus-e-92-mortes>>. Último acesso em 28/3/2020.

² Gráfico retirado de <<https://covid.saude.gov.br/>>. Último acesso em 28/3/2020.

³ As projeções realizadas pelo estudo podem ser consultadas em <<https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial->

ao passo que uma supressão da epidemia, consistente no isolamento social, levaria, na pior das hipóteses, a 206.087 mortes. Quando se tratam de indivíduos necessitando de leitos em UTI, no primeiro cenário teríamos 702.497 pessoas, e no segundo, 460.361.

Pois bem. Os princípios da precaução e prevenção são aplicáveis ao direito à saúde, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 5592⁴. A doutrina de Paulo Affonso Leme Machado assim ensina:

“Em caso de dúvida ou incerteza, também deve se agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção. ‘O princípio da precaução consiste em dizer não somente somos responsáveis sobre o que nós sabemos, sobre o que nós deveríamos ter sabido, mas, também, sobre o de que nós deveríamos duvidar’ – assinala o jurista Jean-Marc Lavieille. (...) Na dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente (in dubio pro salute ou in dubio pro natura)”⁵.

Assim, na análise preliminar do pedido de tutela de urgência, verifica-se que o incentivo para que a população saia às ruas e retome sua rotina, sem que haja um plano de combate à pandemia definido e amplamente divulgado, pode violar os princípios da precaução e da prevenção, podendo, ainda, resultar em proteção deficiente do direito constitucional à saúde, tanto em seu viés individual, como coletivo. E essa proteção deficiente impactaria desproporcionalmente os grupos vulneráveis, notadamente os idosos e pobres.

Nesse sentido, fica demonstrado o risco na veiculação da campanha “O Brasil não pode parar”, que confere estímulo para que a população retorne à rotina, em contrariedade a medidas sanitárias de isolamento preconizadas por autoridades internacionais, estaduais e municipais, na medida em que impulsionaria o número de casos de contágio no país.

Na dita campanha não há menção à possibilidade de que o mero dis-

College-COVID19-Global-unmitigated-mitigated-suppression-scenarios.xlsx>. Último acesso em 28/3/2020.

⁴ ADI 5592, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019, Processo eletrônico dje-051 divulg 09-03-2020 public 10-03-2020.

⁵ Leme Machado, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*, 23^a edição. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 102-4.

tanciamento social possa levar a um maior número de casos da Covid-19, quando comparado à medida de isolamento, e que a adoção da medida mais branda teria como consequência um provável colapso dos sistemas público e particular de saúde. A repercussão que tal campanha alcançaria se promovida amplamente pela União, sem a devida informação sobre os riscos e potenciais consequências para a saúde individual e coletiva, poderia trazer danos irreparáveis à população.

Pelo exposto,

Defiro em parte a tutela de urgência para que a União se abstenha de veicular, por rádio, televisão, jornais, revistas, sites ou qualquer outro meio, físico ou digital, peças publicitárias relativas à campanha “O Brasil não pode parar”, ou qualquer outra que sugira à população brasileira comportamentos que não estejam estritamente embasados em diretrizes técnicas, emitidas pelo Ministério da Saúde, com fundamento em documentos públicos, de entidades científicas de notório reconhecimento no campo da epidemiologia e da saúde pública. O descumprimento da ordem está sujeito à multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por infração.

Os demais itens do pedido de tutela de urgência deverão ser analisados pelo juízo natural, por não se verificar risco iminente que justifique a atuação do juízo de plantão.

Intime-se com urgência, para cumprimento imediato da tutela deferida.

Documento eletrônico assinado por Laura Bastos Carvalho, Juíza Federal (...).

Data e Hora: 28/3/2020, às 6:30:48.

La decisione finale sul caso Urgenda

TULLIO SCOVAZZI

Questa *Rivista* ha già riservato la doverosa attenzione al caso *Urgenda*¹. Il caso è sorto a seguito della decisione dell'associazione non governativa olandese *Stichting Urgenda* di agire in giudizio contro i Paesi Bassi, rappresentati dal Ministero degli affari economici e della politica climatica, chiedendo che questo Stato fosse condannato a ridurre il volume delle emissioni nell'atmosfera di gas a effetto serra. La domanda è stata accolta dalla Corte Distrettuale dell'Aja, che con sentenza del 24 giugno 2015 ha ordinato ai Paesi Bassi di limitare del 25% entro la fine del 2020 il volume annuale di emissioni di tali gas rispetto al livello del 1990. La sentenza è stata confermata dalla Corte d'Appello dell'Aja con sentenza del 9 ottobre 2018² e resa definitiva dalla sentenza della Corte Suprema del 20 dicembre 2019, che ha respinto il ricorso per cassazione presentato dallo Stato.

Quest'ultima sentenza è qui di seguito riprodotta, anche per la dettagliata esposizione che si può ritrovare nella motivazione circa le varie questioni affrontate nel corso dei tre gradi di giudizio. È soltanto il caso di ribadire il ruolo svolto ai fini della decisione finale dagli art. 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Con-

¹ Cfr. T. SCOVAZZI, *La corte condanna lo Stato a ridurre le emissioni di gas a effetto serra*, in questa *Rivista*, 2015, p. 305; V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, *ibidem*, 2019, p. 121; T. SCOVAZZI, *L'interpretazione e l'applicazione "ambientalista" della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso "Urgenda"*, *ibidem*, 2019, p. 619.

² Pubblicata in questa *Rivista*, 2018, p. 821.

venzione per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Roma, 1950; detta Convenzione europea dei diritti umani). Appare in un certo senso paradossale che obblighi di ridurre le emissioni di gas a effetto serra siano dedotti più da un'interpretazione assai ampia di disposizioni di un trattato che, anche per motivi cronologici, non intendeva proteggere l'ambiente³ che non dall'applicazione dei trattati che sono stati in seguito conclusi proprio in tema di cambiamento climatico, ma che presentano evidenti carenze per quanto riguarda il carattere obbligatorio delle loro disposizioni.

In particolare, la Corte Suprema interpreta il diritto alla vita dell'individuo come implicante anche l'obbligo dello Stato di prevenire rischi reali e immediati alla vita umana, intendendo l'aggettivo "immediato" come riferibile non soltanto ai rischi materializzabili entro un breve periodo di tempo (ad esempio, l'esplosione di un impianto industriale pericoloso), ma anche a quelli che minacciano direttamente gli individui (ad esempio, il graduale innalzamento della temperatura)⁴. Questa interpretazione è ritenuta dalla Corte Suprema sufficientemente chiara, così da non rendere necessaria una richiesta di parere consultivo alla Corte Europea dei Diritti Umani in base al Protocollo 16 (Strasburgo, 2013) alla Convenzione europea dei diritti umani⁵.

Molto ferma è la Corte Suprema sul fatto che i Paesi Bassi debbano comunque fare la loro parte per fronteggiare il rischio del cambiamento climatico, indipendentemente da quello che facciano gli altri Stati⁶. Di fatto e nella direzione di una migliore protezione del diritto umano all'ambiente, gli organi giudiziari hanno assunto nei Paesi Bassi un ruolo quasi-politico, imponendo allo Stato di assumere subito quelle misure drastiche di riduzione delle emissioni che il governo intendeva rinviare a tempi futuri.

Con questa definitiva sentenza, il caso *Urgenda* assume il carattere emblematico del ricorso alla via giudiziaria quale strumento per far fron-

³ La convenzione europea dei diritti umani non contiene alcuna norma che tuteli il diritto umano all'ambiente. Né poteva farlo, dato che il concetto stesso di protezione dell'ambiente non esisteva nel 1950. In generale cfr. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, Torino, 2011.

⁴ Cfr. il par. 5.2.1. della sentenza.

⁵ Cfr. il par. 5.6.4. della sentenza.

⁶ Cfr. il par. 5.7.7. della sentenza.

te al cambiamento climatico, in alternativa alla via diplomatica, che si sviluppa tramite trattati, tanto difficili da negoziare quanto incerti nella loro applicazione⁷. Resta da vedere se esiti analoghi potrebbero avere azioni analoghe proposte in altri Stati parti alla Convenzione europea dei diritti umani.

⁷ Cfr. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2016, p. 81.

Paesi Bassi,
Corte Suprema (Hoge Raad),
Sentenza del 20 dicembre 2019 sul caso
Stato dei Paesi Bassi c. Stichting Urgenda

1. Course of the proceedings

(Omissis)

2. Assumptions and facts

(a) Facts

2.1. In this case, according to para. 2 of the Court of Appeal's judgment, the facts established by the District Court's in paras. 2.1-2.78 of its judgment¹, as well as the facts established by the Court of Appeal in paras. 3.1-3.26 and 44 of its judgment can be taken as a starting point². The parties do not dispute these facts in cassation. The Supreme Court will therefore base its judgment on those facts (Article 419(3) DCCP). The most relevant of these are the following.

Climate change and its consequences

Since the beginning of the industrial revolution, mankind has consumed energy on a large scale. This energy has predominantly been generated by the combustion of fossil fuels (coal, oil and natural gas). This releases carbon dioxide. This compound of carbon and oxygen is referred to by its chemical formula: CO₂. Part of the CO₂ that is released is emitted into the atmosphere, where it remains for hundreds of years or more and is partly absorbed by the ecosystems in forests and oceans. This absorption capacity is dropping continuously due to deforestation and the warming of the sea water.

CO₂ is the most significant greenhouse gas and, in tandem with other

¹ The Hague District Court 24 June 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. English translation ECLI:NL:RBDHA:2015:7196.

² The Hague Court of Appeal 9 October 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591. English translation ECLI:NL:GHDHA:2018:2610.

greenhouse gases, it retains the heat radiated by our planet in the atmosphere. This is called the 'greenhouse effect'. The greenhouse effect increases as more CO₂ is emitted into the atmosphere, which in turn exacerbates global warming. The climate is slow to respond to the emission of greenhouse gases: the full warming effect of the greenhouse gases being emitted today will not be felt for another thirty to forty years. Other greenhouse gases include methane, nitrous oxide and fluorinated gases.

Concentrations of greenhouse gases in the atmosphere are expressed in parts per million (hereinafter: ppm). The term 'ppm CO₂ equivalent' is used to express the total concentration of all greenhouse gases, in which respect the concentration of all of the other, non-CO₂ greenhouse gases is converted into CO₂ equivalents based on the warming effect.

There is a direct, linear connection between the greenhouse gas emissions caused by humans, which are partly caused by the burning of fossil fuels, and the warming of the planet. The planet is already approximately 1.1°C warmer than it was at the start of the industrial revolution. The Court of Appeal assumed that the concentration of greenhouse gases in the atmosphere stood at 401 ppm at the time it rendered its judgment. In recent decades, worldwide emissions of CO₂ have increased by 2% annually.

The rise in the planet's temperature can be prevented or reduced by ensuring that fewer greenhouse gases are emitted into the atmosphere. This is referred to as 'mitigation'. Measures can also be taken to anticipate the effects of climate change, such as raising dikes in low-lying areas. The taking of such measures is referred to as 'adaptation'.

There has long been a consensus in climate science – the science that studies climate and climate change – and in the international community that the average temperature on earth may not rise by more than 2°C compared to the average temperature in the pre-industrial era.

According to climate scientists, if the concentration of greenhouse gases in the atmosphere has not risen above 450 ppm by the year 2100, there is a reasonable chance that this objective (hereinafter: "the two-degree target") will be achieved. In recent years, new insights have shown that the temperature can only safely rise by no more than 1.5°C, which translates into a greenhouse gas concentration level of no more than 430 ppm in the year 2100.

When viewed in light of the maximum concentration level of 430 or 450 ppm in the year 2100 and the current concentration level of green-

house gases (401 ppm), it is clear that the world has very little leeway left when it comes to the emission of greenhouse gases. The total worldwide leeway that now remains for emitting greenhouse gases is referred to as the 'carbon budget'. In the meantime, the chance that the warming of the earth can be limited to a maximum temperature increase of 1.5°C has become extremely slim.

If the earth warms by substantially more than 2°C compared to the pre-industrial era, this would cause, *inter alia*: flooding as a result of sea level rise heat stress as a result of more intense and longer-lasting heat waves, increases in respiratory ailments associated with deteriorating air quality resulting from periods of drought (with severe forest fires), increased spread of infectious diseases, severe flooding as a result of torrential rainfall, and disruptions of the production of food and the supply of drinking water. Ecosystems, flora and fauna will be eroded and there will be a loss of biodiversity. An inadequate climate policy will, in the second half of this century, result in hundreds of thousands of victims in Western Europe alone.

It is not just the consequences that become more severe as global warming progresses. The accumulation of CO₂ in the atmosphere may cause the climate change process to reach a tipping point, which may result in abrupt climate change, for which neither mankind nor nature can properly prepare. The risk of reaching such a tipping point increases at a steepening rate upon a rise in temperature of between 1°C and 2°C.

The IPCC reports

The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) was created in 1988 under the auspices of the United Nations by the World Meteorological Organization (WMO) and the United Nations Environment Programme (UNEP). The IPCC's objective is to obtain insight into all aspects of climate change through scientific research. The IPCC does not conduct research itself, but studies and assesses, *inter alia*, the most recent scientific and technological information that becomes available around the world. The IPCC is not just a scientific organisation, but an intergovernmental organisation as well. It has 195 members, including the Netherlands. Since its inception, the IPCC has published five Assessment Reports and accompanying sub-reports about the state of climate

science and climatological developments. Particularly relevant to these proceedings are the fourth report from 2007 and the fifth report from 2013-2014.

The Fourth IPCC Assessment Report (hereinafter: AR4) from 2004 indicates that a temperature increase of 2°C above the level of the pre-industrial era entails the risk of a dangerous, irreversible change in the climate. After an analysis of various reduction scenarios, this report states that to be able to achieve a maximum volume of 450 ppm in the year 2100, the emissions of greenhouse gases by the countries listed in Annex I to the UNFCCC (including the Netherlands) must be 25% to 40% lower in the year 2020 than they were in the year 1990.

The IPCC published its Fifth Assessment Report in 2013-2014 (hereinafter: AR5). This report established, *inter alia*, that the planet is warming as a result of the increase in the concentration of CO₂ in the atmosphere since the beginning of the industrial revolution, and that this is being caused by human activities, in particular by the burning of oil, gas and coal and by deforestation. In AR5, the IPCC concluded that if the concentration of greenhouse gases in the atmosphere stabilises at around 450 ppm in the year 2100, the chance that the global temperature increase would remain under 2°C was “likely”, that is, higher than 66%. In 87% of the scenarios for achieving this target detailed in AR5, assumptions are made regarding ‘negative emissions’: in other words, the extraction of CO₂ from the atmosphere.

