

## AVVISO

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

A seguito del rinnovo del sito internet

«[www.editorialescientifica.com](http://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

2-2021

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 - ADA LUCIA DE CESARIS  
BARBARA DE DONNO - JOSEPH DIMENTO - UMBERTO FANTIGROSSI - JOSÉ JUSTE  
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  
GERHARD ROLLER - 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 - LAURA CORTI  
STEFANO DOMINELLI - MATTEO FORNARI - GIULIA GAVAGNIN - ADABELLA GRATANI  
ROBERTO GUBELLO - MARIA CLARA MAFFEI - DANIELE MANDRIOLI  
PAOLA MARTA MARTINO - ROBERTO MARTIRE - CARLO MASIERI  
MARCELLO ADRIANO MAZZOLA - CARLO MELZI D'ERIL - ANGELO MERIALDI  
MARSELA MERSINI - ENRICO MURTULA - EMANUELE POMINI  
LUCA PRATI - PAOLO RONCELLI - LORENZO SPALLINO - CARLO MARIA TANZARELLA  
ELENA TANZARELLA - FEDERICO VANETTI - VERONICA VITIELLO

In Copertina: Macaco (*Macaca*)

FIGUIER, *I mammiferi*, Milano, 1892

(cfr. il contributo di D. Cerini, nel fascicolo 2-2021)

## CONTRIBUTI

- BARBARA POZZO, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica* 271
- CATERINA OSIMANI, *Il danno ambientale: l'interazione tra il danno ambientale e la tutela della salute* 319

## GIURISPRUDENZA - COMMENTI E NOTE

- DIANA CERINI, *Light up, ovvero la sperimentazione su animali sotto lente d'ingrandimento* 341
- Italia, Consiglio di Stato, Sezione terza, sentenza 8 febbraio 2021, n. 1186, *L.A.V. Lega Antivivisezione ente morale Onlus c. Ministero della Salute, Università degli Studi di Parma e Università degli Studi di Torino* 371
- FLAVIA ROLANDO, *Attenti... ai lupi! La tutela delle specie animali prevista dalla Direttiva Habitat e la possibilità di autorizzare la cattura di un numero limitato di esemplari* 389
- ELENA GUALCO, *Tutela del benessere animale, rispetto della libertà religiosa ed attuazione del giudizio antidiscriminatorio: il cammino della Corte di Giustizia dell'Unione europea 'dalle stelle alle stalle'* 415
- MICHELA LEGGIO, *La tutela della biodiversità nelle aree umide artificiali: l'istituzione di una ZPS nel bilanciamento tra tutela dell'avifauna e interesse del privato* 433
- TULLIO SCOVAZZI, *Due recenti decisioni nazionali in materia di ambiente che richiamano il caso Teitiota* 451
- Italia, Corte di Cassazione, Seconda sezione civile, ordinanza 24 febbraio 2021, n. 5022, *I. L. c. Ministero dell'Interno e c. Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Ancona* 455
- Paesi Bassi, Corte Distrettuale dell'Aja, sentenza 26 maggio 2021, *Vereniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell plc* 461

**DOCUMENTI**

- ANTONELLA GALLETTI, *Il coinvolgimento delle regioni alla formazione del diritto ambientale: l'iniziativa delle Marche per la partecipazione al meccanismo di "allarme rapido" in merito alla proposta di direttiva sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente* 533
- CATERINA ALESSIA DIBITONTO, *Energia da fonti rinnovabili e paesaggio: cosa dice la legge e cosa il buonsenso* 563

## La *climate change litigation* in prospettiva comparatistica\*

BARBARA POZZO

1. La diffusione della *climate change litigation*: un nuovo paradigma nella circolazione dei trapianti ambientali. – 2. Il contesto internazionale. – 3. I diversi contesti regionali: *regulation v. litigation*. – 4. Il modello statunitense: una fonte di ispirazione per il diritto ambientale internazionale. – 4.1. Le prime risposte all'assenza di una specifica *regulation* negli Stati Uniti. – 4.2. Il modello di *litigation* in assenza di *regulation*. – 4.3. Responsabilità civile e *climate change litigation*. – 4.4. I nuovi casi basati sulla teoria della *public trust doctrine*. – 4.5. Alcune conclusioni preliminari. – 5. L'Unione Europea e la rivendicazione di una *leadership* nella diplomazia sui cambiamenti climatici. – 6. La *climate change litigation* in Europa. – 6.1. Il caso Urgenda e la sua influenza su altre controversie. – 6.2. La *climate change litigation* in altri Stati europei. – 6.3. Il primo caso "europeo". – 7. La diffusione della *climate change litigation*: alcune (prime) conclusioni.

### 1. *La diffusione della climate change litigation: un nuovo paradigma nella circolazione dei trapianti ambientali*

In un momento in cui la prima controversia sul cambiamento climatico sta per essere presentata anche in Italia<sup>1</sup>, la rapida diffusione della *climate change litigation* a livello globale stimola il comparatista ad una

\* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

<sup>1</sup> Su cui L. BUTTI, *Climate Change Litigation in Italy*, in W. KAHL, M.P. WELLER (Eds.), *Climate Change Litigation*, Oxford, 2021, p. 324; R. LUPORINI, *The 'Last Judgment': Early reflections on upcoming climate litigation in Italy*, in *Questions of International Law (QIL)*, Zoom-in, 2021, p. 27-49.

riflessione sulle forze motrici che si celano dietro questo fenomeno. Gli studiosi di diritto comparato hanno dedicato grande attenzione al problema della circolazione dei modelli giuridici<sup>2</sup>, fenomeno con cui si suole identificare il processo di imitazione da un ordinamento all'altro di norme, di istituti o di concetti giuridici<sup>3</sup>.

Il fenomeno può essere osservato da diversi punti di vista<sup>4</sup>, prendendo come oggetto di analisi – di volta in volta – il motivo di tali circolazioni, il fenomeno di adeguamento al nuovo contesto sociale e normativo, così come la modernizzazione del linguaggio giuridico<sup>5</sup>.

Parlare di circolazione di “un modello” può apparire peraltro assai impreciso, poiché quello che circola a volte può essere anche un solo *formante*, che di volta in volta può essere quello legislativo, quello giurisprudenziale o quello dottrinale, motivo per cui la letteratura in materia ha messo a fuoco come la circolazione possa avvenire per formanti dissociati<sup>6</sup>.

Tradizionalmente, le motivazioni profonde che hanno spinto all'adozione di regole o istituti stranieri possono essere ricondotte al *prestigio* a cui assurge un modello giuridico in un dato momento storico, oppu-

<sup>2</sup> Sul punto la bibliografia è ormai sconfinata. A significare l'attualità del tema, l'International Academy of Comparative Law ha dedicato in occasione del Convegno di Washington 2010, una intera sessione al tema di «*Legal Cultures and Legal Transplants*», pubblicata in *Isaidat Law Review*, 2011, Volume 1 – Special Issue 1.

<sup>3</sup> In generale sul fenomeno della circolazione dei modelli giuridici cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, p. 30. Cfr. inoltre il classico A. WATSON, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Edinburgh, 1974; trad. it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, a cura di G. SMORTO e R. RICCAEDI, presentazione di M. SERIO, Milano, 2006.

<sup>4</sup> La Rivista *Theoretical Inquiries in Law*, ha dedicato il suo Volume 10 (Number 2, July 2009) al tema delle *Histories of Legal Transplantations*, ove si prendono in considerazione diversi episodi di circolazione di modelli giuridici, evidenziandone le diverse ragioni.

<sup>5</sup> Tale fenomeno è stato studiato approfonditamente per quanto concerne la circolazione di modelli occidentali nel diritto dei contratti in Cina. Si veda a questo proposito M. TIMOTEO, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004.

<sup>6</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (Installment I of II), in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n. 1, 1991, pp. 1-34; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (Installment II of II), in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, pp. 343-401.

re all'*imposizione*<sup>7</sup>. Sia il *prestigio*, che l'*imposizione* sono peraltro mere chiavi di lettura di un fenomeno che si sviluppa in continuazione e che possono quindi essere rilette e reinterpretate alla luce delle più recenti evoluzioni. È stato infatti osservato, ad esempio, come negli ultimi decenni il criterio dell'efficienza economica<sup>8</sup> (vera o presunta) di un determinato modello giuridico possa essere considerato un nuovo modo per reinterpretare il concetto di *prestigio*, così come un valido motivo per *imporlo* in un contesto sovranazionale o internazionale. In questa prospettiva, la circolazione del modello avverrebbe in quanto questo sia considerato *efficiente*, piuttosto che *culturalmente autorevole*, e – in quanto efficiente – utilizzabile come modello di riferimento in sede di negoziazione di trattati o accordi internazionali.

Da altro punto di vista, si può osservare come la circolazione di un dato modello giuridico debba necessariamente fare i conti con il substrato sociale dell'ordinamento in cui tale modello viene ad essere innestato, con conseguenti correzioni o divaricazioni rispetto al modello originale<sup>9</sup>.

Oggi i motivi che spingono alla circolazione di modelli possono essere assai eterogenei e nuovi metodi di analisi del fenomeno sono stati suggeriti<sup>10</sup>.

Un ruolo importantissimo viene svolto oggi dalla cooperazione internazionale, che negli ultimi decenni ha inciso su molteplici aspetti della normativa delle economie emergenti<sup>11</sup>. Oltre alle Nazioni Unite, molte al-

<sup>7</sup> Sulla circolazione del modello inglese in India, si veda ad esempio H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2000, p. 273 ss.

<sup>8</sup> U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in *Int'l Rev. L. & Econ.* 3, 1994; M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN; R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2007, p. 441.

<sup>9</sup> Si pensi ad esempio al tentativo operato dagli inglesi in India di introdurre il regime delle terre della madrepatria. Sul tema cfr. B. POZZO, *La stratificazione delle fonti del diritto in India e la disciplina della proprietà fondiaria: i poteri dello Zamindar dal Dominio Britannico dei Moghul all'avvento del Raj Britannico*, in *Studi in Memoria di Francesco Castro*, Roma, 2011, p. 999.

<sup>10</sup> M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, cit., p. 441.

<sup>11</sup> A. CARPI, *Innovazione, sviluppo, riforma giuridica: uno studio di diritto comparato sulla cooperazione Europa-Cina in materia di proprietà intellettuale*, Bologna, 2015; J. DELISLE, "Lex Americana?" *United States Legal Assistance, American Legal Models and Legal Change in Post- Communist World and Beyond*, *University of Pennsylvania Journal*

tre organizzazioni internazionali, come la Banca mondiale o l'OCSE, hanno inserito le questioni ambientali nella propria agenda e hanno svolto un ruolo importante nella diffusione internazionale di idee, approcci, percezioni dei problemi e misure politiche concrete in questo campo politico.

Nella circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale, vi sono inoltre altri aspetti che non potranno essere sottovalutati, tra cui il ruolo svolto dai c.d. *non-state actors*<sup>12</sup>. L'esistenza di reti ambientali specifiche, come l'*International Council of Local Environmental Initiatives*, o le varie reti di organizzazioni non governative (ONG) ambientali come *Friends of the Earth*, lo *European Environmental Bureau*, il *World Wildlife Fund* e *Greenpeace*, contribuiscono a diffondere idee, approcci e pratiche, e possono portare, oltre che ad un mutamento di percezione in ordine alle problematiche ambientali, anche all'adozione di nuove norme, così come di nuove iniziative giudiziarie<sup>13</sup>.

Il motivo per analizzare le ragioni profonde che possono spingere verso il fenomeno dei trapianti giuridici non è peraltro meramente accademico<sup>14</sup>. Una maggiore comprensione del fenomeno dei "trapianti giuridici" in settori portatori di problematiche considerate omologhe nelle diverse parti del mondo, potrebbe convincere istituzioni nazionali e internazionali che alcuni obiettivi di riforma possano essere più facilmente raggiunti attraverso l'acquisizione di modelli giuridici già collaudati in altri contesti sociali ed economici<sup>15</sup>.

*of International Economic Law*, Vol. 20, No. 2, 1999, p. 183; N. WHEELER, *The role of American NGOs in China's modernization, invited influence*, London, 2013.

<sup>12</sup> Sul tema cfr. K. RAUSTIALA, *Nonstate actors in the global climate regime*, in U. LUTERBACHER, D.F. SPRINZ (eds.), *International relations and global climate change*, Cambridge, 2001, p. 95; B. ARTS, *Non-state actors in global environmental governance: new arrangements beyond the state*, in M. KOENIG-ARCHIBUGI, M. ZÜRN (eds.), *New modes of governance in the global system*, London, 2006, p. 177.

<sup>13</sup> K. TEWS, P.O. BUSCH, H. JÖRGENS, *The diffusion of new environmental policy instruments*, in *European journal of political research* 42.4, 2003, pp. 569-600; D. STONE, *Non-governmental policy transfer: the strategies of independent policy institutes*, in *Governance* 13.1, 2000, pp. 45-70; ID., *Transfer agents and global networks in the 'transnationalization' of policy*, in *Journal of European public policy* 11.3, 2004, p. 545-566.

<sup>14</sup> M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, cit., p. 723.

<sup>15</sup> Come ricorda lo stesso GRAZIADEI, cit., p. 697: "The question whether law can be transferred from one place to another turns out to be a question of the highest importance, whether these actors are interested in political reform, economic growth,

Negli ultimi decenni tale fenomeno è apparso particolarmente evidente quando si parla di strumenti e regolamentazioni nel settore del diritto dell'ambiente, ove i problemi giuridici sono strettamente interconnessi ad aspetti delle scienze naturali che si presentano come universali e a problematiche economiche che appaiono comuni nel mondo globalizzato<sup>16</sup>, e non – invece – strettamente collegati ad un particolare retroterra culturale, sociale o giuridico.

Tuttavia, seppur appare evidente come l'attuale complessa disciplina dei cambiamenti climatici sia il risultato di un'intensa circolazione di modelli che ha interessato il legislatore internazionale, quello europeo e quelli nazionali<sup>17</sup>, la *climate change litigation* offre una rinnovata occasione per riflettere sulle dinamiche che indipendentemente dalla parola del legislatore hanno portato il cambiamento climatico nelle aule giudiziarie.

## 2. *Il contesto internazionale*

Il discorso deve prendere le mosse dalla ricostruzione della complessa evoluzione della normativa internazionale, che, seppur volta ad affrontare la sfida dei cambiamenti climatici con scelte condivise a livello planetario, ha tuttavia facilitato lo sviluppo di architetture politiche alternative per affrontare la minaccia del cambiamento climatico globale, così come ha condotto a risultati molto eterogenei nei diversi contesti nazionali e sovranazionali<sup>18</sup>. È in questo scenario che si è radicato un fenomeno di trapianti giuridici che ha portato alla diffusione di un modello di contenzioso del cambiamento climatico<sup>19</sup>.

social progress, or less beneficial ends. Unsurprisingly Institutions like the Worldbank now take an interest in the literature on legal transplants and the topic is featured regularly in the study of economic growth and political change, as every student of law and development knows”.

<sup>16</sup> J. B. WIENER, *Something borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law*, in *Ecology Law Quarterly*, 2000-2001.

<sup>17</sup> V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano, 2010.

<sup>18</sup> J. E. ALDY, S. BARRETT, R.N. STAVINS, *Thirteen plus one: a comparison of global climate policy architectures*, in *Climate policy*, 2003, vol. 3, p. 373.

<sup>19</sup> C. HUGLO, *Le contentieux climatique: une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

Come si ricorderà, i cambiamenti climatici sono stati oggetto di un processo di normazione internazionale che ha vissuto alti e bassi<sup>20</sup>. Dalla Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (*United Framework Convention on Climate Changes*, UNFCCC) del 1992<sup>21</sup> al Protocollo di Kyoto entrato in vigore nel febbraio del 2005, si sono susseguite fasi alterne nel dibattito istituzionale volte a determinare un quadro d'azione che potesse essere riconosciuto a livello globale come punto di riferimento normativo vincolante, finalizzato a indicare gli scopi (mitigazione e adattamento) e gli strumenti (emissions trading, clean development mechanism, joint implementation) con cui fronteggiare la sfida dei cambiamenti climatici<sup>22</sup>.

Va peraltro sottolineato che nel contesto delineato dalla UNFCCC, e nel quadro del principio delle responsabilità comuni ma differenziate, sia i Paesi industrializzati, così come i Paesi con economie emergenti o ancora in via di sviluppo sono tutti chiamati a svolgere un ruolo per la salvaguardia del clima.

Con la chiusura l'8 dicembre 2012 della 18a *Conference of the Parties* (COP) tenutasi nel Qatar a Doha appariva evidente la complessa architettura che avevano ormai assunto i negoziati internazionali. Abbandonata la via di un unico accordo vincolante a livello internazionale, che avrebbe prediletto la proroga e l'ampliamento dei contenuti del Protocollo di Kyoto, si è invece cercato di affrontare i vari problemi derivanti dal cambiamento climatico su distinti tavoli di lavoro, i cui risultati di volta in volta ottenuti, non sono facili da valutare.

Le ragioni per cui si è arrivati ad una complessità così marcata nei negoziati internazionali vanno ricercate, molto probabilmente, nella volontà di estendere al massimo la partecipazione ed il coinvolgimento di tutti i paesi industrializzati e di tutti i paesi emergenti<sup>23</sup>. Già a partire dalla COP

<sup>20</sup> S. OBERTHÜR, M. PALLEMAERTS (eds), *The New Climate Policies of the European Union Internal Legislation and Climate Diplomacy*, Brussels, VUBPress - Brussels University Press, 2010; P.G. HARRIS, *Climate Change and American Foreign Policy: An Introduction*, in P.G. HARRIS (ed.), *Climate Change and American Foreign Policy*, New York, 2000, p. 11; A. HSU ET AL., *Towards a new climate diplomacy*, in *Nature Climate Change*, 2015, vol. 5, p. 501.

<sup>21</sup> D. FREESTONE, *The United Nations Framework Convention on Climate Change—The Basis for the Climate Change Regime*, in K.R. GRAY, R. TARASOFSKY, C. CARLARNE (eds), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2016.

<sup>22</sup> C. PIÑON CARLARNE, *Climate Change Law and Policy EU and US Approaches*, Oxford, 2010, p. 6.