The UNFCCC and the climate conferences

The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) was ratified in 1992³. The purpose of this convention is to promote the stabilisation of the concentration of greenhouse gases in the atmosphere at a level at which would prevent dangerous anthropogenic interference (i.e.: interference caused by humans) with the climate system. The parties to the UNFCCC are referred to as Annex I countries and non-Annex I countries. The Annex I countries are the developed

³ United Nations Framework Convention on Climate Change, New York, 9 May 1992, Trb. 1992, 189, entered into force in the Netherlands on 21 March 1994 (Trb. 1994, 63).

countries, including the Netherlands. According to Article 4(2) of the convention, the Annex I countries must take the lead, in an international context, in counteracting climate change and its negative consequences. They have committed themselves to reducing greenhouse gas emissions. They must periodically report on the measures they have taken. The objective is to return the level of emissions to the level in 1990.

Article 7 UNFCCC provides for the Conference of the Parties (hereinafter: “COP”). The COP is the highest decision-making body within the UNFCCC. Resolutions passed by the COP are generally not legally binding. The COP meets annually at climate conferences.

At the climate conference in Kyoto in 1997 (COP-3), the Kyoto Protocol was agreed upon between a number of Annex I countries, including the Netherlands. This protocol records the reduction targets for the period 2008-2012. According to this protocol, the then-Member States of the EU were obliged to achieve a reduction target of 8% compared to 1990.

The Bali Action Plan was adopted at the climate conference in Bali in 2007 (COP-13). The Bali Action Plan, citing the AR4 referred to in (11), above, acknowledged the need for drastic emissions reductions. This reference regards, *inter alia*, the part of AR4 which states that if the Annex I countries wish to achieve the 450 ppm scenario by the year 2100, they would have to reduce their emissions of greenhouse gases by 2020 by 25-40% compared to 1990.

No agreement could be reached at the climate conference in Copenhagen in 2009 (COP-15) regarding a successor to, or an extension of, the Kyoto Protocol.

At the next climate conference in Cancún in 2010 (COP-16), the parties involved acknowledged in the Cancún Agreements the long-term target of maximising the rise in temperature at 2°C compared to the average temperature in the pre-industrial era – along with the possibility of a more stringent target of a maximum of 1.5°C. In the preamble they refer to the urgency of a major reduction in admissions.

In Cancún, the parties to the Kyoto Protocol stated that the Annex I countries had to continue to take the lead in counteracting climate change and that, given AR4, this “would require Annex I Parties as a group to reduce emissions in a range of 25-40 per cent below 1990 levels by 2020”. The parties to the Kyoto Protocol have urged the Annex I countries to

raise their level of ambition in relation to the commitments they already made, with a view to the 25-40% range referred to in AR4. In the ‘Cancun Pledges’, the EU countries as a group declared themselves prepared to achieve a 20% reduction by 2020 compared to 1990, and offered to achieve a 30% reduction on the condition that other countries were to undertake the achievement of similar reduction targets.

At the climate conference in Doha in 2012 (COP-18), all Annex I countries were called on to raise their reduction targets to at least 25-40% in 2020. An amendment to the Kyoto Protocol was adopted, in which the EU committed to a reduction of 20% in 2020 compared to 1990, and offered to reduce emissions by 30% if other countries were to undertake the achievement of similar reduction targets. This condition was not met. The Doha Amendment did not enter into force.

The Paris Agreement

The Paris Agreement was concluded at the climate conference in Paris in 2015 (COP-21)⁴. 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 preindustrial 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.

The UNEP reports of 2013 and 2017

Since 2010, UNEP (referred to in (10), above) has been reporting annually on the difference between the desired emissions level and the reduction targets to which the parties have committed: this is referred to as the ‘emissions gap’. In the 2013 annual report, UNEP noted, for the third time running, that the contracting states’ commitments were falling short and greenhouse gases emissions were increasing rather than decreasing. UNEP also notes that the Annex I countries fail to meet their joint emissions targets to achieve a 25-40% reduction in 2020, as laid

⁴ Paris Agreement, 12 December 2015, Trb. 2016, 94 (rectification in Trb. 2016, 127), entered into force in the Netherlands on 27 August 2017 (Trb. 2017, 141).

down in the AR4 referred to above. UNEP concludes that it is becoming increasingly improbable that emissions will be low enough in 2020 to achieve the 2°C target at the lowest possible cost. Although later reduction actions could ultimately lead to the same temperature targets, according to UNEP these would be more difficult, costlier and riskier.

UNEP's 2017 annual report states that, in light of the Paris Agreement, an enhanced pre-2020 mitigation action is more urgent than ever. UNEP notes that if the emissions gap that has been observed is not bridged by 2030, then it will be extremely improbable that the 2°C target can still be achieved. This was why, according to UNEP, the targets for 2020 need to be more ambitious.

European climate policy

Article 191 TFEU sets out the EU's environmental targets. The EU formulated directives to implement its environmental policy. The ETS Directive is one of these. 'ETS' stands for 'Emissions Trading System'. This system entails that companies in the ETS sector may only emit greenhouse gases in exchange for the surrender of emissions rights. These emissions rights may be bought, sold or retained. The total volume of greenhouse gases which ETS companies may emit in the period 2013-2020 decreases by 1.74% annually until, in 2020, a 21% reduction is achieved compared to the year 2005.

The Council determined that the EU must reduce greenhouse gas emissions by at least 20% in 2020, 40% in 2030, and 80%-95% in 2050, measured in each case compared to emissions in 1990. Based on the Effort Sharing Decision⁵, it has been determined within the EU that the reduction target of 20% in 2020 for the non-ETS sector means that the Netherlands will have to achieve an emissions reduction of 16% compared to emissions in 2005.

According to the expectations that existed when the Court of Appeal's judgment was rendered, the EU as a whole would achieve an actual emissions reduction in 2020 of 26-27% compared to 1990.

⁵ Decision 406/2009/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the effort of Member States to reduce their greenhouse gas emissions to meet the Community's greenhouse gas emission reduction commitments up to 2020.

Dutch climate policy and the results of that policy

Based on a 2007 programme entitled ‘*Schoon en zuinig*’ [English approximation: ‘Clean and economical’], the Netherlands was working from the premise of a 30% reduction target in 2020 compared to 1990. In a letter of 12 October 2009, the then-Minister of Housing, Spatial Planning and the Environment (*Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer* - “VROM”) informed the Dutch House of Representatives about the Netherlands’ negotiation objective in the context of the climate conference in Copenhagen in 2009 (COP-15). This letter stated, *inter alia*:

“The total of emission reductions proposed by the developed countries so far is insufficient to achieve the 25%-40% reduction in 2020, which is necessary to stay on a credible track to keep the 2-degree target within reach”.

After 2011, the Dutch reduction target was adjusted to the EU-level reduction of 20% in 2020 in other words, for the Netherlands (a) a reduction of 16% in the non-ETS sector and 21% in the ETS sector, each time in comparison to emissions in 2005, and (b) a reduction of at least 40% in 2030, and 80-95% in 2050, in each case compared to 1990.

In the Government Agreement from 2017, the government announced that it would strive to achieve an emissions reduction of at least 49% in 2030 compared to 1990. According to the Government Agreement, the EU reduction target of 40% in 2030 was not sufficient to achieve the two-degree target, let alone the 1.5°C ambition laid down in the Paris Agreement.

Dutch CO₂ emissions per capita of the population are relatively high compared to other industrialised countries. In terms of emissions, the Netherlands was ranked 34th out of 208 countries when the Court of Appeal rendered its judgment. Of the 33 countries with even higher emissions, only 9 had higher per capita emissions, none of which were EU Member States. Of the total volume of Dutch greenhouse gas emissions, 85% consists of CO₂. Dutch CO₂ emissions have barely decreased since 1990 and have even risen in recent years (up until the Court of Appeal’s judgment). In the 2008-2012 period, the Netherlands achieved a 6.4% reduction in CO₂-equivalent emissions. The reduction is attributable to greenhouse gases other than CO₂. In that same period, the fifteen largest

EU Member States achieved an emissions reduction of 11.8%, and the EU as a whole achieved a reduction of 19.2%. Moreover, 30-50% of the reduction in the 2008-2012 period was due to the economic crisis. Had this crisis not occurred, emissions for this period would have been substantially higher (and the reduction substantially lower).

When the Court of Appeal rendered its judgment, it was expected that the Netherlands would achieve a reduction of 23% in 2020, and taking into account a margin for uncertainty, of 19-27%. The District Court refers to a substantially lower expectation in its judgment. The difference is largely attributable to a new calculation method (which is more consistent with that used by the IPCC, but) as a result of which the theoretical reduction percentage is achieved earlier even though the situation is actually more serious. The difference can largely be explained by the fact that the emissions calculation in the base year of 1990 was retrospectively adjusted upwards.

(b) Urgenda's claim and the State's defence

2.2.1. Urgenda ('Urgent Agenda') is engaged in developing plans and measures to prevent climate change. Urgenda's legal form is that of a foundation under Dutch law (*stichting*). Its object according to its Articles is to stimulate and accelerate transition processes towards a more sustainable society, starting in the Netherlands.

Urgenda's view is that the State is doing too little to prevent dangerous climate change. In these proceedings, to the extent relevant in cassation, it is requesting an order instructing the State to limit the volume of greenhouse gas emissions in the Netherlands such that this volume would be reduced by 40% at the end of the year 2020, or at least by a minimum of 25%, compared to the volume in the year 1990. It institutes its claim pursuant to Article 3:305a DCC, which enables interest organisations to bring class action suits. It is pursuing its claim, to the extent relevant in cassation, on behalf of the interests of the current residents of the Netherlands (the inhabitants of the Netherlands) who are being threatened with dangerous climate change.

2.2.2. Urgenda has, briefly put, asserted the following grounds for its claims. The greenhouse gas emissions from the Netherlands are contributing to a dangerous change in the climate. The Netherlands' share of worldwide emissions is excessive, speaking both absolutely and relatively

(per capita of the population). This means that Dutch emissions, for which the State as a sovereign power has systemic responsibility, are unlawful, since they violate the due care which is part of the State's duty of care to those whose interests Urgenda represents (Article 6:162(2) DCC), as well as Articles 2 and 8 ECHR. Under both national and international law, the State is obliged, in order to prevent dangerous climate change, to ensure the reduction of the Dutch emissions level. This duty of care entails that, in 2020, the Netherlands must achieve a reduction in greenhouse gas emissions of 25-40% compared to emissions in 1990, in accordance with the target referred to in AR4 (see para. 2.1(11), above). A reduction of this magnitude is necessary in order to maintain the prospect of achieving the 2°C target. This is also the most cost-effective option.

2.2.3. The defences asserted by the State include the following. The requirements of neither Article 3:296 DCC (court order) nor Article 6:162 DCC (unlawful act) have been met. There is no basis in either national or international law for a duty that legally requires the State to take measures in order to achieve the reduction target as sought. The target laid down in AR4 is not a legally binding standard. Articles 2 and 8 ECHR do not imply an obligation for State to take mitigating or other measures to counter climate change. Granting the reduction order being sought would also essentially come down to an impermissible order to create legislation and would contravene the political freedom accruing to the government and parliament and, thus, the system of separation of powers.

(c) Judgment of the District Court

2.3.1. The District Court ordered the State to limit the combined volume of Dutch annual greenhouse gas emissions, or cause them to be limited, so that this will have been reduced by at least 25% at the end of 2020 compared to the level of the year 1990. The District Court's findings on this point included the following.

The legal obligation of the State towards Urgenda cannot be derived from Article 21 of the Dutch Constitution, the 'no harm' principle, the UNFCCC with associated protocols, Article 191 TFEU, or the ETS Directive and Effort Sharing Decision based on Article 191 TFEU (paras. 4.36-4.44 and 4.52).

Urgenda cannot be considered a direct or indirect victim as meant in Article 34 ECHR. Therefore, Urgenda cannot directly rely on Articles 2 and 8 ECHR (para. 4.45).

The State may act unlawfully by violating its duty of care to prevent dangerous climate change (paras. 4.52-4.53). The criteria laid down in the *Kelderluik* judgment⁶ are relevant to interpreting that duty of care, as are the provisions, principles and rules previously referred to by the District Court (paras. 4.54 -4.63).

Given the severity of the impact from climate change and the significant chance that – unless mitigating measures are taken – dangerous climate change will occur, the State has a duty of care to take mitigating measures. This duty is not diminished by the fact that the Dutch contribution to the present global greenhouse gas emissions is currently quite minor. Given that at least the 450 ppm scenario is required to prevent hazardous climate change, the Netherlands should take measures to ensure that this scenario can be achieved (paras. 4.64-4.83).

Postponing the mitigation as advocated by the State – a less stringent reduction between now and 2030 and a sharp reduction starting in 2030 – will in fact significantly contribute to the risk of dangerous climate change and therefore cannot be deemed a sufficient and acceptable alternative to the scientifically proven and acknowledged higher reduction path of 25-40% in 2020 (para. 4.85).

The State did not argue that a reduction order of 25-40% would result in an undue burden for the Netherlands. On the contrary: the State also argues that a higher reduction target is one of the possibilities. If the reduction is less than 25-40%, the State is failing to fulfil its duty of care and is therefore acting unlawfully. Imposing an obligation of higher than 25% is not allowable due to the State's discretionary power (para. 4.86).

The reduction order sought by Urgenda does not constitute an order to the State to take certain legislative or policy-making measures. If the claim is allowed, the State will retain full discretion, which is pre-eminently vested in it, to determine how to comply with that order (para. 4.101).

In a general sense, the aspects that relate to the *trias politica* do not

⁶ Supreme Court 5 November 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079.

preclude allowing the order being sought. The restraint which the court should exercise does not result in a further limitation than that ensuing from the State's aforementioned discretionary power (para. 4.102).

(d) Judgment of the Court of Appeal

2.3.2. The Court of Appeal confirmed the District Court's judgment. In so doing, the Court of Appeal held as follows.

Urgenda's standing

Dutch law determines who is permitted access to the Dutch courts, including, in the case of Urgenda in these proceedings, Article 3:305a DCC, which provides for class actions brought by interest groups. Since individuals who fall under the State's jurisdiction may rely on Articles 2 and 8 ECHR, which have direct effect in the Netherlands, Urgenda may also do so on behalf of these individuals, pursuant to Article 3:305a DCC (para. 36).

The parties do not dispute that Urgenda has standing to pursue its claim to the extent it is acting on behalf of the current generation of Dutch nationals against the emission of greenhouse gases in Dutch territory. It is entirely plausible that the current generation of Dutch nationals, in particular but not limited to the younger individuals in this group, will have to deal with the adverse effects of climate change in their lifetime if global emissions of greenhouse gases are not adequately reduced. (para. 37) Their interests lend themselves to consolidation as is required for instituting a claim pursuant to Article 3:305a DCC (para. 38).