<sup>23</sup> L.R. CASS, *The Failures of American and European Climate Policy - International Norms, Domestic Politics, and Unachievable Commitments*, Albany, 2006.

di Bali nel 2007<sup>24</sup> appariva infatti chiaro che doveva essere trovata una soluzione per far ritornare gli Stati Uniti al tavolo dei negoziati, e per far sì che anche le economie emergenti investissero negli sforzi di mitigazione a livello internazionale, anche se attraverso strumenti diversi dal Protocollo di Kyoto, che potessero essere comunque ricondotti sotto gli auspici della Convenzione Quadro sui cambiamenti climatici delle Nazioni Unite.

Tuttavia, risultava difficile non continuare a lavorare lungo la via tracciata dal Protocollo di Kyoto, dato che questo veniva concepito ormai dalla maggioranza delle Parti coinvolte come una sorta di *acquis* della normativa internazionale in materia di cambiamenti climatici.

Al fine di riportare gli Stati Uniti ad una maggiore partecipazione, le parti decisero di lanciare un secondo ordine di negoziazioni sempre nell'ambito della Convenzione Quadro, istituendo un secondo tavolo di lavoro, il c.d. *Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention* (AWG-LCA)<sup>25</sup>. L'AWG-LCA avrebbe dovuto lavorare, secondo quanto stabilito dall'art. 3.9 del Protocollo di Kyoto al primo incontro delle parti partecipanti al Protocollo tenutosi a Montreal nel 2005, in modo parallelo al c.d. *Ad Hoc Working Group on Further Commitments for Annex I Parties under the Kyoto Protocol* (AWG-KP), al fine di stabilire i futuri obblighi che le Parti avrebbe dovuto assumere dopo il 2012. Da qui, la complessità dei negoziati che si svolgono in modo parallelo e con soggetti a volte diversi e che porta, ineluttabilmente, a una difficile trasparenza dei risultati effettivamente raggiunti.

L'Accordo di Parigi, adottato alla conferenza di Parigi sul clima (COP21) nel dicembre 2015 ed entrato in vigore il 4 novembre 2016, aveva come scopo quello di coinvolgere tutti gli Stati in una causa comune volta ad intraprendere sforzi ambiziosi al fine di combattere il cambiamento climatico e di sviluppare idonee politiche di adattamento ai suoi effetti, incrementando allo stesso tempo il sostegno nei confronti dei paesi in via di sviluppo<sup>26</sup>.

In questo contesto, la 24a Conferenza delle Parti della Convenzio-

<sup>24</sup> H.E. OTT, W. STERK, R. WATANABE, *The Bali Roadmap: New Horizons for Global Climate Change?* In *Climate Policy*, 2008, vol. 8.1, p. 91.

<sup>25</sup> A.C. CHRISTIANSEN, *Convergence or divergence? Status and prospects for US climate strategy*, in *Climate Policy*, 2003, vol. 3.4, p. 343.

<sup>26</sup> K. BOOM, J.A. RICHARDS, S. LEONARD, *Climate justice. The International Momentum Towards Climate Litigation*, Berlin, 2016.

ne quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici si è svolta a Katowice nel dicembre 2018. Alla conferenza (COP24), la comunità internazionale ha concordato il *Katowice Rulebook*, che precisa i dettagli sull'attuazione dell'Accordo di Parigi sul clima. Il sostanziale fallimento della COP25 in Cile e il rinvio a causa della pandemia della COP26, che avrebbe dovuto avere luogo nel 2020 a Glasgow, segnano al momento una situazione di stallo nei negoziati internazionali.

### 3. *I diversi contesti regionali: regulation v. litigation*

Sullo sfondo di questo contesto internazionale, le scelte operate dai legislatori nazionali appaiono assai diverse, mettendo a confronto modelli che hanno optato di sviluppare una disciplina puntuale dei fenomeni che danno luogo al cambiamento climatico con una serie di *regulations*, con altri, caratterizzati dall'assenza di un'apposita disciplina e dove la risposta si è sviluppata in altra direzione, rendendo i cambiamenti climatici protagonisti nelle aule giudiziarie di una crescente e vivace *litigation*. Se la prima scelta, che ha voluto affrontare la sfida climatica con misure *top-down* ha caratterizzato l'Unione Europea, è negli Stati Uniti dove la risposta nasce dal basso, in una prospettiva *bottom-up*, dove la sempre più vivace e crescente *litigation* in campo climatico mira a richiamare l'attenzione anche del grande pubblico sulla necessità di un intervento statale finora mancante. Tuttavia, un discorso che contrapponesse l'approccio *top-down* a quello *bottom-up* in termini assoluti, apparirebbe subito assai modesto. Se è vero infatti che, tradizionalmente, lo strumento della *regulation* è stato concepito come lo strumento primario di ingegneria sociale per rendere possibili dei cambiamenti ambientali e sociali di vasta portata, è anche vero che nelle ultime decadi si è potuta osservare un'espansione del ruolo dei c.d. *non state actors* nell'affrontare le sfide ambientali e climatiche, spesso proprio come risposta alle lacune e alle inefficienze della legislazione<sup>27</sup>.

La fluidità e il rapido sviluppo del diritto in questo settore si misura peraltro anche nella rapida circolazione di modelli, che hanno portato il

<sup>27</sup> C. HOLLEY, A. LAWSON, *Implementing environmental law and collaborative governance*, in P. MARTIN; A. KENNEDY (eds.), *Implementing Environmental Law*, Cheltenham-Northampton, 2015, p. 238.

paradigma della *climate change litigation* ben oltre i confini statunitensi, dove ha avuto origine.

Negli ultimi anni, infatti, appare sempre più chiaro che il contenzioso climatico si sia diffuso a livello mondiale<sup>28</sup>, dando luogo ad un importante fenomeno di *legal transplant*, determinato dalla crescente consapevolezza della società civile dei rischi posti dal cambiamento climatico<sup>29</sup>, da un lato, e dalla percepita mancanza di un'azione efficace per contrastare il fenomeno a livello nazionale, dall'altro<sup>30</sup>.

#### 4. *Il modello statunitense: una fonte di ispirazione per il diritto ambientale internazionale*

Oggi assistiamo ad una circolazione del modello statunitense nella sua veste di formante giurisprudenziale. Tuttavia, occorre ricordare come in passato il modello statunitense sia circolato soprattutto attraverso la diffusione del suo formante legislativo.

Non è certo una novità che Stati Uniti e Unione Europea, almeno sino ad oggi, non abbiano condiviso una prospettiva comune su cosa si dovrebbe fare per combattere il cambiamento climatico<sup>31</sup>. Sebbene sia gli Stati Uniti che l'UE abbiano svolto un ruolo chiave nei negoziati per l'UNFCCC, è anche da notare che i loro ruoli nel contesto internazionale sono cambiati nel corso degli anni e che i negoziati sul clima hanno visto gli Stati Uniti e l'UE invertire i ruoli rispetto a quelli che avevano adottato solo pochi anni prima durante i negoziati sull'ozono<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> C. HUGLO, *Le contentieux climatique: une révolution judiciaire mondiale*, Paris, 2018. Cfr. inoltre il Rapporto presentato dall'UNEP (*United Nations Environment Programme*) in collaborazione con il *Sabin Center for Climate Change Law* della Columbia University di New York: *The Status of Climate Change Litigation – A Global Review*, May 2017.

<sup>29</sup> Sul ruolo della società civile nella governance ambientale si veda T. BERNAUER, C. BETZOLD, *Civil society in global environmental governance*, in *The Journal of Environment & Development*, 2012, vol. 21, p. 62.

<sup>30</sup> In questo senso V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, in *Questa Rivista*, 2019, p. 121.

<sup>31</sup> PIÑON CARLARNE, *Climate Change Law and Policy EU and US Approaches*, cit., p. 237.

<sup>32</sup> PIÑON CARLARNE, *Climate Change Law and Policy EU and US Approaches*, cit., p. 6.

Nel periodo tra gli anni '60 e la fine degli anni '80, gli Stati Uniti sono stati dei promotori entusiasti di accordi e trattati internazionali nel settore ambientale. Come ebbe a sottolineare Philippe Sand nel 1994:

“gli Stati Uniti hanno, storicamente, svolto un ruolo dominante nello sviluppo del diritto ambientale internazionale. Molti dei principi approvati dalla Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo sono stati espressi per la prima volta nella legislazione interna degli Stati Uniti, in particolare le norme emergenti del diritto internazionale in materia di valutazione dell'impatto ambientale, il diritto dei cittadini ad avere accesso alle informazioni ambientali e i diritti di ricorso dinanzi a giudici e organi amministrativi, così come le disposizioni in materia di responsabilità per danni ambientali. Molti di questi impegni internazionali possono essere ricondotti direttamente al diritto interno degli Stati Uniti, che in questo e in altri modi ha contribuito in modo significativo alla riforma del diritto internazionale”<sup>33</sup>.

Il modello statunitense è stato per molti anni al centro dell'attenzione degli studiosi del diritto ambientale. In questo, così come in altri campi del diritto considerati “moderni”, il sistema statunitense si è trovato prima di altri a dover affrontare l'innumerabile serie di problematiche che altrove si sono presentate solo in un momento storico successivo. Si pensi alla responsabilità per danni provocati da prodotti difettosi, oppure alle discipline *antitrust*, dove il diritto statunitense può essere considerato un laboratorio per l'elaborazione di soluzioni originali in questi nuovi settori.