Articles 2 and 8 ECHR

The State has a positive obligation pursuant to Article 2 ECHR to protect the lives of citizens within its jurisdiction, while Article 8 ECHR obliges the State to protect their right to their home life and private life. This obligation applies to all activities, public and non-public, which could jeopardise the rights protected in these articles, and certainly in the face of industrial activities which by their very nature are dangerous. If the government knows that there is a real and imminent threat, the State must take precautionary measures to prevent infringement as far as possible (paras. 39-43).

Genuine threat of dangerous climate change

The established facts and circumstances imply that there is a real threat of dangerous climate change, resulting in the serious risk that the current generation of Dutch inhabitants will be confronted with losing their lives or having their family lives disrupted. Articles 2 and 8 ECHR imply that the State has a duty to protect against this genuine threat (paras. 44-45).

Is the State acting unlawfully by not reducing by at least 25% by the end of 2020?

The end goal is clear and is not disputed between the parties. By the year 2100, global greenhouse gas emissions must have ceased entirely. Nor do the parties hold differing opinions as to the required interim target of 80-95% reduction relative to 1990 by 2050, and Urgenda endorses the reduction target of 49% relative to 1990 by 2030, as established by the government. The dispute between the parties specifically concerns the question of whether the State can be required to achieve a reduction of at least 25% relative to 1990 by the end of 2020 (para. 46).

A significant effort will have to be made between now and 2030 to reach the 49% target in 2030; more efforts than the limited efforts the Netherlands has undertaken so far. It has also been established that it would be advisable to start the reduction efforts at as early a stage as possible to limit the total emissions in this period. Delaying the reduction will lead to greater risks for the climate. A delay would, after all, allow greenhouse gas emissions to continue in the meantime greenhouse gases which would linger in the atmosphere for a very long time and further contribute to global warming. An even distribution of reduction efforts over the period up to 2030 would mean that the State should achieve a substantially higher reduction in 2020 than 20%. An even distribution is also the starting point of the State for its reduction target of 49% by 2030, which has been derived in a linear fashion from the 95% target for 2050. If extrapolated to the present, this would result in a 28% reduction by 2020, as confirmed by the State in answering the Court of Appeal's questions" (para. 47).

In AR4, the IPCC concluded that a concentration level not ex-

ceeding 450 ppm in 2100 is permissible to keep the two-degree target within reach. Following an analysis of the various reduction scenarios, the IPCC concluded that in order to reach this concentration level, the total greenhouse gas emissions in 2020 of Annex I countries, of which the Netherlands is one, must be 25-40% lower than 1990 levels. In AR5, the IPCC also assumed that a concentration level of 450 ppm may not be exceeded in order to achieve the two-degree target (para. 48).

It is highly uncertain whether it will be possible – as AR5 assumes – to use certain technologies to extract CO₂ from the atmosphere. Given the current state of affairs, climate scenarios based on such technologies bear little resemblance to reality. AR5 might thus have painted too rosy a picture, and it cannot be assumed outright, as the State does, that the ‘multiple mitigation pathways’ listed by the IPCC in AR5 could, as a practical matter, lead to the achievement of the two-degree target. Furthermore, it is plausible that no reduction percentages as of 2020 were included in AR5, because, in 2014, the IPCC’s focus was on targets for 2030. Therefore, the AR5 report does not give cause to assume that the reduction scenario laid down in AR4 has been superseded and that a reduction of less than 25-40% by 2020 would now be sufficient to achieve the two-degree target. In order to assess whether the State has met its duty of care, the Court of Appeal will take as a starting point that an emission reduction of 25-40% in 2020 is required to achieve the two-degree target (para. 49).

The 450 ppm scenario and the related necessity to reduce CO₂ emissions by 25-40% by 2020 are absolutely not overly pessimistic starting points to use as a basis for determining the State’s duty of care. It is not certain whether the two-degree target can be achieved with this scenario. Furthermore, climate science has now acknowledged that a temperature rise of 1.5°C is much more likely to be safe than a rise of 2° C (para. 50).

The IPCC report which states that a reduction of 25-45% by the end of 2020 is needed to achieve the two-degree target (AR4) dates all the way back to 2007. Since that time, virtually all COPs (in Bali, Cancún, Durban, Doha and Warsaw) have referred to this 25-40% standard and Annex I countries have been urged to align their reduction targets accordingly. This may not have established a legal standard with a direct effect, but it does confirm the fact that a reduction of at least 25-40%

in CO₂ emissions is needed to prevent dangerous climate change (para. 51).

Until 2011, the Netherlands assumed its own reduction target to be 30% in 2020. A letter dated 12 October 2009 from the Minister of VROM shows that the State itself was convinced that a scenario with a reduction of less than 25%-40% in 2020 would lack credibility to keep the two-degree target within reach. The Dutch reduction target for 2020 was subsequently adjusted downwards. But a substantiation based on climate science was never given, while it is an established fact that postponing reductions in the meantime will cause continued emissions of CO₂, which in turn will contribute to further global warming. More specifically, the State failed to give reasons why a reduction of only 20% by 2020 (at the EU level) should currently be regarded as credible, for instance by presenting a scenario which proves how – in concert with the efforts of other countries – the currently proposed postponed reduction could still lead to achieving the two-degree target. The EU itself also deemed a reduction of 30% for 2030 necessary to prevent dangerous climate change (para. 52).

The State's Defences

The State asserts that a 'waterbed effect' would result if the Netherlands takes measures to reduce greenhouse gas emissions that fall within the scope of the ETS. Specifically, those measures would create leeway for other EU countries to emit more greenhouse gases. Therefore, according to the State, national measures to reduce greenhouse gas emissions within the framework of the ETS are pointless. This argument does not hold. Just like the Netherlands, other EU countries bear their own responsibility for reducing CO₂ emissions as much as possible. It cannot automatically be assumed that the other Member States will take less far-reaching measures than the Netherlands. On the contrary, compared to Member States such as Germany, the United Kingdom, Denmark, Sweden and France, Dutch reduction efforts are lagging far behind (paras. 55 and 56).

The State also pointed out the risk of 'carbon leakage', which the State understands to be the risk that companies will move their production to other countries with less strict greenhouse gas reduction obliga-

tions. The State has failed to substantiate that this risk will actually occur if the Netherlands were to increase its efforts to reduce greenhouse gas emissions before the end of 2020 (para. 57).

The State has also argued that adaptation and mitigation are complementary strategies to limit the risks of climate change and that Urgenda has failed to appreciate the adaptation measures that the State has taken or will take. This argument also fails. Although it is true that the consequences of climate change can be cushioned by adaptation, it has not been made clear or plausible that the potentially disastrous consequences of excessive global warming can be adequately prevented with adaptation. So while it is certainly logical for the State also to take adaptation measures, this does not diminish its obligation to reduce CO₂ emissions quicker than it has planned (para. 59).

The State has furthermore argued that the emission reduction percentage of 25-40% in 2020 is intended for the Annex I countries as a whole, and that this percentage can therefore not be taken as a starting point for the emission reduction an individual Annex I country, such as the Netherlands, should achieve. The State has failed to provide substantiation for why a lower emission reduction percentage should apply to the Netherlands than to the Annex I countries as a whole. That is not obvious, considering a distribution in proportion to the per capita GDP, which *inter alia* has been taken as a starting point in the EU's Effort Sharing Decision for distributing the EU emission reductions among the Member States. It can be assumed that the Netherlands has one of the highest per capita GDPs of the Annex I countries and the per capita GDP in any case is far above the average of those countries. That is also evident from Appendix II of the Effort Sharing Decision, in which the Netherlands is allocated a reduction percentage (16% relative to 2005) that is among the highest of the EU Member States. It is therefore reasonable to assume that what applies to the Annex I countries as a whole should at least also apply to the Netherlands (para. 60).

The State has also asserted that Dutch greenhouse gas emissions, in absolute terms and compared with global emissions, are minimal, that the State cannot solve the problem on its own, that the worldwide community must cooperate. These arguments are not such that they warrant the absence of more ambitious, genuine action. The Court of Appeal, too, acknowledges that this is a global problem and that the State cannot

solve this problem on its own. However, this does not release the State from its obligation to take measures in/on its territory, within its capabilities, which in concert with the efforts of other states provide protection from the hazards of dangerous climate change (paras. 61 and 62).

The fact that full scientific certainty regarding the efficacy of the ordered reduction scenario is lacking does not mean, given the due observance of the precautionary principle, that the State is entitled to refrain from taking measures. The high degree of plausibility of that efficacy is sufficient (para. 63).

The existence of a real risk of the danger for which measures have to be taken is sufficient to issue an order. It has been established that this is the case. Moreover, if the opinion of the State were to be followed, an effective legal remedy for a global problem as complex as this one would be lacking. After all, each state held accountable would then be able to argue that it does not have to take measures if other states do not do so either. That is a consequence that cannot be accepted, also because *Urgenda* does not have the option to summon all eligible states to appear in a Dutch court (para. 64).

Regarding the plea of a lack of the required relativity as meant in Article 6:163 DCC, the Court of Appeal notes at the outset that these proceedings constitute an action for an order and not an action for damages. The standards that have been violated (Articles 2 and 8 ECHR) do seek to protect *Urgenda* (or those it represents) (para. 65).

The State argues that the system of the separation of powers should not be interfered with because it is not the courts, but the democratically legitimised government, that is the appropriate body to make the attendant policy choices. This argument is rejected in this case, also because the State violates human rights, which calls for the provision of measures, while at the same time the order to reduce emissions gives the State sufficient room to decide how it can comply with the order (para. 67).

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 (para. 68).

Conclusion of the Court of Appeal

The foregoing implies that, up to now, the State has done too little to prevent dangerous climate change and is doing too little to catch up, at least in the short term (up to the end of 2020). Targets for 2030 and beyond do not diminish the fact that a dangerous situation is imminent which requires intervention right now. In addition to the risks in that context, the social costs also come into play. The later reduction actions are taken, the sooner the available carbon budget will be depleted, which in turn would require considerably more ambitious measures to be taken at a later stage, as is acknowledged by the State, to ultimately achieve the desired level of 95% reduction by 2050 (para. 71).

The State cannot hide behind the reduction target of 20% by 2020 at EU level. First of all, also the EU deems a greater reduction in 2020 necessary from a climate science perspective. In addition, the EU as a whole is expected to achieve a reduction of 26-27% in 2020 much higher than the agreed 20%. Also taken into consideration is the fact that, in the past, the Netherlands, as an Annex I country, acknowledged the severity of the climate situation time and again and, mainly based on climate scientific arguments, for years premised its policy on a reduction of 25-40% by 2020, with a concrete policy target of 30% by then. After 2011, this policy objective was adjusted downwards to 20% by 2020 at EU level, without any scientific substantiation and despite the fact that more and more was becoming known about the serious consequences of greenhouse gas emissions for global warming (para. 72).

Based on this, the Court of Appeal held that the State was failing to fulfil its duty of care pursuant to Articles 2 and 8 ECHR by not wanting to reduce emissions by at least 25% by the end of 2020. A reduction of 25% should be considered a minimum, in connection with which recent insights about an even more ambitious reduction in connection with the 1.5°C target have not even been taken into consideration. There is a genuine chance that the reduction by 2020 will prove to be (substantially) lower than 25%. Such a margin of uncertainty is unacceptable. Since there also are clear indications that the current

measures will be insufficient to prevent dangerous climate change, even leaving aside the question of whether the current policy will actually be implemented, measures have to be chosen, also in view of the precautionary principle, that are safe, or at least as safe as possible. The very serious dangers, not contested by the State, associated with a temperature rise of 2°C or 1.5°C – let alone higher – also preclude such a margin of uncertainty (para. 73).

3. The State's complaints in cassation the manner of addressing those complaints

3.1. The State has put forward nine grounds for cassation, each of which contains multiple complaints in cassation. Briefly put, the complaints assert the following.

3.2. Grounds for cassation 1 and 2 are aimed at the Court of Appeal's interpretation of Articles 2 and 8 ECHR. According to the State, there are various reasons why no protection can be derived from these provisions in this case, or at any rate the Court of Appeal failed to provide adequate grounds for its holding that such protection can indeed be derived. According to ground for cassation 1, the Court of Appeal also failed to recognise that the ECtHR leaves the national states a margin of appreciation in the application of these provisions.

3.3. Ground for cassation 3 asserts that the rights under Articles 2 and 8 ECHR do not lend themselves to being combined as is required in order to be able to institute a claim pursuant to Article 3:305a DCC. The Court of Appeal should therefore have dismissed Urgenda's claim for lack of standing to the extent it was based on Articles 2 and 8 ECHR. According to this ground for cassation, those provisions only guarantee individual rights and do not protect society as a whole.

3.4. Grounds for cassation 4-8 assert the following. The State is not legally bound to a reduction target of 25% in 2020. The State did not agree to this reduction target, nor is it an internationally accepted standard. The State is, however, bound in both an international and European context to a target of 20% in 2020 by the EU as a whole. The EU will easily surpass this percentage (specifically, by a reduction of between 26% and 27%).

The reduction target of 25% in 2020 is, moreover, not actually necessary to meeting the twodegree target. That necessity is not implied by the IPCC reports. The recommended extra reduction for the Netherlands in 2020 will have no measurable effect on the global rise in temperature.

Furthermore, the reduction target of 25% in 2020 was once proposed as an overall target for a group of wealthy countries as a whole (the Annex I countries, of which the Netherlands is one) and not as a target for an individual country like the Netherlands. The Netherlands cannot solve the global climate problem on its own. In addition, the 25% reduction target in 2020 has been superseded by AR5, as well as the distinction between Annex I countries and other countries.

The Court of Appeal either failed to recognise this or neglected to take it into proper account. Moreover, the Court of Appeal failed to appreciate that it is up to the State to determine which reduction pathway it follows. The Court of Appeal wrongfully impinged on the discretionary leeway to which the State is entitled.

3.5. In conclusion, ground for cassation 9 raises two issues. First, the State complains that the District Court order that was confirmed by the Court of Appeal was tantamount to an order to create legislation, which is impermissible under Supreme Court case law. This ground for cassation also asserts that the Court of Appeal failed to recognise that it is not for the courts to make the political considerations necessary for a decision on the reduction of greenhouse gas emissions.

3.6. The substance of the aforementioned ground raises various issues. Those issues will be dealt with below, as follows. First, by way of an introduction, the danger and consequences of climate change established by the Court of Appeal will be discussed in more detail (see 4.1-4.8). Subsequently, an answer is provided to the question of whether, as the Court of Appeal held, Articles 2 and 8 ECHR oblige the State to take measures to counter that threat (see 5.1-5.8). Next is discussed which specific obligations on the part of the State that this may imply (see 6.1-6.6). Afterwards, it is discussed whether the State is bound by the 25-40% target stated in AR4, as the Court of Appeal found (see 7.1-7.5.3). Finally, the permissibility of the District Court order confirmed by the Court of Appeal will be discussed (see 8.1-8.35).

4. Assumptions regarding the danger and consequences of climate change

4.1. Given the widely accepted, on climate science derived insights established by the Court of Appeal which the parties do not dispute, the findings of fact regarding the danger and consequences of climate change are, briefly and in essence, the following.

4.2. The emission of greenhouse gases, which are the partial result of burning of fossil fuels and the resultant release of the greenhouse gas CO₂, is leading to an ever-higher concentration of those gases in the atmosphere. This is warming the planet, which is resulting in a variety of hazardous consequences. This may result in local areas of extreme heat, extreme drought, extreme precipitation, or other extreme weather. It is also causing both glacial ice and the ice in and near the polar regions to melt, which is raising the sea level. Some of these consequences are already happening right now. That warming may also result in tipping points, as a result of which the climate on earth or in particular regions of earth changes abruptly and comprehensively. This will result in, among other things, the significant erosion of ecosystems which will, example, jeopardise the food supply, result in the loss of territory and habitable areas, endanger health, and cost human lives.

4.3. Climate science long ago reached a high degree of consensus that the warming of the earth must be limited to no more than 2°C and that this means that the concentration of greenhouse gases in the atmosphere must remain limited to a maximum of 450 ppm. Climate science has since arrived at the insight that a safe warming of the earth must not exceed 1.5°C and that this means that the concentration of greenhouse gases in the atmosphere must remain limited to a maximum of 430 ppm. Exceeding these concentrations would involve a serious degree of danger that the consequences referred to in 4.2 will materialise on a large scale. Below, for brevity's sake, the materialisation of this danger will be referred to below as 'dangerous climate change', as it was in the Court of Appeal's judgment.

4.4. If the emission of greenhouse gases is not sufficiently reduced, the possibility that dangerous climate change will materialise in the foreseeable future cannot be excluded. According to the AR5 "Synthesis Report" AR5, which the IPCC published in 2014 as part of the AR5 re-

port referred to above in para. 2.1(12), there is a danger that the tipping points referred to above in para. 4.2 will occur at a steepening rate once there is a warming between 1°C and 2°C.

4.5. As is clear from the facts stated above in para. 2.1 in (13) *et seq.*, this has been recognised at international level. The UNFCCC, which was concluded in 1992, states that its objective is to reduce the emission of greenhouse gases. Since then, annual climate conferences have been held by the COP, the highest body under that convention, which comprises representatives of the contracting states. At each of those conferences, the point is emphasised that reducing greenhouse gas emissions is urgent and the contracting states are called on to make that reduction a reality. At several conferences, specific agreements have also been made about that reduction. The insight referred to above in para. 4.3 – that the warming of the earth must remain limited to a maximum of 2°C and that the concentration of greenhouse gases in the atmosphere must be limited to a maximum of 450 ppm in order to prevent dangerous climate change – has been endorsed by the IPCC and the COP. The insight that a safe warming is limited to a maximum of 1.5°C, and that this means that the concentration of greenhouse gases in the atmosphere must be limited to a maximum of 430 ppm, was included in the Paris Agreement of 2015, which was based on the UNFCCC and which was signed by more than 190 countries, including the Netherlands.

4.6. The need to reduce greenhouse gas emissions is becoming ever more urgent. Every emission of greenhouse gases leads to an increase in the concentration of greenhouse gases in the atmosphere, and thus contributes to reaching the critical limits of 450 ppm and 430 ppm. In any case, the limited remaining carbon budget (see above in para. 2.1(7)) means that each postponement of a reduction in greenhouse gas emissions will require a future reduction to be more stringent in order to stay within the confines of the remaining carbon budget.

In its annual reports, the UNEP reports on the emissions gap, which is the difference between emissions based on the emissions-reduction target which countries reported to the UN – in which respect the assumption is that these targets have been achieved – and the desired emissions (see above in para. 2.1(22)). The 2017 UNEP report states that, in light of the Paris Agreement, the reduction of greenhouse gas emissions is more urgent than ever. The UNEP also remarks that if the emissions

gap is not bridged by 2030, achieving the target of a maximum warming of 2°C is extremely unlikely.

4.7. Based on the aforementioned facts, the Court of Appeal concluded, quite understandably, in para. 45 that there was “a real threat of dangerous climate change, resulting in the serious risk that the current generation of citizens will be confronted with loss of life and/or a disruption of family life”. The Court of Appeal also held, in para. 37, that it was “clearly plausible that the current generation of Dutch nationals, in particular but not limited to the younger individuals in this group, will have to deal with the adverse effects of climate change in their lifetime if global emissions of greenhouse gases are not adequately reduced”.

4.8. The Netherlands is a party to the UNFCCC and to the Paris Agreement, and the State acknowledges the facts stated above. The State does not challenge the Court of Appeal’s conclusion, as referred to above in para. 4.7, and acknowledges the urgent need to take measures to reduce greenhouse gas emissions. The State also does not dispute that it is required to contribute to that emissions reduction. What the State does challenge is that Articles 2 and 8 ECHR oblige it to take these measures, as the Court of Appeal held, and that it is obliged based on those provisions to ensure that the volume of greenhouse gases being emitted at the end of 2020 is 25% less than it was in 1990.

5. Do Articles 2 and 8 ECHR oblige the State to take measures?

5.1. According to the State, Articles 2 and 8 ECHR do not oblige it to offer protection from the genuine threat of dangerous climate change. The State asserts that this danger is not specific enough to fall within the scope of protection afforded by Articles 1, 2 and 8 ECHR. To that end, the State asserts that the threat is global in nature; in other words, that it is global in both cause and scope, and that it relates to the environment, which the State argues is not protected as such by the ECHR.

(a) The meaning of Articles 1, 2 and 8 ECHR; positive treaty obligations

5.2.1. Article 1 ECHR provides that the contracting parties must secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of the ECHR. In other words, ECHR protection is afforded to the persons who fall within the states’ jurisdiction. In the Netherlands

this regards, primarily and to the extent relevant in this case, the residents of the Netherlands.

5.2.2. Article 2 ECHR protects the right to life. According to established ECtHR case law, this provision also encompasses a contracting state's positive obligation to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction⁷. According to that case law, this obligation applies, *inter alia*, if the situation in question entails hazardous industrial activities, regardless of whether these are conducted by the government itself or by others, and also in situations involving natural disasters. The ECtHR has on multiple occasions found that Article 2 ECHR was violated with regard to a state's acts or omissions in relation to a natural or environmental disaster⁸. It is obliged to take appropriate steps if there is a real and immediate risk to persons and the state in question is aware of that risk. In this context, the term 'real and immediate risk' must be understood to refer to a risk that is both genuine and imminent. The term 'immediate' does not refer to imminence in the sense that the risk must materialise within a short period of time, but rather that the risk in question is directly threatening the persons involved. The protection of Article 2 ECHR also regards risks that may only materialise in the longer term⁹.

⁷ See, *inter alia*, ECtHR 28 March 2000, no. 22492/93 (Kiliç/Turkey), para. 62, and ECtHR 17 July 2014, no. 47848/08 (Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu/Romania), para. 130.

⁸ Cf. ECHR, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights (version 31 August 2019), nos. 9, 10 and 31-37 and the ECtHR judgments mentioned there.

⁹ Cf., *inter alia*, the following judgments in which the ECtHR held that the requirements set out here were met: ECtHR 30 November 2004, no. 48939/99 (Öneryildiz/Turkey), paras 98-101 (gas explosion at landfill the risk of this occurring at any time had existed for years and had been known to the authorities for years), ECtHR 20 March 2008, no. 15339/02 (Budayeva et al./Russia), paras. 147-158 (life-threatening mudslide the authorities were aware of the danger of mudslides there and of the possibility that they might occur at some point on the scale it actually did) and ECtHR 28 February 2012, no. 17423/05 (Kolyadenko et al./Russia), paras. 165 and 174-180 (necessary outflow from the reservoir because of exceptionally heavy rains the authorities knew that in the event of exceptionally heavy rains evacuation might be necessary). See in this sense also Administrative Jurisdiction Division of the Council of State 18 November 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578 (Gas extraction in Groningen), para. 39.3.

5.2.3. Article 8 ECHR protects the right to respect for private and family life. This provision also relates to environmental issues. The ECHR may not entail a right to protection of the living environment, but according to established ECtHR case law, protection may be derived from Article 8 ECHR in cases in which the materialisation of environmental hazards may have direct consequences for a person's private lives and are sufficiently serious, even if that person's health is not in jeopardy. According to that case law, when it comes to environmental issues, Article 8 ECHR encompasses the positive obligation to take reasonable and appropriate measures to protect individuals against possible serious damage to their environment. The ECtHR has found that Article 8 ECHR was violated in various cases involving environmental harm¹⁰. The obligation to take measures exists if there is a risk that serious environmental contamination may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely. That risk need not exist in the short term¹¹.

5.2.4. According to the ECtHR, when it comes to activities that are hazardous to the environment, the positive obligation implied by Article 8 ECHR largely overlaps with the obligation implied by Article 2 ECHR. The case law regarding the former obligation therefore applies to the latter obligation¹². In the case of environmentally hazardous activities, the state is expected to take the same measures pursuant to Article 8 ECHR that it would have to take pursuant to Article 2 ECHR¹³. Therefore, the obligations pursuant to Articles 2 and 8 ECHR will be referred to collectively below.

5.3.1. The protection afforded by Articles 2 and 8 ECHR is not limited to specific persons, but to society or the population as a whole¹⁴. The

¹⁰ Cf. ECtHR, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (version dated 31 August 2019), nos. 119-127, 420-435 and 438-439 and the ECtHR judgments mentioned there.

¹¹ Cf. ECtHR 10 November 2004, no. 46117/99 (*Ta kin et al./Turkey*), paras. 107 and 111-114 (Article 8 ECHR also applies to the threat of environmental pollution that might materialise only in twenty to fifty years), and ECtHR 27 January 2009, no. 67021/01 (*T tar/Romania*), paras. 89-97 (possible longer-term health risks from heavy metal emissions from gold mining).

¹² ECtHR 20 March 2008, no. 15339/02 (*Budayeva et al./Russia*), para. 133.

¹³ ECtHR 24 July 2014, no. 60908/11 (*Brincat et al./Malta*), para. 102.

¹⁴ With regard to Article 2 ECHR, see, inter alia, ECtHR 12 January 2012, no.

latter is for instance the case with environmental hazards¹⁵. In the case of environmental hazards that endanger an entire region, Articles 2 and 8 ECHR offer protection to the residents of that region.

5.3.2. 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 uncertain¹⁶. This is consistent with the precautionary principle¹⁷. 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 suitable¹⁸.

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 case¹⁹.

5.3.3. The court may determine whether the measures taken by a state are reasonable and suitable. The policy a state implements when taking measures must be consistent and the state must take measures in good time. A state must take due diligence into account in its policy²⁰. The court can determine whether the policy implemented satisfies these

36146/05 (Gorovenky and Bugara/Ukraine), para. 32, and ECtHR 13 April 2017, no. 26562/07 (Tagayeva et al./Russia), para. 482. With regard to Article 8 ECHR, see, *inter alia*, ECtHR 26 July 2011, no. 9718/03 (Stoicescu/Romania), para. 59.

¹⁵ See ECtHR 10 January 2012, no. 30765/08 (Di Sarno et al./Italy), para. 110 and ECtHR 24 January 2019, no. 54414/13 (Cordella et al./Italy), para. 172.

¹⁶ See, *inter alia*, the judgments cited in 5.2.2 and 5.2.3 above.

¹⁷ With regard to Article 8 ECHR, see: ECtHR 27 January 2009, no. 67021/01 (T tar/ Romania), para. 120.

¹⁸ With regard to Article 2 ECHR, see, *inter alia*, ECtHR 20 March 2008, no. 15339/02 (Budayeva et al./Russia), para. 134, and ECtHR 24 July 2014, no. 60908/11 (Brincat et al./Malta), para. 101. With regard to Article 8 ECHR, see, *inter alia*, ECtHR 9 June 2005, no. 55723/00 (Fadayeveva/Russia), para. 96.

¹⁹ See again the judgments cited in 5.2.2 and 5.2.3, above.

²⁰ See, *inter alia*, ECtHR 30 November 2004, nr. 48939/99 (Öneryildiz/Turkey), para. 128, ECtHR 9 June 2005, no. 55723/00 (Fadayeveva/Russia), para. 128, and ECtHR 26 July 2011, no. 9718/03 (Stoicescu/Romania), para. 59.

requirements. In many instances found in ECtHR case law, a state's policy has been found to be inadequate, or a state has failed to provide sufficient substantiation that its policy is not inadequate²¹. In its judgment in *Jugheli et al./Georgia*²², for example, the ECtHR held as follows:

“76. The Court reiterates that it is not its task to determine what exactly should have been done in the present situation to reduce the impact of the plant's activities upon the applicants in a more efficient way. However, it is within the Court's jurisdiction to assess whether the Government approached the problem with due diligence and gave consideration to all the competing interests. In this respect the Court reiterates that the onus is on the State to justify, using detailed and rigorous data, a situation in which certain individuals bear a heavy burden on behalf of the rest of the community (see *Fadeyeva*, cited above, § 128). Looking at the present case from this perspective, the Court notes that the Government did not present to the Court any relevant environmental studies or documents informative of their policy towards the plant and the air pollution emanating therefrom that had been affecting the applicants during the period concerned”.

5.3.4. Articles 2 and 8 ECHR must not result in an impossible or under the given circumstances disproportionate burden being imposed on a state²³. If a state has taken reasonable and suitable measures, the mere fact that those measures were unable to deter the hazard does not mean that the state failed to meet the obligation that had been imposed on it. The obligations ensuing from Articles 2 and 8 ECHR regard measures to be taken by a state, not the achievement, or guarantee of the achievement, of the envisaged result²⁴.

(b) Interpretation standards for the ECHR; ‘common ground’

5.4.1. According to established ECtHR case law, the provisions of the

²¹ See ECtHR 9 June 2005, no. 55723/00 (*Fadeyeva/Russia*), paras. 124-134, ECtHR 20 March 2008, no. 15339/02 (*Budayeva et al./Russia*), paras. 156-158, ECtHR 24 January 2019, no. 54414/13 (*Cordella et al./Italy*), paras. 161-174, ECtHR 10 February 2011, no. 30499/03 (*Dubetska et al./Ukraine*), paras. 150-156, and ECtHR 13 July 2017, no. 38342/05 (*Jugheli et al./Georgia*), paras. 76-78.