Per quanto concerne il particolare settore ambientale si ricorderà come l'evoluzione di una normativa puntuale sia avvenuta in un *humus* culturale particolarmente propizio<sup>34</sup>. Non si può infatti dimenticare come sin dagli anni '60 negli Stati Uniti sia stata presente una presa di coscienza dei problemi ambientali iniziata con la pubblicazione di *Silent Spring* di Rachel Carson nel 1962<sup>35</sup> e che portò alla celebrazione del

<sup>33</sup> P.H. SAND, *The Greening of International Law: Emerging Principles and Rules*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1994, p. 293. La traduzione è dell'Autore.

<sup>34</sup> Si veda a questo proposito: F. LOCHER, G. QUENET, *L'histoire Environnementale: Origines, Enjeux et Perspectives d'un Nouveau Chantier*, in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 2009/4, n. 56-4, p. 7-38.

<sup>35</sup> RACHEL CARSON, *Silent Spring*, Boston, 1962; trad it A. GASTECCHI: *Primavera silenziosa*, Milano, 1999.

primo *Earth Day* nel 1970 con la partecipazione di più di 20 milioni di cittadini americani<sup>36</sup>. Un movimento ambientalista molto forte ed impegnato ed un Congresso dominato dai Democratici sostennero poi il Presidente Nixon e il suo successore Gerald Ford nel promulgare una serie di *statutes* in campo ambientale tra il 1969 e il 1976 di vitale importanza per il successivo sviluppo del diritto ambientale statunitense: il *National Environmental Policy Act* nel 1969, i *Clean Air Act Amendments* nel 1970, il *Federal Environmental Pesticide Control Act* e il *Marine Mammal Protection Act* nel 1972, l'*Endangered Species Act* nel 1972, il *Toxic Substance Control Act* nel 1976 e il *Resource Conservation and Recovery Act* nel 1976<sup>37</sup>.

A completare questo importante sistema legislativo, nel 1970 veniva inoltre istituita l'*Environmental Protection Agency*<sup>38</sup>, che dal punto di vista regolamentare eserciterà un'influenza duratura sullo sviluppo del diritto ambientale *in action*.

Successivamente, il Presidente democratico Jimmy Carter, con l'avvallo della maggioranza democratica al Congresso, lavorando a stretto contatto con le *lobbies* ambientaliste riuscì a introdurre emendamenti importanti al *Clean Air Act* e al *Clean Water Act* nel 1977 e – soprattutto – a promulgare il *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA) nel 1980, vera e propria spina dorsale di tutto il sistema di responsabilità civile per danni all'ambiente.

Con le elezioni di Reagan nel 1980, il nuovo Presidente cercò inizialmente di mitigare gli oneri ambientali in capo alle industrie americane. Tuttavia, l'interesse pubblico per le problematiche ambientali rimase stabile nel corso degli anni '80 per cui, anche se la *regulation* del settore non aumentò ai ritmi del passato, il Congresso estese ulteriormente la tutela ambientale promuovendo con i *Solid Waste Amendments* del 1984 una riforma del *Resource Conservation and Recovery Act*, rafforzando la nor-

<sup>36</sup> K. SALE, *The Green Revolution. The American Environmental Movement 1962-1992*, New York, 1993, p. 24.

<sup>37</sup> R.D. KELEMEN, D. VOGEL, *Trading Places: The US and EU in International Environmental Politics*, cit., p. 14.

<sup>38</sup> Con l'*Executive Order* denominato *Reorganization Plan No. 3* (35 FR 15623, 84 Stat. 2086) il Presidente Nixon presentò al Congresso il 9 luglio 1970 la proposta di istituire la *Environmental Protection Agency* (EPA) e al contempo la *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA).

mativa in materia di responsabilità per danni ambientali (contenuta nel CERCLA) nel 1986 con il *Superfund Amendments and Reauthorization Act* (SARA), ed infine promulgando il *Global Climate Protection Act* nel 1987 e l'*Ocean Dumping Ban* nel 1988.

Con l'attenzione nei confronti delle problematiche ambientali che rimase alta fino alla fine degli anni '80<sup>39</sup>, il candidato repubblicano George Bush svolse la sua campagna elettorale nel 1988 sulla base di un programma ambientale molto incisivo e – una volta eletto – collaborò con il Congresso Democratico al fine di promulgare gli emendamenti al *Clean Air Act* del 1990, che – tra l'altro – affrontavano due importanti problematiche, fortemente dibattute anche a livello internazionale in quel periodo. In primo luogo, il bando dei Clorofluorocarburi (CFC), che erano stati a lungo impiegati come mezzi refrigeranti nei frigoriferi, negli impianti di aria condizionata, come solventi, agenti schiumogeni e propellenti spray, ritenuti responsabili del buco all'ozono e che erano stati fatti oggetto di uno specifico trattato internazionale, il Protocollo di Montreal<sup>40</sup> che gli Stati Uniti avevano già ratificato nel 1987<sup>41</sup>. In secondo luogo, con il medesimo *statute*, si metteva a punto una soluzione concreta al problema delle piogge acide che era stato all'origine di un lungo conflitto con il Canada<sup>42</sup>.

A partire dal 1992 il ruolo degli Stati Uniti come modello di riferimento nel settore ambientale cominciò una parabola calante.

In assenza di un effettivo supporto da parte degli ambientalisti e a fronte delle numerose critiche provenienti dal mondo degli industriali, il Presidente Bush assunse un atteggiamento molto più distaccato nei confronti delle problematiche ambientali e fu l'unico grande leader che non attese l'*Earth Summit* di Rio del 1992<sup>43</sup>.

La diversa posizione delle *lobbies* ambientaliste apparve ancora più

<sup>39</sup> R.D. KELEMEN, D. VOGEL, *Trading Places: The US and EU in International Environmental Politics*, cit., p. 14.

<sup>40</sup> Il *protocollo di Montréal*, volto a ridurre la produzione e l'uso di quelle sostanze che minacciano lo strato di ozono, in particolare clorofluorocarburi, venne firmato il 16 settembre 1987, ed entrò in vigore il 1° gennaio 1989.

<sup>41</sup> G. EPSTEIN, ET AL., *Governing the invisible commons: Ozone regulation and the Montreal Protocol*, in *International Journal of the Commons*, 2014, pp. 337-360; DOI.

<sup>42</sup> R.D. KELEMEN, D. VOGEL, *Trading Places: The US and EU in International Environmental Politics*, cit., p. 14.

<sup>43</sup> Sulla posizione del Presidente Bush cfr. S. HOPGOOD, *American Foreign Environmental Policy and the Power of the State*, Oxford, 1998, p. 140 ss.

chiara dopo l'elezione del Presidente Clinton. Clinton propose un pacchetto di riforme ambientali e firmò la Convenzione sulla Diversità Biologica adottata a Rio, ma non riuscì ad ottenere la ratifica da parte del Senato né l'adozione di alcuna normativa specifica nel settore ambientale<sup>44</sup>.

Nel 1997, quando il Protocollo di Kyoto venne aperto alla firma, Clinton dapprima sottoscrisse l'impegno internazionale, che non venne però mai ratificato dal Senato. Successivamente, il Presidente George Bush Jr. prese le distanze dai negoziati internazionali sui cambiamenti climatici, preferendo non imporre nessun nuovo onere di stampo ambientale alle industrie americane. In un Report del 2005 messo a punto dal *Natural Resources Defense Council*<sup>45</sup>, la politica del Presidente americano per quanto concerne i cambiamenti climatici venne descritta come "characterized by irresponsible inaction and studied ignorance in the face of overwhelming scientific consensus"<sup>46</sup>.

#### 4.1. Le prime risposte all'assenza di una specifica regulation negli Stati Uniti

Gli Stati Uniti non hanno dunque mai ratificato il Protocollo di Kyoto<sup>47</sup>. Tuttavia, la mancanza di azione a livello federale per affrontare i cambiamenti climatici non è rimasta senza risposte, poiché vi sono state numerose iniziative che hanno tentato di sopperire alle lacune e alle manchevolezze della disciplina a livello federale<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> R.D. KELEMEN, D. VOGEL, *Trading Places: The US and EU in International Environmental Politics*, cit., p. 19.

<sup>45</sup> E. COUSINS, R. PERKS, W. WARREN, *Rewriting the Rules*, Special Edition: *The Bush Administration's First Term Environmental Record*, Washington DC, 2005, Natural Resources Defense Council.

<sup>46</sup> E. COUSINS, R. PERKS, W. WARREN, *Rewriting the Rules*, cit., p. 9.

<sup>47</sup> Cfr. M. ROSSO GROSSMAN, *Climate Change and the Individual in the United States*, in F. SINDICO E M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Switzerland, 2021, p. 199. Si veda inoltre K. HARRISON, *The United States as an Outlier: Economic and Institutional Challenges to US Climate Policy*, in K. HARRISON; L. MCINTOSH SUNDSTROM (eds), *Global Commons, Domestic Decisions, The Comparative Politics of Climate Change*, Cambridge, 2010, p. 67. Cfr. infine E.L. CHALECKI, *Exceptionalism as foreign Policy*, - *US Climate change policy and an emerging norm of compliance*, in P.G. HARRIS (ed.), *Climate Change and Foreign Policy - Case Studies from East to West*, London, 2009, in particolare p. 152.

<sup>48</sup> J. HERSCH, W.K. VISCUSI, *Allocating Responsibility for the Failure of Global Warming Policies*, in U. Pa. L. Rev., 2006, vol. 155, p. 1657.