²² ECtHR 13 July 2017, no. 38342/05 ECtHR 13 July 2017, no. 2017/190 (*Jugheli et al./Georgia*).

²³ See ECtHR 20 March 2008, no. 15339/02 (*Budayeva et al./Russia*), para. 135, and ECtHR 24 July 2014, no. 60908/11 (*Brincat et al./Malta*), para. 101.

²⁴ See ECtHR 26 July 2011, no. 9718/03 (*Stoicescu/Romania*), para. 59.

ECHR must be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective. According to the ECtHR, this ‘effectiveness principle’ ensues from “the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings”²⁵. This also regards the application of Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties²⁶, which stipulates that a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in the light of its object and purpose.

5.4.2. According to ECtHR case law, an interpretation of the ECHR must also take into account the relevant rules of international law referred to in Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. For example, in its judgment in *Nada/Switzerland*, the ECtHR held as follows²⁷:

“169. Moreover, the Court reiterates that the Convention cannot be interpreted in a vacuum but must be interpreted in harmony with the general principles of international law. Account should be taken, as indicated in Article 31 § 3 (c) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”, and in particular the rules concerning the international protection of human rights (...)”.

Furthermore, in accordance with Article 31(3), opening words and paragraph (b), of the Vienna Convention on the Law of Treaties, an interpretation of treaty provisions must take the Member States’ application practice into account.

The ECtHR’s holding in the *Demir and Baykara/Turkey*²⁸ judgment was consistent with the foregoing:

“85. The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such

²⁵ See, inter alia, ECtHR 7 July 1989, no. 14038/88 (*Soering/United Kingdom*), para. 87.

²⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, Trb. 1972, 51 and 1985, 79.

²⁷ ECtHR 12 September 2012, no. 10593/08 (*Nada/Switzerland*).

²⁸ ECtHR 12 November 2008, no. 34503/97 (*Demir and Baykara/Turkey*). For an example, see ECtHR 27 January 2009, no. 67021/01 (*T tar/Romania*), para. 120 (reference to the Rio Declaration).

elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.

86. In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies (...).”

In this context, is spoken of the common-ground method of interpreting the ECHR, in accordance with the last section of the findings cited above.

5.4.3. According to ECtHR case law, an interpretation and application of the ECHR must also take scientific insights and generally accepted standards into account²⁹.

(c) Article 13 ECHR

5.5.1. Article 13 ECHR is also relevant to the interpretation of Articles 2 and 8 ECHR; Article 13 provides that if the rights and freedoms under the ECHR are violated, there exists the right to an effective remedy before a national authority. According to ECtHR case law, this provision guarantees the existence of a remedy at national level to compel the observance of these rights and freedoms. In cases involving an arguable complaint regarding the violation of those rights and freedoms, national law must therefore offer a remedy that leads to obtaining appropriate relief. The scope of this obligation depends on the nature of the violation. The remedy must be both practically and legally effective³⁰.

²⁹ See, *inter alia*, ECtHR 17 October 1986, no. 9532/81 (Rees), para. 47, ECtHR 30 November 2004, no. 48939/99 (Öneryildiz/Turkey), paras. 59, 71, 90 and 93 (meaning ‘dangerous activities’), and ECtHR 20 May 2010, no. 61260/08 (Olui /Croatia), paras. 29-31, 49, 60 and 62 (WHO noise standards).

³⁰ See ECtHR 26 October 2000, no. 30210/96 (Kudła/Poland), para. 157, ECtHR 27 January 2015, no. 36925/10 (Neshkov et al./Bulgaria), paras. 180 and 181, and ECtHR 31 October 2019, no. 21613/16 (Ulemek/Croatia), para. 71.

5.5.2. A remedy is considered effective as meant in Article 13 ECHR if it will prevent or end the violation or if the remedy offers adequate redress for a violation that has already occurred. In the case of more serious violations, the available remedies must provide for both: the prevention or end of the violation as well as redress³¹. National states are thus required to provide remedies that can effectively prevent more serious violations.

5.5.3. The remedy must ensure that a national court determines whether the rights and freedoms ensuing from the ECHR have been violated and that this court does so in accordance with the rules of the ECHR and the interpretation of those rules by the ECtHR³². In short: the remedy must offer effective legal protection from possible violations of the rights and freedoms ensuing from the ECHR.

(d) Do Articles 2 and 8 ECHR apply to the global problem of the danger of climate change?

5.6.1. Pursuant to Articles 93 and 94 of the Dutch Constitution, Dutch courts must apply every provision of the ECHR that is binding on all persons. Because the ECHR also subjects the Netherlands to the jurisdiction of the ECtHR (Article 32 ECHR), Dutch courts must interpret those provisions as the ECtHR has, or interpret them premised on the same interpretation standards used by the ECtHR³³. This means that the findings above in paras. 5.2.1-5.5.3 must also be used as a premise by the Dutch courts.

5.6.2. Pursuant to the findings above in paras. 5.2.1-5.3.4, no other conclusion can be drawn but that the State is required pursuant to Articles 2 and 8 ECHR to take measures to counter the genuine threat of dangerous climate change if this were merely a national problem. Given the findings above in paras. 4.2-4.7, after all, this constitutes a ‘real and

³¹ See, *inter alia*, ECtHR 15 January 2015, no. 62198/11 (Kuppinger/Germany), paras. 136 and 137, with regard to a violation of Article 8 ECHR, and ECtHR 27 January 2015, no. 36925/10 (Neshkov et al./Bulgaria), para. 181, and ECtHR 31 October 2019, no. 21613/16 (Ulemek/Croatia), para. 71, with regard to a violation of Article 3 ECHR.

³² See ECtHR 27 January 2015, no. 36925/10 (Neshkov et al./Bulgaria), paras. 186 and 187, and ECtHR 31 October 2019, no. 21613/16 (Ulemek/Croatia), para. 71.

³³ Cf. Supreme Court 16 December 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, para. 3.3.3, first paragraph.

immediate risk' as referred to above in para. 5.2.2 and it entails the risk that the lives and welfare of Dutch residents could be seriously jeopardised. The same applies to, *inter alia*, the possible sharp rise in the sea level, which could render part of the Netherlands uninhabitable. The fact that this risk will only be able to materialise a few decades from now and that it will not impact specific persons or a specific group of persons but large parts of the population does not mean – contrary to the State's assertions – that Articles 2 and 8 ECHR offer no protection from this threat (see above in para. 5.3.1 and the conclusion of paras. 5.2.2 and 5.2.3). This is consistent with the precautionary principle (see para. 5.3.2, above). The mere existence of a sufficiently genuine possibility that this risk will materialise means that suitable measures must be taken.

5.6.3. As the State has asserted, the ECtHR has not yet issued any judgments regarding climate change or decided any cases that bear the hallmarks that are particular to issues of climate change. Those hallmarks are, briefly put, the dangers presented by a globally occurring activity – the emission of greenhouse gases all over the world, and not just from Dutch territory – whose consequences will have a worldwide impact, including in the Netherlands. The question is whether the global nature of the emissions and the consequences thereof entail that no protection can be derived from Articles 2 and 8 ECHR, such that those provisions impose no obligation on the State in this case.

5.6.4. The Supreme Court considers the answer to this question to be sufficiently clear. It will therefore give the answer to this question itself and will not submit it to the ECtHR for an advisory opinion, as is possible but not compulsory under Protocol no. 16 to the ECHR, which entered into effect on 1 June 2019. In addition, both parties have asked the Supreme Court to hand down its judgment before the end of 2019, in view of the time to which the District Court's order, upheld by the Court of Appeal, relates, which is the end of 2020.

(e) Joint responsibility of the states and partial responsibility of individual states

5.7.1. The answer to the question referred to in 5.6.3 above is in the opinion of the Supreme Court, that, under Articles 2 and 8 ECHR, the Netherlands is obliged to do 'its part' in order to prevent dangerous climate change, even if it is a global problem. This is based on the following grounds.

5.7.2. The UNFCCC is based on the idea that climate change is a global problem that needs to be solved globally. Where emissions of greenhouse gases take place from the territories of all countries and all countries are affected, measures will have to be taken by all countries. Therefore, all countries will have to do the necessary. The preamble to this convention states, among other things, the following in this context:

“Acknowledging that the global nature of climate change calls for the widest possible cooperation by all countries and their participation in an effective and appropriate international response, in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities and their social and economic conditions, (...).

Recalling also that States have (...) the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”.

5.7.3. The objective of the UNFCCC is to stabilise greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous human induced interference with the climate system (Article 2). Article 3 contains various principles to achieve this objective. For instance, Article 3(1) provides that the parties “should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind, on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities”. Article 3(3) provides that the parties “should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimize the causes of climate change and mitigate its adverse effects”. And Article 4 provides, put succinctly, that all parties will take measures and develop policy in this area. It follows from these provisions that each state has an obligation to take the necessary measures in accordance with its specific responsibilities and possibilities.

5.7.4. At the annual climate change conferences held on the basis of the UNFCCC since 1992, the provisions mentioned above in 5.7.3 have been further developed in various COP decisions. In each case these are based first and foremost on an acknowledgement of the above understanding: all countries will have to do the necessary. Articles 3 et seq. of the 2015 Paris Agreement reiterates this in so many words.

5.7.5. This understanding corresponds to what is commonly referred to as the ‘no harm principle’, a generally accepted principle of interna-

tional law which entails that countries must not cause each other harm. This is also referred to in the preamble to the UNFCCC (in the section cited in 5.7.2 above). Countries can be called to account for the duty arising from this principle. Applied to greenhouse gas emissions, this means that they can be called upon to make their contribution to reducing greenhouse gas emissions. This approach justifies partial responsibility: each country is responsible for its part and can therefore be called to account in that respect.

5.7.6. This partial responsibility is in line with what is adopted in national and international practice in the event of unlawful acts that give rise to only part of the cause of the damage. Partial responsibility is in line with, *inter alia*, the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, as proposed by the UN International Law Commission and adopted by the UN General Assembly. This is apparent, for example, in the explanatory notes to Article 47(1) thereof, in which the following is remarked³⁴:

“6. According to paragraph 1 of article 47, where several States are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State may be invoked in relation to that act. The general rule in international law is that of separate responsibility of a State for its own wrongful acts and paragraph 1 reflects this general rule (...).

8. Article 47 only addresses the situation of a plurality of responsible States in relation to the same internationally wrongful act. The identification of such an act will depend on the particular primary obligation, and cannot be prescribed in the abstract. Of course, situations can also arise where several States by separate internationally wrongful conduct have contributed to causing the same damage. For example, several States might contribute to polluting a river by the separate discharge of pollutants. (...) In such cases, the responsibility of each participating State is determined individually, on the basis of its own conduct and by reference to its own international obligations”.

Many countries have corresponding rules in their liability law system³⁵.

³⁴ Yearbook of the International Law Commission 2001, Vol. II, Part Two, p. 125, right-hand column.

³⁵ Cf. the overview at A.M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*,

It is true that Article 3(1) UNFCCC referred to in 5.6.3 above entails that the distribution of the measures to be taken against climate change must not be based solely on the basis of responsibility for past emissions by a country, and that consideration must also be given to the possibilities for countries to reduce their emissions. But that does not detract from the fact that the underlying principle of these widely accepted rules is always that, in short, ‘partial fault’ also justifies partial responsibility.

5.7.7. Partly in view of the serious consequences of dangerous climate change as referred to in 4.2 above, the defence that a state does not have to take responsibility because other countries do not comply with their partial responsibility, cannot be accepted. Nor can the assertion that a country’s own share in global greenhouse gas emissions is very small and that reducing emissions from one’s own territory makes little difference on a global scale, be accepted as a defence. Indeed, acceptance of these defences would mean that a country could easily evade its partial responsibility by pointing out other countries or its own small share. If, on the other hand, this defence is ruled out, each country can be effectively called to account for its share of emissions and the chance of all countries actually making their contribution will be greatest, in accordance with the principles laid down in the preamble to the UNFCCC cited above in 5.7.2.

5.7.8. Also important in this context is that, as has been considered in 4.6 above about the carbon budget, each reduction of greenhouse gas emissions has a positive effect on combating dangerous climate change, as every reduction means that more room remains in the carbon budget. The defence that a duty to reduce greenhouse gas emissions on the part of the individual states does not help because other countries will continue their emissions cannot be accepted for this reason either: no reduction is negligible³⁶.

5.7.9. Climate change threatens human rights, as follows from what has been considered in 5.6.2 above. This is also recognised internation-

International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Torts Chapter 7, no. 112, and A.J. Akkermans, WPNR 6043. Cf. also Article 3:105 of Principles of European Tort Law. For the Netherlands, see: Supreme Court 23 September 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713 (Kalimijnen), para. 3.5.1, third paragraph.

³⁶ See in this sense also the judgment of the Supreme Court of United States in the case *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, 2 April 2007, 549 U.S. 497 (2007), pp. 22-23.

ally outside the context of the Council of Europe³⁷. In order to ensure adequate protection from the threat to those rights resulting from climate change, it should be possible to invoke those rights against individual states, also with regard to the aforementioned partial responsibility. This is in line with the principle of effective interpretation, referred to in 5.4.1 above, that the ECtHR applies when interpreting the ECHR and also with the right to effective legal protection guaranteed by Article 13 ECHR, referred to 5.5.1-5.5.3 above.

5.8. In view of the considerations in 5.7.2-5.7.9 above, the Supreme Court finds that Articles 2 and 8 ECHR relating to the risk of climate change should be interpreted in such a way that these provisions oblige the contracting states to do ‘their part’ to counter that danger. In light both of the facts set out in 4.2-4.7 and of the individual responsibility of the contracting states, this constitutes an interpretation of the positive obligations laid down in those provisions that corresponds to its substance and purport as mentioned in 5.2.1-5.3.3 above. This interpretation is in accordance with the standards set out in 5.4.1-5.4.3 that the ECtHR applies when interpreting the ECHR and that the Supreme Court must also apply when interpreting the ECHR.

(f) Can this obligation pursuant to Articles 2 and 8 ECHR also be relied upon in a case involving a claim pursuant to Article 3:305a DCC?

5.9.1. It follows from the above that, as the Court of Appeal has ruled, the State is obliged on the basis of Articles 2 and 8 ECHR to take appropriate measures against the threat of dangerous climate change, in accordance with its share as referred to in 5.8 above.

5.9.2. Urgenda, which in this case, on the basis of Article 3:305a DCC, represents the interests of the residents of the Netherlands with respect to whom the obligation referred to in 5.9.1 above applies, can invoke this obligation. After all, the interests of those residents are sufficiently similar and therefore lend themselves to being pooled, so as to promote efficient and effective legal protection for their benefit³⁸. Especially in

³⁷ Cf., inter alia, the data mentioned in 2.79-2.80 of the Opinion proffered by the deputy Procurator General and the Advocate General.

³⁸ Cf., inter alia, Parliamentary Papers II, 1991/92, 22 486, no. 3, pp. 7 and 21-22, Supreme Court 27 June 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741 (de Nieuwe Meer), para. 3.2, and Supreme Court 9 April 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP), para. 4.3.2.

cases involving environmental interests, such as the present case, legal protection through the pooling of interests is highly efficient and effective³⁹. This is also in line with Article 9(3) in conjunction with Article 2(5) of the Aarhus Convention⁴⁰, which guarantees interest groups access to justice in order to challenge violations of environmental law, and in line with Article 13 ECHR (see 5.5.1-5.5.3 above).

5.9.3. As the Court of Appeal rightly held in para. 35, the fact that Urgenda does not have a right to complain to the ECtHR on the basis of Article 34 ECHR, because it is not itself a potential victim of the threatened violation of Articles 2 and 8 ECHR, does not detract from Urgenda's right to institute proceedings. After all, this does not deprive Urgenda of the power to institute a claim under Dutch law in accordance with Article 3:305a DCC on behalf of residents who are in fact such victims.

(g) Assessment of the complaints in cassation

5.10. The complaints of grounds for cassation 1-3 fail on the basis of the above. The same applies to the complaints of grounds for cassation 4-8 insofar as these relate to the Court of Appeal's opinion that Articles 2 and 8 ECHR subject the State to the duty to take measures to counter dangerous climate change.

6. Assumptions in answering the question of what specific obligation on the part of the State results from the foregoing

6.1. As considered above, pursuant to Articles 2 and 8 ECHR the State is obliged towards the residents of the Netherlands, in accordance with its share as referred to above in 5.8, to take adequate measures to reduce greenhouse gas emissions from Dutch territory. However, this does not yet answer the question of what this obligation on the part of the State means in concrete terms.

6.2. The answer to this question belongs, in principle, to the political domain, both internationally and nationally. States will have to agree among themselves on their respective individual share in reducing greenhouse gas emissions and make the necessary choices and considerations

³⁹ Supreme Court 27 June 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD3741 (de Nieuwe Meer), para. 3.2, and Parliamentary Papers II, 1991/92, 22 486, no. 3, pp. 22-23.

⁴⁰ Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, 25 June 1998, Trb. 1998, 289, entered into force in the Netherlands on 29 March 2005, Trb. 2005, 22.

in this regard. Such agreements have been made, in the UNFCCC, but only in the form of the general obligations mentioned in 5.7.3 above and principles set out in Articles 3 and 4 of the UNFCCC. These general obligations and principles mean that a fair distribution must take place, taking into account the responsibility and state of development of the individual countries. For obvious political reasons, international or otherwise, some which relating to negotiation strategy, the emission reduction agreements made at the various climate conferences are not legally binding in themselves.

6.3. In the Dutch constitutional system, making the agreement referred to in 6.2 above falls within the competence of the government, which is subject to parliamentary oversight. The Netherlands can also decide to reduce greenhouse gas emissions from its territory without binding or non-binding international agreements. The Netherlands is also obliged to do so, as has been considered in 5.9.1 above. Although determining the share to be contributed by the Netherlands in the reduction of greenhouse gas emissions is, in that context too, in principle, a matter for the government and parliament, the courts can assess whether the measures taken by the State are too little in view of what is clearly the lower limit of its share in the measures to be taken worldwide against dangerous climate change. It is clear, for example, in view of what has been considered above in 5.7.2-5.8, that the State cannot at any rate do nothing at all and that the courts can rule that the State is in breach of its obligation referred to in 5.9.1 above if it does nothing.

Under certain circumstances, there may also be such clear views, agreements and/or consensus in an international context about the distribution of measures among countries that the courts can establish what – in accordance with the widely supported view of states and international organisations, which view is also based on the insights of climate science – can in any case be regarded as the State's minimum fair share. On the basis of the standards referred to above in 5.4.2 and 5.4.3 (including the common ground method), which the Dutch courts are obliged to apply when interpreting the ECHR (see above in 5.6.1), the courts are then obliged to proceed to establishing such and to attach consequences to it in their judgment on the extent of the State's positive obligations. It follows from the ECtHR case law referred to above in 5.4.2 that, under certain circumstances, agreements and rules that are not binding in and

of themselves may also be meaningful in relation to such establishment. This may be the case if those rules and agreements are the expression of a very widely supported view or insight and are therefore important for the interpretation and application of the State's positive obligations under Articles 2 and 8 ECHR.

6.4. The right to effective legal protection under Article 13 ECHR mentioned above in 5.5.1-5.5.3 entails, in a case such as this, that the courts must examine whether it is possible to grant effective legal protection by examining whether there are sufficient objective grounds from which a concrete standard can be derived in the case in question.

6.5. In addition, the courts can assess whether the State, with regard to the threat of a dangerous climate change, is complying with its duty mentioned above in 5.5.3 under Articles 2 and 8 ECHR to observe due diligence and pursue good governance. Under certain circumstances, the obligation to take measures of a certain scope or quality may arise from this duty. Furthermore, this duty implies that, under certain circumstances, the State must properly substantiate that the policy it pursues meets the requirements to be imposed, i.e. that it pursues a policy through which it remains above the lower limit of its fair share.

6.6. In determining the State's minimum obligations, the courts must observe restraint, especially if rules or agreements are involved that are not binding in themselves. It is therefore only in clear-cut cases that the courts can rule, on the grounds referred to above in 6.3-6.5, that the State has a legal obligation to take measures.

7. The 25-40% target for Annex I countries

7.1. The first question to be addressed in these proceedings is whether the 25% to 40% reduction in greenhouse gas emissions in 2020 compared to 1990, which is based on AR4 (hereinafter: 'the 25-40% target'), formulated as a target for the Annex I countries, represents a corresponding obligation for the state. The State rightly argues that this target is not a binding rule or agreement in and of itself. The question is therefore whether this target nevertheless binds the State on one or more of the grounds mentioned above in 6.3-6.5.

The first question that needs to be answered in this context is (a) to what extent there is support within the international community for the 25-40% target. This question will be dealt with in 7.2.1-

7.2.11 below. The next question is (b) whether this target also applies to the Netherlands as an individual country. This question will be dealt with in 7.3.1-7.3.6 below. After that (c) the State's policy to combat dangerous climate change is discussed in 7.4.1-7.4.6. Lastly (d) in 7.5.1-7.5.3 the question is answered whether it follows from all this that the Netherlands is obliged to meet the 25-40% target, as ruled by the District Court and Court of Appeal.

This is based on the facts established by the Court of Appeal.

(a) The degree of international consensus regarding the 25-40% target

7.2.1. The 25-40% target is part of an IPCC scenario in AR4 from 2007 for a global reduction in greenhouse gas emissions⁴¹. This scenario provides for Annex I countries to reduce greenhouse gas emissions by 25% to 40% in 2020 and by 80% to 95% in 2050, both compared to 1990 emissions. The distribution of measures between Annex I countries and other countries in this scenario is based on the principles of Articles 3 and 4 UNFCCC. The scenario was written for the target of a maximum concentration of greenhouse gases in the atmosphere of 450 ppm by 2100. This is the concentration at which global warming is reasonably expected to be limited to a maximum of 2°C. AR4 was established on the assumption that this is probably the critical limit above which there is risk of dangerous climate change. The scenario offers a good chance of not exceeding the limit of warming of more than 2°C.

7.2.2. The Bali Action Plan, established at the Bali Climate Change Conference in 2007 (COP-13) endorses the need for far-reaching reductions in greenhouse gas emissions to prevent dangerous climate change. In this respect, reference was made to, among other things, the scenario referred to in 7.2.1. It bears noting here that at climate change conferences decisions are often made on the basis of consensus.

7.2.3. At the Cancún Climate Change Conference in 2010 (COP-16), the countries that are parties to the Kyoto Protocol passed a resolution, the preamble to which expresses, among other things, that, taking into account the findings in AR4, the Annex I countries as a group should re-

⁴¹ See box 13.7 from the Working Group III report that forms part of AR4.

duce their greenhouse gas emissions by 25% to 40% by 2020 compared to 1990:

“Also recognizing that the contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change*, indicates that achieving the lowest levels assessed by the Intergovernmental Panel on Climate Change to date and its corresponding potential damage limitation would require Annex I Parties as a group to reduce emissions in a range of 25–40 per cent below 1990 levels by 2020, through means that may be available to these Parties to reach their emission reduction targets, (...)”.

In the same resolution, the parties to the Kyoto Protocol urged Annex I countries to raise their level of ambition to meet the AR4 target individually or as a group:

“4. Urges Annex I Parties to raise the level of ambition of the emission reductions to be achieved by them individually or jointly, with a view to reducing their aggregate level of emissions of greenhouse gases in accordance with the range indicated by Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change*, and taking into account the quantitative implications of the use of land use, land-use change and forestry activities, emissions trading and project-based mechanism and the carry-over of units from the first to the second commitment period (...)”.

At the Durban Climate Change Conference in 2011 (COP-17), these countries passed another resolution, the preamble to which explicitly states that the target for Annex I countries is to reduce their total emissions by at least 25% to 40% compared to 1990 levels:

“Aiming to ensure that aggregate emissions of greenhouse gases by Parties included in Annex I are reduced by at least 25–40 per cent below 1990 levels by 2020, noting in this regard the relevance of the review referred to in chapter V of decision 1/CP.16 to be concluded by 2015, (...)”.

The need for a reduction of this magnitude was also expressed at the Doha Climate Change Conference in 2012 (COP-18) in a resolution passed by the COP of countries party to the Kyoto Protocol. For the first time, the countries themselves stated in a resolution that, “in order to

increase the ambition of its commitment”, the Annex I countries should strive to achieve at least a 25-40% reduction in greenhouse gas emissions by 2020 compared to 1990 levels.

The need for a reduction of this magnitude was also expressed at the climate change conferences in Warsaw, Lima and Paris in 2013, 2014 and 2015, respectively (COP-19, COP-20 and COP-21). At these conferences, this need has been endorsed again and again in resolutions, by reference either to the Doha Amendment or to resolutions passed at previous conferences. The preamble to the COP decision to adopt the Paris Agreement stresses the urgency of achieving this reduction.

Climate change conferences after 2015 no longer explicitly addressed or referred to the reduction target of 25-40% by 2020. At those conferences, however, the need for sufficient reductions in greenhouse gas emissions before and by 2020 has always been stressed.

7.2.4. As the Court of Appeal established in para. 49, the 25-40% target has not been superseded by the 2013-2014 AR5, contrary to what the State suggests. This report, too, is based on the target of a maximum concentration of greenhouse gases in the atmosphere of 450 ppm by 2100 as part of the objective that global warming not exceed 2° C. AR5 no longer discusses 2020. Indeed, this report focuses on later years, i.e. 2030 and in particular 2050 and 2100, and no longer contains targets for 2020. The 2014 and 2015 COP resolutions mentioned above in 7.2.3, which date from after AR5, still refer to the need for Annex I countries to reduce their greenhouse gas emissions by 25% to 40% by 2020 in accordance with AR4.

The distinction made in UNFCCC between Annex I countries and other countries was dropped in AR5, because by that time countries other than Annex I countries had to be deemed developed countries as well. It emerges from the above, however, that, contrary to what the State argues, this does not mean that AR4’s reduction scenario for 2020 has become outdated.

7.2.5. AR5 does contain new scenarios to achieve by 2050 and 2100 the reductions in greenhouse gas concentrations deemed necessary. These are largely based on the premise that there will not be a sufficient reduction in greenhouse gas emissions and that the concentration of greenhouse gases will therefore have to be reduced by taking measures to remove these gases from the atmosphere (see 2.1(12) above). It is

certain, however, that at the moment there is no technology that allows this to take place on a sufficiently large scale. Therefore, as the Court of Appeal held in para. 49, these new scenarios cannot be taken as a starting point for policy at this time without taking irresponsible risks by doing so. Taking such risks would run counter to the precautionary principle that must be observed when applying Articles 2 and 8 ECHR and Article 3(3) UNFCCC (see 5.3.2 and 5.7.3 above). It does not appear, therefore, that these new scenarios have been taken as a starting point for subsequent decisions at climate change conferences.

The Court of Appeal's finding that the 25-40% target has not been superseded by AR5 is therefore understandable and serves as a starting point in cassation.

7.2.6. The EU also took as a starting point the need for the AR4 scenario mentioned above in 7.2.1. Several EU bodies – the Council, the Commission and the Parliament – expressed the scientifically supported necessity of reducing emissions by 30% in 2020 in comparison to 1990. At the Cancún Climate Change Conference in 2010, the EU offered to commit itself to reducing its emissions by this percentage by 2020 if, among other things, the other developed countries would commit themselves to comparable reductions. The following has been noted on behalf of the EU⁴²:

“10. The EU and its 27 member States wished to reconfirm their commitment to a negotiating process aimed at achieving the strategic objective of limiting the increase in global average temperature to below 2°C above pre-industrial levels. Meeting that objective requires the level of global GHG emissions to peak by 2020 at the latest, to be reduced by at least 50 per cent compared with 1990 levels by 2050 and to continue to decline thereafter. To this end, and in accordance with the findings of the Intergovernmental Panel on Climate Change, developed countries as a group should reduce their GHG emissions to below 1990 levels through domestic and complementary international efforts by 25 to 40 per cent by 2020 and by 80 to 95 per cent by 2050, while developing countries as a group should achieve a substantial deviation below the currently

⁴² United Nations Framework Convention on Climate Change, Compilation of economy-wide emission reduction targets to be implemented by Parties included in Annex I to the Convention, 7 June 2011, FCCC/SB/2011/INF.1/Rev.1, p. 4-5.

predicted rate of growth in emissions, in the order of 15 to 30 per cent by 2020. The EU and its 27 member States are fully committed to continuing to negotiate with the other Parties, with a view to concluding as soon as possible within the United Nations framework a legally binding international agreement for the period commencing 1 January 2013”.

In case this condition would not be met – which has proved to be the case – the EU has committed itself to a 20% reduction by 2020. However, by 2020 the EU is expected to achieve a reduction of 26-27% compared to 1990.

7.2.7. It follows from the above that there is a high degree of consensus in the international community on the need for in any case the Annex I countries to reduce greenhouse gas emissions by 25% to 40% by 2020, in order to reduce global warming to the maximum of 2°C deemed responsible at the time of AR4.