Un primo ordine di risposte proviene dalle stesse industrie, che hanno cominciato ad assumere atteggiamenti e stili molto più “verdi”. Diversi gruppi d’imprese, tra cui il *Climate Group*, hanno lanciato diverse iniziative per una nuova *Clean Revolution* ed un futuro a basso contenuto di carbonio. In questo contesto, la filosofia seguita è stata quella di lanciare iniziative basate su accordi volontari finalizzati alla riduzione dei gas clima-alteranti (“voluntary, legally binding rules-based greenhouse gas emission reduction and trading system”)<sup>49</sup>.

In assenza di una legislazione federale, un secondo ordine di risposte si è avuto a livello subnazionale, ove una crescente attenzione politica ha portato allo sviluppo di piani d’azione per il clima a livello locale<sup>50</sup>. Un primo esempio è quello offerto dalla California che, con il *Global Warming Solutions Act* del 2006, ha introdotto un programma per ridurre le emissioni di gas serra da tutte le fonti in tutto lo stato. In particolare si prevedeva di ridurre i livelli di emissioni di gas serra ai livelli del 2000 entro il 2010, ai livelli del 1990 entro il 2020 e ad un livello inferiore dell’80% ai livelli del 1990 entro il 2050<sup>51</sup>.

Altra iniziativa promossa a livello locale è quella della *Regional Greenhouse Gas Initiative* (RGGI), in base alla quale i governatori di sette Stati, a partire dal dicembre 2005, hanno stipulato un accordo concernente un sistema di *cap and trade* per mitigare gli effetti derivanti dal diossido di carbonio<sup>52</sup>. Gli Stati aderenti hanno deciso volontariamente di ridurre assieme le emissioni di CO<sub>2</sub> derivanti da impianti elettrici del 10% entro il 2018. Gli Stati aderenti vendono poi i crediti di emissione attraverso delle aste e investono il ricavato a vantaggio del consumatore attraverso politiche di efficienza energetica, energia rinnovabile, e altre tecnologie di energia pulita. Tuttavia, le più recenti analisi hanno dimostrato come gli effetti di tale iniziativa non si siano dimostrati soddisfacenti<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> D. HUNTER, J. SALZMAN, *Negligence In The Air: The Duty Of Care In Climate Change Litigation*, 155 U. Pa. L. Rev. 1741, 2007.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 1742 s.

<sup>51</sup> *California Global Warming Solutions Act of 2006* sec. 1, pt. 3, § 38550, *Cal. Health & Safety Code* § 38550 (West Supp. 2007).

<sup>52</sup> Ad oggi gli Stati sono nove: Connecticut, Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New York, Rhode Island, and Vermont.

<sup>53</sup> H. FELL, P. MANILOFF, *Leakage in Regional Environmental Policy: The Case of the Regional Greenhouse Gas Initiative*, in *Journal of Environmental Economics and Management*, 87, 2018, pp. 1-23.

Un altro esempio interessante appare quello fornito da altri 22 Stati e il Distretto di Columbia, che richiedono alle loro aziende municipali di sviluppare una certa percentuale della loro elettricità da risorse rinnovabili, mentre Washington e l'Oregon richiedono che vi sia una compensazione per i gas a effetto serra prodotti dalle società di servizi<sup>54</sup>.

#### 4.2. *Il modello di litigation in assenza di regulation*

Infine, un terzo ordine di risposte fornite nel contesto statunitense, concerne proprio lo sviluppo di un movimento di “climate change litigation”, che – come è stato messo in rilievo – potrebbe essere finalizzato non tanto ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dal cambiamento climatico, quanto ad ottenere una “*regulation through litigation*”<sup>55</sup>.

Come è stato bene evidenziato, infatti, a fronte dell'assenza di iniziative da parte del governo, il contenzioso sul cambiamento climatico potrebbe non essere tanto una questione di risarcimenti, quanto di *policy*. Questo contenzioso infatti potrebbe anche essere interpretato come un tentativo di utilizzare gli incentivi creati dal sistema giudiziario per generare i cambiamenti politici necessari volti a contenere i rischi di cambiamento climatico globale<sup>56</sup>.

Altri hanno sottolineato come il contenzioso sui cambiamenti climatici potrebbe giocare un ruolo nel costituire “una parte formale del processo di regolamentazione”, come forza volta alla creazione “di norme sociali”<sup>57</sup>. In questa prospettiva, il contenzioso ambientale fornirebbe un meccanismo per il dialogo e la consapevolezza, in un contesto normativo in cui le politiche non hanno affrontato il problema<sup>58</sup>.

<sup>54</sup> D. HUNTER; J. SALZMAN, *Negligence In The Air: The Duty Of Care In Climate Change Litigation*, cit., p. 1743.

<sup>55</sup> J. HERSCH, W. KIP VISCUSI, *Allocating Responsibility for the Failure of Global Warming Policies*, cit., p. 1657.

<sup>56</sup> HERSCH, VISCUSI, cit., p. 1662: “In view of this government failure, the use of litigation to address the consequences of climate change might be viewed as being under the general purview of the overall regulation through litigation movement”.

<sup>57</sup> H.M. OSOFSKY, *Conclusion: Adjudicating Climate Change Across Scales*, in W.C.G. BURNS, H.M. OSOFSKY (eds), *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*, New York, 2009, p. 380; 383.

<sup>58</sup> H.M. OSOFSKY, *op. cit.*, p. 380, 383: “[t]he adjudication provides a mechanism for dialogue and awareness ... in a regulatory environment in which policies have not caught

Non è questa la sede per approfondire la discussione se la *litigation*, piuttosto che la *regulation*, possa o meno essere considerata lo strumento più adatto per combattere il cambiamento climatico<sup>59</sup>. Vero è che nella misura in cui il contenzioso può replicare ciò che può fare una politica governativa significativa, lo farà stabilendo incentivi appropriati per controllare le emissioni legate al riscaldamento globale a livelli efficienti. Tuttavia, ciò che manca alla *litigation* è un controllo interno per garantire che venga promosso un obiettivo di controllo dell'inquinamento basato sull'efficienza e che le preferenze riflesse negli incentivi creati dal contenzioso coincidano con quelle della società più in generale. È probabile, ad esempio, che il ricavo privato che i litiganti potrebbero trarre da tale contenzioso possa costituire un forte incentivo per le aziende inquinanti a porre in essere misure che causino minor impatto sull'ambiente. Tuttavia, non vi è alcuna garanzia che questi ricavi privati siano in linea con i vantaggi e i costi della società nel suo insieme<sup>60</sup>.

Ciò che è importante sottolineare qui, è che la *climate change litigation* nel contesto degli Stati Uniti deve essere considerata come una reazione – da parti diverse – alla totale assenza del governo dalla scena, alla sua inerzia ed inattività<sup>61</sup>.

Va peraltro sottolineato come il contenzioso sui cambiamenti climatici non si presenti come un blocco monolitico, o con un andamento omogeneo, ma piuttosto come una serie di procedimenti avviati da parti diverse per scopi molto eterogenei<sup>62</sup>.

up with the problem. At least as important, it creates diagonal interactions through which different levels and branches of regulators interact and grapple with what is needed”.

<sup>59</sup> A. HUGGINS, *Is climate change litigation an effective strategy for promoting greater action to address climate change? What other legal mechanisms might be appropriate?* in *Local Government Law Journal*, 2008, pp. 184-191.

<sup>60</sup> HERSCH, VISCUSI, cit., p. 1663: “To the extent that litigation can replicate what a meaningful government policy can do, it will do so by establishing appropriate incentives to control emissions related to global warming at efficient levels. What is missing from the litigation process is any internal check to ensure that an efficiency-based pollution control objective is being fostered and that the preferences reflected in the incentives created by the litigation coincide with those of society more generally. It is likely, for example, that the private gain that the litigators stand to reap from such litigation is a strong motivation. There is no assurance that these private gains are in line with societal benefits and costs”.

<sup>61</sup> R.F. BLOMQUIST, *Comparative climate change torts*, in *Val. UL Rev.*, 2012, vol. 46, p. 1053.

<sup>62</sup> D.L. MARKELL; E. HAMMOND, *A Primer on Common Law & Related Causes of*

Un primo gruppo di cause concerne le azioni intentate contro l'*Environmental Protection Agency* (EPA), per non aver dato attuazione alle previsioni normative in materia di inquinamento atmosferico. Il *leading case* a questo proposito è *Massachusetts, et al., v. Environmental Protection Agency* del 2007, in cui alcuni Stati avevano citato in giudizio l'EPA perché aveva ommesso di disciplinare il diossido di carbonio emesso dai veicoli a motore, sostenendo che non si trattasse di un inquinante ai sensi del *Clean Air Act*<sup>63</sup>. La Corte Suprema, investita del caso, interpretò il *Clean Air Act* ("CAA") nel senso che questo prevedesse che la *Environmental Protection Agency* ("EPA") regolamentasse i gas a effetto serra derivanti dalle emissioni dei veicoli a motore, qualora l'EPA avesse evidenza del fatto che questi avrebbero potuto creare dei rischi per la salute umana ("Endangerment Finding").