7.2.8. After 2007, when AR4 came into being, a high degree of consensus on the need for even greater reductions was reached in the climate science community and the international community. As mentioned in 4.3 above, it has been recognised for some years that global warming should not be limited to a maximum of 2°C to prevent dangerous climate change, but to a maximum of 1.5°C. Therefore, the 2015 Paris Agreement explicitly stipulates that the states will endeavour to limit warming to 1.5°C, “recognising that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change” (Article 2(1), opening words and (a), of the Agreement). This necessitates a greater reduction in greenhouse gas emissions than is necessary for a target of no more than 2°C.

7.2.9. The UNEP’s 2017 annual report, referring to the carbon budget and the emissions gap described in 4.6 above, therefore states that, in light of the Paris Agreement, the reduction of greenhouse gas emissions is more urgent than ever. The UNEP also remarks that if the emissions gap is not bridged by 2030, achieving the two-degree target is extremely unlikely. Even if the reduction targets underlying the Paris Agreement are fully achieved, 80% of the carbon budget corresponding with the two-degree target will be used up by 2030. Starting from a 1.5°C target, the carbon budget will even have been completely exhausted by then. That is why even more ambitious reduction targets are needed for the year 2020, according to the UNEP. The UNEP concludes that “later-action scenarios may not be feasible in practice and, as a result, tem-

perature targets could be missed” and that “later-action scenarios pose greater risks of climate impacts”⁴³.

7.2.10. With regard to the above, it must be taken into account that, as the Court of Appeal established in para. 63 without being disputed in cassation, that the maximum targets of 1.5°C or 2°C and the related concentrations of a maximum of 430 or 450 ppm are based on estimates. It is therefore possible that dangerous climate change will occur even with less global warming and a lower concentration of greenhouse gases, for example because a tipping point is reached or because ice melts at a higher rate (see 4.4 above). The precautionary principle therefore means that more far-reaching measures should be taken to reduce greenhouse gas emissions, rather than less far-reaching measures.

7.2.11. From what has been considered above in 7.2.8-7.2.10, it follows once again that there is a high degree of international consensus on the urgent need for the Annex I countries to reduce greenhouse emissions by at least 25-40% by 2020 compared to 1990 levels, in order to achieve at least the two-degree target, which is the maximum target to be deemed responsible. This high degree of consensus can be regarded as common ground within the meaning of the ECtHR case law referred to above in 5.4.2, which according to that case law must be taken into account when interpreting and applying the ECHR.

(b) The 25-40% target for the Netherlands individually

7.3.1. The State has argued that the 25-40% target only applies to the Annex I countries as a group and not to each of them individually. Therefore, according to the State, this objective allegedly does not apply to it individually. In addition, the State has argued that the EU as a whole is committed to a 20% reduction in greenhouse gas emissions by 2020 (see 7.2.6 above) and that it was agreed at EU level that the Netherlands would contribute to this by reducing its greenhouse gas emissions in 2020 by 21% for the ETS sector and by 16% for the non-ETS sector, both compared to 2005 levels. According to the State, it complies with all its obligations by making these contributions.

⁴³ UNEP Emission Gap Report 2013, executive summary, under 6. According to the glossary of the report, ‘later-action scenarios’ refer to scenarios where emissions in the period 2020 to 2030 are higher than in the corresponding least-cost scenarios.

7.3.2. In and of itself, it is correct that the 25-40% target in AR4 was included for the Annex I countries as a group. However, as shown by the considerations in 5.7.3 and 5.7.4 above, the UNFCCC and the Paris Agreement are both based on the individual responsibility of states. Therefore, in principle, the target from AR4 also applies to the individual states within the group of Annex I countries. As will become clear in 7.4.1, the State itself interpreted this target in the same way. Both the UNFCCC and the Paris Agreement provide for states to cooperate and conclude an agreement whereby they jointly reduce their emissions and whereby one may do more than the other (Article 4(2)(a), last sentence, UNFCCC and Article 4(16) and 4(17) Paris agreement). The State has not argued, however, that such an agreement was concluded by it in relation to the 25-40% target of AR4.

The purport of the State's reference to the agreements at EU level as mentioned in 7.3.1 above is not that such an agreement was reached at EU level. The State refers to those agreements only because, in its view, they are only standards that oblige it to achieve a certain concrete reduction in greenhouse gas emissions. However, this argument fails to recognise that, as considered in 5.8 and 6.3-6.5 above, the State may also be obliged to make such a reduction on the basis of Articles 2 and 8 ECHR, in which regard the consensus mentioned above in 7.2.11 is important.

Incidentally, as far as the present case has shown, the said agreements at EU level are not intended to replace the obligations of the individual EU Member States under the UNFCCC. At the Cancún Climate Change Conference in 2009, the EU formulated its own reduction target as it is a party to the UNFCCC on its own. By virtue of the agreements made within the EU on the distribution of measures necessary to enable the EU to achieve this reduction target, the Netherlands is subject to the reduction obligations set out in 7.3.1 above. However, these agreements are without prejudice to the individual responsibility of the EU Member States by any other virtue. The Effort Sharing Decision therefore states in consideration 17 of the preamble that this decision does not preclude more stringent national objectives. This also follows from Article 193 TFEU.

In addition, the EU itself expressed the need for 30% reduction by 2020 and the EU as a whole is expected to achieve a 26-27% reduction by 2020 compared to 1990, which is above the minimum target of 25%

of the AR4 scenario and significantly more than the 20% reduction undertaken by the EU at the Cancún Climate Change Conference in 2010.

7.3.4. Moreover, the Court of Appeal rightly held in para. 60 that it would not be obvious for a lower reduction rate to apply to the Netherlands as an Annex I country than to the Annex I countries as a whole. As the Court of Appeal considered in para. 66, the Netherlands is one of the countries with very high per capita emissions of greenhouse gases. In the above agreements at EU level, the reduction percentage agreed upon for the Netherlands is, accordingly, one of the highest reduction percentages applicable to the EU Member States (Annex II to the Effort Sharing Decision). It can be assumed that this high percentage corresponds to the possibilities and responsibilities of the Netherlands. As the Court of Appeal established in para. 60, the State has not substantiated why a lower percentage should apply.

7.3.5. In ground for cassation 8.2.3, the State complains that the Court of Appeal ignored the

State's argument that it was contributing to reducing global greenhouse gas emissions by providing knowledge and financial resources to developing countries, with which those countries could take mitigation and adaptation measures. However, it did not elaborate on this assertion. The State did, amongst other things, not put forward that this contribution realises a reduction of greenhouse gas emissions and that this should be taken into account when answering the question as to which target applies to the State and whether the State achieves the target applicable to it⁴⁴. This complaint therefore fails.

7.3.6. In view of the foregoing, the Court of Appeal rightly ruled that the urgent need for a 25-40% reduction by 2020 also applies to the Netherlands individually.

(c) The State's policy regarding measures to counter climate change

7.4.1. As considered in 4.8 above, the State acknowledges the need of the target of a maximum concentration of greenhouse gases in the atmosphere of 430 or 450 ppm by 2100, with global warming reasonably expected to be limited to no more than 1.5°C or 2°C. In this context, the

⁴⁴ Cf. the provisions in 4.222 of the Opinion proffered by the deputy Procurator General and the Advocate General.

State also endorsed the targets set out in the AR4 scenario. As regards that scenario's targets of 80% to 95% reduction by 2050 and of 450 ppm by 2100 (now 430 ppm by 2100), it still endorses them. For the year 2020, the State assumed a reduction target of 30% until 2011. According to the letter from the Minister of Housing, Spatial Planning and the Environment dated 12 October 2009 cited above in 2.1(27), the State, like the EU (see 7.2.6 and 7.3.3 above), was at the time of the opinion that a reduction of 25% to 40% by 2020 was necessary to stay on a credible track to keep the 2°C target within reach.

7.4.2. After 2011, the State adjusted its target for 2020 downwards to the 20% reduction at EU level as referred to in 7.3.1 above. In these proceedings, the State argues that, on closer inspection, achieving a 25% to 40% reduction by 2020 is not necessary, because the same result can be achieved by accelerating the reduction of greenhouse gas emissions in the Netherlands after 2020. The State argues that it intends to have this accelerated reduction take place after 2020 and that it prefers this reduction path over the AR4 scenario. The question, however, is whether an accelerated reduction of greenhouse gas emissions in the Netherlands after 2020 can indeed achieve the same result. In this context, the following facts taken into account by the Court of Appeal are relevant.

7.4.3. All greenhouse gas emissions lead to a reduction in the carbon budget still available (see also 4.6 above). Any postponement of the reduction of emissions therefore means that emissions in the future will have to be reduced on an increasingly large scale in order to make up for the postponement in terms of both of time and size. This means that, in principle, for each postponement of emissions reductions, the reduction measures to be taken at a later date will have to be increasingly far-reaching and costly in order to achieve the intended result, and it will also be riskier. The UNEP already warned about this in its 2013 annual report (see 2.1(22) above).

7.4.4. Following AR4, it became clear that in order to prevent dangerous climate change even greater reductions of greenhouse gas emissions are actually needed in the short term and that this need is becoming increasingly urgent, both before 2020 and in the subsequent period up to 2030 (see also 7.2.8-7.2.9 above). Also according to the Netherlands Environmental Assessment Agency (*Planbureau voor de Leefomgeving*)

(the PBL) – which is an independent research institute that is part of the Ministry of Infrastructure and the Environment – a policy is needed, in view of the Paris Agreement, that goes far beyond the current policies of the countries in question. According to the PBL in a 2016 report, the Dutch policy should be tightened in the short time in order to align it with the Paris Agreement.

7.4.5. The State acknowledges the fact referred to in 7.4.3 above (para. 71 of the Court of Appeal’s judgments) and does not contest the facts mentioned in 7.4.4 above. Moreover, it has meanwhile formulated a reduction target for 2030 of 49% and for 2050 of 95% (these targets have been laid down in the Dutch Climate Act after the date of the Court of Appeal’s judgment⁴⁵). The target of 49% for 2030 was derived linearly from the target of 95% for 2050. On request, the State informed the Court of Appeal that if this line were extended to 2020 this would result in a target of 28% for that year (para. 47).

7.4.6. In view of the considerations in 7.4.3-7.4.5 above, there may be serious doubts as to whether, with the 20% reduction envisaged by the State at EU level by 2020, the overall reduction over the next few decades, which the State itself believes to be necessary in any case, is still feasible. After all, the need for this reduction requires the State to aim for a reduction in greenhouse gas emissions by more than 25% by 2020, rather than a reduction that is lower. The State has not explained that and why, despite the above and taking into account the precautionary principle applicable in this context, a policy aimed at 20% reduction by 2020 can still be considered responsible. The State has not provided any insight into which measures it intends to take in the coming years, let alone why these measures, in spite of the above, would be both practically feasible and sufficient to contribute to the prevention of dangerous climate change to a sufficient extent in line with the Netherlands’ share. The State has confined itself to asserting that there “are certainly possibilities” in this context.

(d) Must the State adhere to the 25-40% target?

7.5.1. In view of the above, the Court of Appeal was allowed to rule in para. 52 that the State has insufficiently substantiated that it would be possible for a responsible policy to prevent dangerous climate change

⁴⁵ Act of 2 July 2019, Stb. 2019, 253.

to include a greenhouse gas emissions reduction target of less than at least 25% by 2020. Therefore, in accordance with the foregoing considerations in 6.3-6.5, there is reason to come to the conclusion that the State should in any event adhere to the target of at least 25% reduction by 2020. As stated above, there is a large degree of consensus in the international community and climate science that at least this reduction by the Annex I countries, including the Netherlands, is urgently needed (see 7.2.11 and 7.3.6 above). Proper legal protection means that this consensus can be invoked when implementing the positive obligations incumbent on the State pursuant to Articles 2 and 8 ECHR. The target of achieving a reduction of at least 25% by 2020 is also in line with what the State itself considers necessary for other years (2030, 2050 and 2100 (see 7.4.1-7.4.5 above). In the context of the positive obligation on the State under Articles 2 and 8 ECHR to take appropriate measures to prevent dangerous climate change, this target can therefore be regarded as an absolute minimum. As the State has not been able to provide a proper substantiation of its claim that deviating from that target is nevertheless responsible (see 7.4.6 above), it must adhere to the target of 25%. It should therefore strive to achieve at least this reduction by 2020, as the Court of Appeal rightly held in para. 53.

7.5.2. The State has also argued, in ground for cassation 8.2, that it meets its obligations under Articles 2 and 8 ECHR by taking adaptation measures, whether or not in combination with mitigation measures already taken and proposed, and that it therefore does not have to meet the 25-40% target. In para. 59, however, the Court of Appeal established fully comprehensibly that although it is correct that the consequences of climate change can be mitigated by taking adaptation measures, it has not been demonstrated or made plausible that the potentially disastrous consequences of excessive global warming can be adequately prevented by such measures. This finding also implies that even if account is taken of the fact that the State is taking adaptation measures, mitigation measures that reduce emissions by at least 25% by 2020 are urgently needed, also for the Netherlands. The State's aforementioned argument therefore does not hold.

7.5.3. It should also be noted that the Court of Appeal's judgment implies in paras. 57 and 66 that the State has not sufficiently substantiated that the reduction of at least 25% by 2020 is an impossible or disproportional.

tionate burden, as referred to in 5.3.4 above. In this context, the State only referred to the short time remaining until the end of 2020 and to the impairment of the level playing field of the Dutch business community in an international context. In connection with the first argument, the Court of Appeal took into account that the District Court's order to the State dates back to 2015, i.e. has been in force since then, and that the State has moreover been aware of the seriousness of the climate problem for some time and initially pursued a policy aimed at a 30% reduction by 2020 (para. 66). With respect to the second argument, the Court of Appeal took into account that other EU countries pursue much stricter climate policies and that the State has not explained this argument in more detail (para. 57). By doing so, the Court of Appeal has comprehensibly rejected the State's assertion that there would be an impossible or disproportionate burden. Ground for cassation 8.4, which accuses the Court of Appeal of not having investigated this assertion, is therefore unfounded.

(e) Assessment of complaints in cassation

7.6.1. The complaints referred to in 4.237-4.248 of the Opinion proffered by the deputy Procurator General and the Advocate General cannot lead to cassation for the reasons stated there.

7.6.2. Insofar as complaints from grounds for cassation 4-8 have not been dealt with in the foregoing, these cannot lead to cassation either. With regard to Article 81(1) DJOA, this does not require any further substantiation since the complaints do not require answers to legal questions in the interest of unity of law or legal development.

8. Permissibility of the order issued political domain

8.1. The State argues in ground for cassation 9 that the District Court's order to reduce Dutch greenhouse gas emissions by at least 25% in 2020 compared to 1990 levels, which was upheld by the Court of Appeal, is impermissible for two reasons. The first reason is that the order amounts to an order to create legislation, which according to Supreme Court case law is not permissible. The second reason is, briefly put, that it is not for the courts to make the political considerations necessary for a decision on the reduction of greenhouse gas emissions. The following is considered in response to these arguments.

(a) Order to create legislation

8.2.1. 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 (Article 3:296 DCC). This is a fundamental rule of constitutional democracy, which has been enshrined in our legal order. 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 court⁴⁶.

8.2.2. It follows from the considerations in 5.1.7-6.2 above that, in this case, the State has a legal duty by virtue of the protection it must provide to residents of the Netherlands on the basis of Articles 2 and 8 ECHR in order to protect their right to life and their right to private and family life. It may therefore be ordered to comply with this duty by the courts, unless there are grounds for an exception in accordance with Article 3:296 DCC. Under that provision, an exception arises if the law so provides or if it follows from the nature of the obligation or the legal act. The Supreme Court case law relating to orders to create legislation constitutes an application of this exception⁴⁷.

8.2.3. This case law is based on two considerations. First of all, there is the consideration that the courts should not intervene in the political decision-making process involved in the creation of legislation. Secondly, there is the consideration that such an order should create an arrangement that also applies to parties other than the parties to the proceedings⁴⁸.

8.2.4. The first consideration does not mean that courts cannot enter

⁴⁶ Cf., *inter alia*, Supreme Court 28 September 2018, ECLI:NL:HR:2018:1806, para. 3.5.2, Parliamentary Papers II, 1979/80, 16 162, no. 3, pp. 6 and 10, and Parliamentary Papers II, 1991/92, 22 495, no. 3, pp. 83-84.

⁴⁷ Supreme Court 21 March 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462 (Waterpakt), para. 3.5, second paragraph.

⁴⁸ See Supreme Court 21 March 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462 (Waterpakt), para. 3.5, Supreme Court 1 October 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913 (Faunabescherming/Fryslân), paras. 3.3.4 and 3.3.5, Supreme Court 9 April 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP), para. 4.6.2, and Supreme Court 7 March 2014, ECLI:NL:HR:2014:523 (State/Norma et al.), para. 4.6.2.

the field of political decision-making at all. In the case law referred to above, therefore, the earlier case law of the Supreme Court has been reiterated, which dictates that, on the basis of Article 94 of the Dutch Constitution, the courts must disapply legislation if any binding provisions of treaties entail such⁴⁹. It has also been decided in that case law that the courts may issue a declaratory decision to the effect that the public body in question is acting unlawfully by failing to enact legislation with a particular content⁵⁰.

The first consideration on which the case law referred to in 8.2.2 is based must therefore be understood to mean that the courts should not interfere in the political decision-making process regarding the expediency of creating legislation with a specific, concretely defined content by issuing an order to create legislation. In view of the constitutional relationships, it is solely for the legislator concerned to determine for itself whether legislation with a particular content will be enacted. Therefore, the courts cannot order the legislator to create legislation with a particular content.

8.2.5. The second consideration on which the case law referred to in 8.2.2 above is based relates to the circumstance that the civil courts only pronounce binding decisions between the parties to the dispute (cf. Article 236 DCCP). The courts do not have the power to decide in a manner binding on everyone how a statutory provision should read. An order to create legislation is therefore subject to the objection that third parties, which are not involved in the proceedings and are therefore not bound by the judgment, would still be bound (indirectly) by that order by virtue of the fact that that legislation would also apply to them. This objection does not arise in the case of an order not to apply statutory provisions, which applies only to a particular claimant, or in the case of a declaratory decision. The same applies to a general order to take measures, while respecting the legislator's freedom, as referred to in the second paragraph of 8.2.4 above, to create or not to create legislation with a particular

⁴⁹ See Supreme Court 21 March 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462 (Waterpakt), para. 3.5, third paragraph, and Supreme Court 1 October 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8913 (Faunabescherming/Fryslân), para. 3.3.4, third paragraph.

⁵⁰ See the judgments Supreme Court 9 April 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP), paras. 4.6.1-4.6.2, which involved a similar declaratory decision and Supreme Court 7 March 2014, ECLI:NL:HR:2014:523 (State/Norma et al.), para. 4.6.2.

content. After all, the courts in that case do not determine the content of the statutory provision by issuing their order; this determination is still reserved to the legislator in question.

8.2.6. It follows from the above that the courts are only not permitted to issue an order to create legislation with a particular, specific content. After all, only then do the objections arise which are raised in the consideration on which the case law referred to in 8.2.2 above is based. Therefore, the courts are not prevented to issue a declaratory decision to the effect that the omission of legislation is unlawful (see 8.2.4 above). 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. In the Supreme Court judgment of 9 April 2010 (SGP), the impermissibility of courts issuing an order to create legislation is for that reason limited to this case⁵¹.

8.2.7. In light of the foregoing, the District Court's order, upheld by the Court of Appeal, constitutes an application of the main rule of Article 3:296 DCC. Indeed, this order does not amount to an order to take specific legislative measures, but leaves the State free to choose the measures to be taken in order to achieve a 25% reduction in greenhouse gas emissions by 2020. This is not altered by the fact that many of the possible measures to be taken will require legislation, as argued by the State. After all, it remains for the State to determine what measures will be taken and what legislation will be enacted to achieve that reduction. The exception to Article 3:296 DCC made in the case law referred to in 8.2.2 above therefore does not apply in this case.

(b) Political domain

8.3.1. This brings the Supreme Court to the assessment of the State's more general argument that it is not for the courts to make the political considerations necessary for a decision on the reduction of greenhouse gas emissions.

8.3.2. As considered in 6.3 above, in the Dutch constitutional system of decision-making on the reduction of greenhouse gas emissions is a power of the government and parliament. They have a large degree of discretion to make the political considerations that are necessary in this

⁵¹ See Supreme Court 9 April 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP), para. 4.6.2.

regard. It is up to the courts to decide whether, in availing themselves of this discretion, the government and parliament have remained within the limits of the law by which they are bound.

8.3.3. The limits referred to in 8.3.2 above include those for the State arising from the ECHR. As considered in 5.6.1 above, the Netherlands is bound by the ECHR and the Dutch courts are obliged under Articles 93 and 94 of the Dutch Constitution to apply its provisions in accordance with the interpretation of the ECtHR. The protection of human rights it provides is an essential component of a democratic state under the rule of law.

8.3.4. This case involves an exceptional situation. After all, there is the threat of dangerous climate change and it is clear that measures are urgently needed, as the District Court and Court of Appeal have established and the State acknowledges as well (see 4.2-4.8 above). The State is obliged to do 'its part' in this context (see 5.7.1-5.7.9 above). Towards the residents of the Netherlands, whose interests Urgenda is defending in this case, that duty follows from Articles 2 and 8 ECHR, on the basis of which the State is obliged to protect the right to life and the right to private and family life of its residents (see 5.1-5.6.4 and 5.8-5.9.2 above). The fact that Annex I countries, including the Netherlands, will need to reduce their emissions by at least 25% by 2020 follows from the view generally held in climate science and in the international community, which view has been established by the District Court and the Court of Appeal (see 7.2.1-7.3.6 above). The policy that the State pursues since 2011 and intends to pursue in the future (see 7.4.2 above), whereby measures are postponed for a prolonged period of time, is clearly not in accordance with this, as the Court of Appeal has established. At least the State has failed to make it clear that its policy is in fact in accordance with the above (see 7.4.6 and 7.5.1 above).

8.3.5. In this case, therefore, the Court of Appeal was allowed to rule that the State is in any case obliged to achieve the aforementioned reduction of at least 25% by 2020.

(c) Assessment of the complaints in cassation

8.3.5. Ground for cassation 9 therefore cannot lead to cassation either.

9. Decision

The Supreme Court:

- rejects the appeal
- orders the State to pay the costs of the proceedings in cassation, up to this decision estimated on the part of Urgenda at EUR 882.34 in disbursements and EUR 2,200 in fees.

This judgment rendered by Vice President C.A. Streefkerk as chairman and justices G. Snijders, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek and H.M. Wattendorff, and pronounced in open court by Vice President C.A. Streefkerk on 20 December 2019.

Appendix

List of abbreviations used

AR4: The Fourth IPCC Assessment Report (2007)

AR5: The Fifth IPCC Assessment Report (2013-2014)

°C: degrees Celsius

Cf.: compare

CO₂: carbon dioxide

COP: Conference of the Parties to the UNFCCC

DCC: Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*)

DCCP: Dutch Code of Civil Procedure (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*)

DJOA: Dutch Judiciary Organisation Act (*Wet op de Rechterlijke Organisatie*)

ECHR: European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

ECtHR: European Court of Human Rights

et al.: and other(s)

ETS: Emissions Trading System

EU: The European Union

GDP: gross domestic product

GHG: greenhouse gases

IPCC: Intergovernmental Panel on Climate Change

no. or nos.: number or numbers

p. or pp.: page or pages

para.: paragraph

PBL: The Netherlands Environmental Assessment Agency (*Planbureau voor de Leefomgeving*)

Ppm: parts per million

Stb.: The Dutch Bulletin of Acts and Decrees (*Staatsblad*)

Supreme Court: The Supreme Court of the Netherlands

TFEU: Treaty on the Functioning of the European Union

Trb.: The Dutch Bulletin of Treaties (*Tractatenblad*)

UN: United Nations

UNEP: United Nations Environment Program

UNFCCC: The United Nations Framework Convention on Climate Change

Vol.: Volume

VROM: Ministry of Public Health, Spatial Planning and the Environment

WMO: World Meteorological Organization.

REGOLAMENTO
SULLA PUBBLICAZIONE DEI LAVORI
DESTINATI ALLA RIVISTA GIURIDICA DELL'AMBIENTE

Art. 1 - Lavori pubblicabili

Sono pubblicabili sulla Rivista articoli, rassegne o note a sentenza (qui di seguito "lavori"). Con la proposta di pubblicazione, gli autori garantiscono che i loro lavori siano originali e che siano opportunamente parafrasati o citati letteralmente i lavori o le parole di altri autori, indicando in ogni caso il relativo riferimento.

Salvo deroga a discrezione del Comitato direttivo, i lavori proposti non devono essere stati pubblicati in altri periodici o riviste, né essere sottoposti, durante la procedura di valutazione esterna, ad altri periodici o riviste ai fini della pubblicazione.

Ogni lavoro deve essere corredato da un riassunto scritto direttamente dall'autore in inglese. Inviando un lavoro, l'autore concorda sul fatto che, se esso è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti o in futuro sviluppate, sono trasferiti alla Rivista.

Art. 2 - Pubblicazione

Il Comitato direttivo decide preliminarmente se accettare o non accettare per la pubblicazione i lavori che ha ricevuto.

Il Comitato direttivo sottopone a valutazione esterna anonima tra pari i lavori che ha accettato e, terminata tale valutazione, decide definitivamente sulla loro pubblicazione.

Il Comitato direttivo può eccezionalmente decidere di non sottoporre a valutazione esterna i lavori di autori di chiara fama.

Il Comitato direttivo è tenuto a non divulgare alcuna informazione sui lavori ricevuti a soggetti diversi dagli autori, revisori o potenziali revisori, né a utilizzarli senza il consenso dell'autore.

Il Comitato direttivo agisce per garantire la miglior qualità della Rivista. Se sono ricevute segnalazioni in merito a errori o imprecisioni, conflitti di interessi o plagio in un lavoro pubblicato, il Comitato direttivo ne dà tempestiva comunicazione all'autore e all'editore e intraprende le azioni necessarie per chiarire la questione. Se del caso, il Comitato direttivo, ritira il lavoro o dispone per la pubblicazione di una correzione o di una ritrattazione.

Ai fini del presente regolamento, il Comitato direttivo include i direttori della Rivista.

Art. 3 - Valutazione esterna

Il Comitato direttivo invia i lavori da sottoporre a valutazione esterna a un professore universitario, anche fuori ruolo, esperto del tema trattato dallo scritto da valutare, purché questi non faccia parte né dello stesso Comitato direttivo, né del Comitato scientifico, né del Comitato editoriale della Rivista.

I lavori non sono inviati a valutatori esterni che, a giudizio del Comitato direttivo, si trovino in una situazione di conflitto d'interessi per rapporti personali o economici con l'autore.

Il Comitato direttivo indica ai valutatori esterni un termine per l'invio del giudizio.

I valutatori esterni procedono secondo il sistema di valutazione anonima c.d. a doppio cieco:

il lavoro è inviato al valutatore esterno senza la firma dell'autore ed è privato di altre indicazioni che possano rivelarne l'identità; il nome del valutatore esterno non è comunicato né all'autore, né a terzi.

Ai lavori da valutare è allegata una scheda predisposta dal Comitato direttivo, contenente i criteri per la formulazione del giudizio.

Il valutatore esterno selezionato che non si senta qualificato alla valutazione del lavoro assegnato o che ritenga di non essere in grado di eseguire la valutazione nei tempi richiesti comunica al Comitato direttivo la sua rinuncia a partecipare alla procedura di valutazione.

Il Comitato direttivo è tenuto a mantenere il riserbo sulle scelte dei valutatori esterni e questi ultimi sulle opinioni e sui giudizi espressi.

Art. 4 - Procedura di valutazione esterna

Nella valutazione esterna si tiene conto del genere scientifico e della diversa funzione e destinazione dei lavori.

La valutazione esterna è condotta con obiettività e chiarezza ed è accompagnata da una motivazione.

I valutatori esterni richiamano l'attenzione del Comitato direttivo sulle somiglianze sostanziali o sovrapposizioni che abbiano ravvisato tra il lavoro in esame e qualunque altro scritto pubblicato di cui siano a conoscenza.

I valutatori esterni possono subordinare l'approvazione del lavoro a miglioramenti del testo e a integrazioni bibliografiche. Il Comitato direttivo invia tali indicazioni all'autore e decide definitivamente sulla sufficienza e sulla coerenza degli adeguamenti che quest'ultimo ha apportato.

Resta ferma l'esclusiva responsabilità dell'autore per i contenuti del suo lavoro.

Art. 5 - Pubblicità del procedimento di valutazione

Il presente regolamento è pubblicato sulla Rivista.

Ogni cinque anni la Rivista pubblica l'elenco dei valutatori esterni utilizzati, senza riferimento ai lavori valutati.

I direttori curano la conservazione per cinque anni delle schede di valutazione ricevute.

Finito di stampare nel mese di giugno 2020
dalla Vulcanica srl - Nola (NA)