Un secondo gruppo di casi è esemplificato da quello promosso nel 2005 da alcune città e da alcune associazioni ambientali contro l'*Overseas Private Investment Corporation* (OPIC), l'istituzione finanziaria del Governo degli Stati Uniti che promuove gli investimenti privati americani nei paesi con economie emergenti, nell'ambito di una più vasta promozione della politica estera americana<sup>64</sup>. Gli attori in questo caso richiedevano che l'OPIC, nell'ambito delle sue procedure di investimento, cominciasse a produrre valutazioni di impatto ambientale, che tenessero conto degli impatti climatici che le infrastrutture da esso finanziate avrebbero potuto produrre<sup>65</sup>.

Un terzo gruppo di cause adotta la prospettiva della tutela dei diritti umani, messi a repentaglio dagli impatti che i cambiamenti climatici possono avere sulla stessa sopravvivenza di comunità che vivono in conte-

*Action in Climate Change Litigation. Civil Remedies*, in *Global Climate Change and US Law*, (2d ed), M.B. GERRARD, J. FREEMAN (eds), Chicago, 2014.

<sup>63</sup> *Massachusetts v. EPA*, 549 US 497 (2007). Si veda C. CECOT, *Blowing hot air: an analysis of state involvement in greenhouse gas litigation*, Vand. L. Rev., 2012, vo. 65, p. 189-190. Si vedano inoltre MARKELL, RUHL, cit, p. 15; T. D. HESTER, *A New Front Blowing In: State Law and the Future of Climate Change Public Nuisance Litigation*, in Stan. Envtl. LJ, 2012, vol. 31, p. 49, in particolare p. 52; T.S. HUNTER, *Ambiguity in the Air: Why Judicial Interpretation of Insurance Policy Terms Should Force Insurance Companies to Pay for Global Warming Litigation*, in Penn St. L. Rev., 2008, vol. 113, p. 267-268.

<sup>64</sup> *Friends of the Earth, Inc. v. Watson*, No. C 02-4106 JSW, 2005 U.S. Dist. LEXIS 42335 (N.D. Cal. Aug. 23, 2005).

<sup>65</sup> HUNTER, SALZMAN, *op. cit.*, p. 1743.

sti particolarmente vulnerabili. Nel 2005, il presidente della Conferenza Circumpolare Inuit aveva presentato una petizione contro gli Stati Uniti presso la Commissione interamericana sui diritti umani (IACHR), un organo dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA), creata nel 1959 allo scopo di promuovere il rispetto dei diritti umani in tutti gli Stati membri<sup>66</sup>. La petizione affermava che gli Stati Uniti avevano commesso violazioni dei diritti umani contro il popolo Inuit degli Stati Uniti e del Canada, in quanto, non limitando le emissioni di gas serra, aveva provocato cambiamenti climatici e danni alla cultura, alla vita e all'integrità fisica degli Inuit<sup>67</sup>.

La petizione richiedeva che la Commissione interamericana sui diritti umani conducesse un'indagine al fine di dichiarare la responsabilità degli Stati Uniti per le violazioni della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, raccomandando agli Stati Uniti di adottare misure per limitare le emissioni di gas serra e proteggere il popolo Inuit<sup>68</sup>. Tuttavia, nel 2006, la Commissione dichiarò che non avrebbe esaminato la petizione "al momento", spiegando che non era in grado di determinare, sulla base delle informazioni contenute nella petizione, se i fatti addotti avrebbero corroborato la conclusione che i diritti tutelati dalla Dichiarazione erano stati violati.

#### 4.3. *Responsabilità civile e climate change litigation*

Un quarto gruppo di casi, in continuo aumento, concerne le azioni di responsabilità civile contro privati per ottenere il risarcimento di danni che derivano dai cambiamenti climatici<sup>69</sup>. Gli ostacoli a trattare questo tipo di cause derivano dalle difficoltà a determinare un chiaro nesso causale, a quantificare chiaramente i danni che possono essere considerati

<sup>66</sup> *Petition to the Inter American Commission on Human Rights Seeking Relief From Violations Resulting From Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States* ([http://www.ciel.org/Publications/ICC\\_Petition\\_7Dec05.pdf](http://www.ciel.org/Publications/ICC_Petition_7Dec05.pdf)).

<sup>67</sup> MARKELL, HAMMOND, *op. cit.*, p. 29.

<sup>68</sup> H.M. OSOFSKY, *Inuit Petition as a Bridge-Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples' Rights*, in *Am. Indian L. Rev.*, 2006, vol. 31, p. 675.

<sup>69</sup> A. THORPE, *Tort-based climate change litigation and the political question doctrine*, in *J. Land Use & Envtl. L.*, 2008, vol. 24, p. 79; D.G. GIFFORD, *Climate Change and the Public Law Model of Torts: Reinvigorating Judicial Restraint Doctrines*, in *SCL Rev.*, 2010, vol. 62, p. 201.

di origine antropica rispetto a quelli di origine naturale, a identificare i responsabili e ad attribuire loro specifiche parti di responsabilità<sup>70</sup>. L'avanzamento delle conoscenze scientifiche aiuterà sicuramente anche i giuristi nelle loro teorizzazioni<sup>71</sup>.

La *litigation* basata sul sistema dei *torts* mette in luce le ragioni poste alla base delle possibili rivendicazioni degli attori, così come le indubbie difficoltà che caratterizzano queste cause.

In *Connecticut v. American Electric Power*<sup>72</sup>, otto Stati e la città di New York agirono contro cinque grandi produttori di carburante, riconosciuti tra i maggiori responsabili delle emissioni di CO<sub>2</sub> negli Stati Uniti, sulla base del *tort of public nuisance*<sup>73</sup>, che sussiste quando vi è un comportamento che crea un'interferenza con il libero godimento di un diritto comune ai cittadini in generale<sup>74</sup>. Nella causa in esame, la violazione del *duty of care* imposto ai convenuti veniva fatto derivare dalle emissioni di biossido di carbonio derivanti dalla combustione di carburanti fossili che creavano consapevolmente una *public nuisance* consistente nel riscaldamento globale, nocivo agli attori e ai cittadini più in generale<sup>75</sup>. La causa

<sup>70</sup> T. PFROMMER ET AL., *Establishing causation in climate litigation: admissibility and reliability*. *Climatic Change*, 2019, vol. 152, p. 67; M. HINTEREGGER, *Civil liability and the challenges of climate change: A functional analysis*, in *Journal of European Tort Law* 2017, vol. 2, p. 238.

<sup>71</sup> D.A. GROSSMANN, *Warming Up To A Not-So-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation*, 28 Colum. J. Envtl. L. 1 (2003), p. 9: "Any climate change lawsuit will be inextricably linked to the science of global warming".

<sup>72</sup> *Connecticut v. American Elec. Power Co., Inc.*, 582 F. 3d 309 - Court of Appeals, 2nd Circuit 2009.

<sup>73</sup> Si veda W.L. PROSSER. *Private action for public nuisance*, in *Va. L. Rev.* 1966, vol. 52, p. 997.

<sup>74</sup> Cfr. per quanto concerne la disciplina del *tort of public nuisance* nel *Restatement Second of Torts* (1977), G.C. CHRISTIE, J. MEEKS, *Cases and Materials on the Law of Torts*, St. Paul, 1990, p. 874.

<sup>75</sup> HUNTER, SALZMAN, *op. cit.*, p. 1752: "Defendants, by their emissions of carbon dioxide from the combustion of fossil fuels at electric generating facilities, are knowingly, intentionally or negligently creating, maintaining or contributing to a public nuisance – global warming – injurious to the plaintiffs and their citizens and residents". In particolare la questione alla violazione del dovere di diligenza (*breach of the duty of care*) veniva presa in considerazione in questo modo: "Defendants, by their emissions of carbon dioxide from the combustion of fossil fuels at electric generating facilities, are knowingly, intentionally or negligently creating, maintaining or contributing to a public nuisance – global warming – injurious to the plaintiffs and their citizens and residents.

non venne mai decisa in primo grado, poiché nel 2005 la *District Court*<sup>76</sup> rigettò l'azione sostenendo che si trattasse di una “*non justiciable political question*”. Tuttavia, in appello, la Corte di *Second Circuit* riformò la decisione di primo grado, sostenendo che, sebbene il Congresso avesse promulgato leggi sull'inquinamento atmosferico, nessuna di queste leggi aveva sostituito il *common law* federale<sup>77</sup>.

Infine, nel 2011 la questione venne portata davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>78</sup>, che in una decisione unanime, sentenziò che le società non possono essere citate in giudizio a causa delle loro emissioni di gas clima-alteranti sulla base del sistema di *common law* federale, poiché il *Clean Air Act* (CAA) delega la gestione della CO<sub>2</sub> così come degli altri gas clima-alteranti alla *Environmental Protection Agency* (EPA).

Il *tort of public nuisance* venne posto alla base anche di casi iniziati da privati, come nel caso *Korsinski v. United States EPA* (2005), in cui l'attore agiva contro l'*Environmental Protection Agency* per non avere adottato sufficienti misure al fine di evitare il cambiamento climatico. Le pretese dell'attore, che riprendevano in gran parte le richieste presentate in *Connecticut v. American Electric Power*, vennero rigettate per non essere stato in grado di provare una *specific injury*. L'attore si era infatti limitato ad addurre un generico danno causato al pubblico causato da una condotta inquinante del convenuto, senza provare che da questo fosse derivato un danno specifico alla sua persona<sup>79</sup>.

Defendants could generate the same amount of electricity while emitting significantly less carbon dioxide by employing readily available processes and technologies. Defendants know or should know that their emissions of carbon dioxide contribute to global warming and to the resulting injuries and threatened injuries to the plaintiffs, their citizens and residents, and their environment”.

<sup>76</sup> *Connecticut v. American Elec. Power Co., Inc., United States District Court for the Southern District of New York*, September 22, 2005; 406 F.Supp.2d 265 (2005).

<sup>77</sup> In particolare, la Corte affermò un giorno sarebbe forse arrivato in cui le leggi e i regolamenti federali avrebbero prevalso sul *common law* e in particolare sulla disciplina del *tort of public nuisance*, ma che ciò non si era ancora verificato. Cfr. *Connecticut v. American Elec. Power Co., Inc., United States Court of Appeals, Second Circuit*, Argued: June 7, 2006; Decided: September 21, 2009; 582 F.3d 309 (2009).

<sup>78</sup> *American Elec. Power Co., et al. v. Connecticut, et al.*, 564 U.S. 410 (2011), Argued April 19, 2011; Decided June 20, 2011; 564 U.S. 410.

<sup>79</sup> HUNTER, SALZMAN, *op. cit.*, p. 1753.

La prima causa in cui privati cittadini agirono contro altri privati per ottenere un risarcimento del danno derivante dai cambiamenti climatici vide la luce all'indomani dell'uragano Katrina. Nella causa *Comer v. Murphy*<sup>80</sup>, passata alla gloria dei rotocalchi come “*the first climate change liability damages suit*”<sup>81</sup>, alcuni cittadini del Mississippi, vittime dell'uragano Katrina del 2005, agirono contro nove produttori di carburante, trentuno società produttrici di carbone e quattro società operanti nel settore della chimica sulla base di diversi *torts*<sup>82</sup>, sostenendo che le loro immissioni avevano fortemente contribuito ai cambiamenti climatici all'origine di fenomeni come quello dell'uragano Katrina, che aveva danneggiato le loro proprietà. Tuttavia, sia la Corte di primo grado<sup>83</sup> che quella d'appello<sup>84</sup> rigettarono l'azione<sup>85</sup>. La Corte Suprema rigettò infine la richiesta di un *writ of mandamus*, nel 2011, mettendo definitivamente fine alla controversia.

Sempre nella scia delle *litigation* sulla base del *tort of public nuisance* si colloca *California v. General Motors Corp.*<sup>86</sup>, ove l'*Attorney General* della California agì contro la *General Motors* e altri 5 grandi produttori di autoveicoli in quanto le loro emissioni annuali, pari a circa 289 milioni di tonnellate di anidride carbonica e altri gas a effetto serra, contribuiscono in modo sostanziale al riscaldamento globale e agli impatti negativi sulla California. Sulla base delle statistiche presentate durante il processo, le emissioni degli autoveicoli prodotti dai convenuti contribuiscono per il 9% alle emissioni di CO<sub>2</sub> a livello mondiale. Secondo l'impostazione dell'*Attorney General*: “by manufacturing products defendants knew would contribute

<sup>80</sup> *Comer v. Murphy Oil USA*, No. 1:05-CV436-LG-RHW, 2007 WL 6942285 (S.D. Miss. Aug. 30, 2007), rev'd, 585 F.3d 855 (5th Cir. 2009); *Comer v. Murphy Oil USA*, 839 F.Supp.2d 849 (2012), aff'd, 718 F.3d. 460 (2013).

<sup>81</sup> HUNTER, SALZMAN, *op. cit.*, p. 1754.

<sup>82</sup> In particolare, l'azione era basata sui *torts* di *negligence*, *unjust enrichment*, *civil conspiracy*, *fraudulent misrepresentation and concealment*, e *trespass*.

<sup>83</sup> *United District Court Southern District of Mississippi*, 30 August 2007.

<sup>84</sup> *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*, 28 May 2010.

<sup>85</sup> Sul punto si veda M. B. GERRARD, J. A. MACDOUGALD, *An Introduction to Climate Change Liability Litigation and a View to the Future*, in *Conn. Ins. L. J.*, 2013, p. 153 ss.

<sup>86</sup> *People of the State of California*, ex rel. Edmund G. Brown Jr., Attorney General, Plaintiff - Appellant, v. General Motors Corporation, a Delaware Corporation; et al., Corporation, Defendants - Appellees, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 07-16908, June 24 2009.

to climate change, they have breached a duty not to unreasonably interfere with public welfare”. Anche in questo caso sia la Corte di primo grado che quella d’appello rigettarono la domanda.

Un altro caso emblematico che dimostra le potenzialità della *tort litigation* nel settore dei cambiamenti climatici è *Kivalina v. ExxonMobil Corporation, et al.*<sup>87</sup>. Kivalina è una comunità della tribù di eschimesi Inupiat in Alaska, autogovernata e riconosciuta a livello federale, istituita ai sensi delle disposizioni dell’*Indian Reorganization Act* del 1934. Il ricorso, depositato il 26 febbraio 2008 presso il Tribunale distrettuale del Distretto settentrionale della California, si basa sul *tort of nuisance*, ed era finalizzato a chiedere il risarcimento dei danni all’industria energetica per la distruzione di Kivalina, dovuta alle inondazioni causate dai cambiamenti climatici. Gli attori sostenevano in particolare che il contributo dei convenuti al riscaldamento globale attraverso le loro emissioni di anidride carbonica e altri gas serra interferiva in modo sostanziale e irragionevole con i loro diritti di utilizzare e godere della proprietà pubblica e privata a Kivalina<sup>88</sup>.

Gli attori richiedevano in particolare il risarcimento dei danni derivanti dal necessario trasferimento dell’intero villaggio come conseguenza di ciò che viene descritto come il risultato di “contributi passati e presenti degli imputati al riscaldamento globale”<sup>89</sup>.

Il 30 settembre 2009, la Corte distrettuale degli Stati Uniti per il distretto settentrionale della California accolse la mozione di archiviazione dei convenuti, concordando con le loro argomentazioni secondo cui il caso sollevava questioni politiche che non avrebbero potuto essere risolte dalla Corte. Nel novembre 2009, il villaggio di Kivalina presentò ricorso contro l’archiviazione davanti alla Corte d’appello del Nono Circuito. Nel settembre 2012, la Corte d’appello rigettò il ricorso di Kivalina, riconfermando l’archiviazione del caso così come deciso dalla Corte di primo grado. Nell’ottobre 2012, Kivalina ha chiesto alla corte d’appello di poter discutere il caso *en banc* (davanti all’intera giuria), ma la corte ha rifiutato di discutere il caso. I ricorrenti hanno infine presentato ricorso

<sup>87</sup> *Native Vill. of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 863 (N.D. Cal. 2009), *aff’d*, 696 F.3d 849 (9th Cir. 2012).

<sup>88</sup> Su cui GERRARD, MACDOUGALD, *cit.*, p. 153.

<sup>89</sup> Sul caso cfr. C. SHEARER, *The political ecology of climate adaptation assistance: Alaska Natives, displacement, and relocation*, in *Journal of Political Ecology*, 2012, vol. 19, p. 174.

alla Corte Suprema nel febbraio 2013, ma anche in questo caso senza successo.

#### 4.4. I nuovi casi basati sulla teoria della public trust doctrine

Più recentemente, alcuni casi statunitensi hanno fondato le loro richieste in giudizio sulla base della *public trust doctrine*, che si è sviluppata a partire degli anni '70 nel settore ambientale<sup>90</sup>. Secondo questa impostazione, gli enti sovrani (lo Stato federale, gli stati federati) vengono considerati *public trustees* nei confronti delle *natural resources*<sup>91</sup>, le quali formano in questo senso l'oggetto di una proprietà di stampo fiduciario<sup>92</sup>. La titolarità di tale proprietà fiduciaria spetta allo Stato o ad altri enti di governo, mentre i *beneficiari* (*beneficiaries*) di tale costruzione sono i cittadini, con ciò recuperando appieno lo schema tipico del *trust* anche se in un settore diverso rispetto a quello in cui si è soliti saperlo operare<sup>93</sup>. L'applicazione in campo ambientale del *trust* si deve in particolare ad una ricostruzione di Joseph Sax, che delineava le potenzialità di questo istituto in ambito ambientale<sup>94</sup>. Di seguito, diverse leggi federali<sup>95</sup>

<sup>90</sup> R.E. LUTZ, *The laws of environmental management: a comparative study*, in *American Journal of Comparative Law*, 1976, vol. 24, p. 447.

<sup>91</sup> Cfr. il fondamentale articolo di J. SAX, *The public trust doctrine in natural resource law: effective judicial intervention*, in 68 *Michigan Law Review*, 1970, p. 470 ss. La dottrina del *public trust* è stata impiegata soprattutto per la gestione delle acque, ma vi sono stati casi in cui lo stesso istituto è stato impiegato al fine di prevenire un uso inefficiente di altri *public lands*.

<sup>92</sup> R.E. LUTZ, *The laws of environmental management: a comparative study*, cit. p. 469 ss; W.H. RODGERS, *Handbook on Environmental Law*, St. Paul, 1977, p. 170; Note, *The Public Trust in Tidal Areas: A Sometime Submerged Traditional Doctrine*, in 79 *Yale L.J.*, 1970, p. 763; V.P. NANDA, W.K. RIS, *The Public Trust Doctrine: A Viable Approach to International Environmental Protection*, in 5 *Ecol. L. Q.* 1976, p. 291.

<sup>93</sup> LUTZ, cit., p. 469: "Based on classic trust law concepts, this traditional doctrine provides that the sovereign holds certain land or non-renewable resources in trust for its present and future citizens".

<sup>94</sup> Si veda il già citato J. SAX, *The public trust doctrine in natural resource law: effective judicial intervention*, cit. Sulle origini del *public trust doctrine* si veda W.D. ARAIZA, *The Public Trust Doctrine as an Interpretive Canon*, in *UCDL Rev*, 2011, vol. 45, p. 693. Sullo sviluppo della *public trust doctrine* all'inizio degli anni '70 cfr. M.K. SMYTHE, *Environmental Law--Expanding the Definition of Public Trust Uses*, in *NCL Rev.*, 1972, vol. 51, p. 316.

<sup>95</sup> Come il *Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act* (CERCLA) del 1980 o nella riforma del *National Environmental Policy Act* (NEPA) del

hanno adottato il modello del *public trust* come strumento per gestire le risorse ambientali<sup>96</sup> e altri problemi collegati<sup>97</sup>. La *public trust doctrine* è stata successivamente introdotta in contesti diversi da quello statunitense, sia di *common law*<sup>98</sup> che, con alcuni adattamenti, di *civil law*<sup>99</sup> come strumento per gestire diverse problematiche collegate alla tutela dell'ambiente<sup>100</sup>. Alcuni studiosi americani hanno altresì proposto che l'istituto del *public trust* possa essere considerato come strumento utile per la protezione dell'ambiente anche nel contesto internazionale<sup>101</sup>.

Infine, nell'ultimo decennio, veniva messo in luce che la *public trust doctrine* potesse essere applicata anche ai cambiamenti climatici<sup>102</sup>, ciò che

1970. Cfr. A. R. CHASE, *Remedying CERCLA's Natural Resource Damages Provision: Incorporation of the Public Trust Doctrine into Natural Resource Damage Actions*, in Va. Envtl. LJ, 1991, vol. 11, p. 353; G.D. MEYERS, *Divining common law standards for environmental protection: Application of the public trust doctrine in the context of reforming NEPA and the commonwealth environmental protection act*, in *Environmental and Planning Law Journal*, 1994, vol. 11, p. 289.

<sup>96</sup> G.D. MEYERS, *Variation on a Theme: Expanding the Public Trust Doctrine to Include Protection of Wildlife*, in Envtl. L. 19, 1989, p. 723; T.A. CAMPBELL, *The Public Trust, What's it Worth*, in Nat. Resources J., 1994, vol. 34, p. 73; L. HARGRAVE, *The Public Trust Doctrine: A Plea for Precision*, in La. L. Rev., 1992, vol. 53, p. 1535; H.R. BADER, *Antaeus and the public trust doctrine: a new approach to substantive environmental protection in the common law*, in BC Envtl. Aff. L. Rev., 1992, vol. 19, p. 749; H. INGRAM; C.R. OGGINS, *The Public Trust Doctrine and Community Values in Water*, in Nat. Resources J., 1992, vol. 32, p. 515; A. RIESER, *Ecological preservation as a public property right: An emerging doctrine in search of a theory*, in Harv. Envtl. L. Rev., 1991, vol. 15, p. 393.

<sup>97</sup> A. BUKAC, *Fracking and the Public Trust Doctrine: This Land Is Their Land, but after Robinson, Might This Land Really Be Our Land*, in USFL Rev., 2015, vol. 49, p. 361.

<sup>98</sup> J. RAZZAQUE, *Application of public trust doctrine in Indian environmental cases*, in *Journal of Environmental Law*, 2001, vol. 13, p. 221. La Corte Suprema dell'India riconobbe il *public trust* nel 1996, in una *opinion* in cui si citava l'articolo del Professor Sax. Cfr. BUKAC, cit., p. 373.

<sup>99</sup> D.G. DYER, *California Beach Access: The Mexican Law and the Public Trust*, in *Ecology LQ*, 1972, vol. 2, p. 571.

<sup>100</sup> Cfr. in oltre M.C. BLUMM; R.D. GUTHRIE, *Internationalizing the public trust doctrine: natural law and constitutional and statutory approaches to fulfilling the Saxion vision*, in *UCDL Rev.*, 2011, vol. 45, p. 741.

<sup>101</sup> Cfr. NANDA, RIS, *op. cit.*

<sup>102</sup> Cfr. R.K. CRAIG, *Adapting to climate change: the potential role of state common-law public trust doctrines*, in Vt. L. Rev., 2009, vol. 34, p. 781.

si è effettivamente avverato nel 2015 con la causa *Juliana v. United States*<sup>103</sup>. In questo caso gli attori, tutti adolescenti rappresentati dalla organizzazione non-profit *Our Children's Trust*, avevano proposto l'azione anche a nome delle generazioni future, affermando che il governo federale aveva violato i loro diritti costituzionali provocando pericolose concentrazioni di anidride carbonica, sostenendo in particolare che le attività poste in essere dallo Stato federale avessero violato il loro diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà, venendo meno al dovere di gestire le risorse naturali affidate in *trust* allo Stato non solo per i cittadini attuali, ma anche per le future generazioni, incoraggiando e permettendo la combustione di carburanti fossili<sup>104</sup>. L'azione era volta ad ottenere l'accertamento in sede giudiziale delle violazioni ai loro diritti e un'ingiunzione nei confronti dello Stato per richiedere la preparazione di un piano per la riduzione di CO<sub>2</sub><sup>105</sup>.

Nel 2016 la *District Court dell'Oregon*, presieduta dal Giudice Ann Aiken, decise di accogliere il ricorso, argomentando che “*access to a clean environment was a fundamental right*”. Tuttavia, nel gennaio del 2020, la Corte d'Appello del Nono Circuito invalidò la decisione di primo grado, sostenendo la mancanza di legittimazione ad agire degli attori. Gli avvocati degli attori hanno a loro volta fatto ricorso contro la decisione della Corte d'Appello. Mentre l'esito della controversia appare ancora incerto, appare chiaro come questa rappresenti l'ennesimo sforzo di impiegare gli strumenti di common law, ed in particolare la *public trust doctrine*, per proteggere l'ambiente anche per le generazioni future<sup>106</sup>.

#### 4.5. Alcune conclusioni preliminari

L'origine della *climate change litigation* va ricercata nel particolare contesto americano, ove l'assenza di una *regulation* che prendesse in considerazione il fenomeno dei cambiamenti climatici è sfociata in una presa

<sup>103</sup> M.C. BLUMM; M.C. WOOD, *No ordinary lawsuit: climate change, due process, and the public trust doctrine*, in *Am. UL Rev*, 2017, vo. 67, p. 1.

<sup>104</sup> Tutti i documenti relativi al caso si trovano: <http://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/?cn-reloaded=1>.

<sup>105</sup> Secondo la terminologia inglese, gli attori presentavano un “*complaint for declaratory and injunctive relief*”.

<sup>106</sup> M.P. NEVITT, R.V. PERCIVAL, *Could Official Climate Denial Revive the Common Law as a Regulatory Backstop*, in *Wash. UL Rev.*, 2018, vol. 96, p. 441; 491.

di posizione da parte di una molteplicità di attori: Stati, associazioni, singoli cittadini, comunità indigene, che hanno portato il problema davanti alle corti, per fare sentire la loro voce.

Il fenomeno della *regulation through litigation*, volto a raggiungere la promulgazione di una normativa attraverso una serie di cause che mettevano in risalto la mancanza di una regolamentazione adeguata a gestire dei nuovi rischi che affioravano nella società, è stato riproposto in diversi settori, come quelli della responsabilità per il consumo di sigarette, l'uso delle armi, l'impiego di vernici a base di piombo o delle protesi mammarie al silicone<sup>107</sup>.

La *climate change litigation* ha peraltro messo in evidenza gli innumerevoli problemi cui gli attori devono far fronte, a seconda di come la causa è stata impostata: dalla problematica relativa alla legittimazione ad agire (*standing*), alla difficile prova del nesso causale, che implica la necessità di un dialogo tra scienza e diritto, senza il quale risulta impossibile l'identificazione del danno individuale come concretizzazione di un fenomeno generale.

Qualunque siano state le motivazioni profonde che hanno portato allo sviluppo della *climate change litigation* negli Stati Uniti, risulta chiaro il grado di fascinazione che tale modello ha esercitato anche in altri sistemi, ove il contesto normativo appariva diverso, come in Europa.

##### 5. *L'Unione Europea e la rivendicazione di una leadership nella diplomazia sui cambiamenti climatici*

Rispetto agli Stati Uniti, l'esperienza europea ha preso una strada molto diversa. Dalla fine degli anni '80, l'Unione Europea ha sempre voluto svolgere un ruolo sempre più attivo nel perseguire una politica ambientale ed energetica coerente<sup>108</sup>, strettamente connessa alla regolamentazione dei cambiamenti climatici sia a livello nazionale che internazionale<sup>109</sup>.

Questo processo ha gradualmente portato ad un "rinverdimento"

<sup>107</sup> Ne parla diffusamente il libro curato da W. KIP VISCUSI, *Regulation through litigation*, Washington D.C., 2002.

<sup>108</sup> M. PEETERS, M. STALLWORTHY; J. DE CENDRA DE LARRAGÁN (eds.), *Climate law in EU member states: towards national legislation for climate protection*, Cheltenham; B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Questa Rivista*, 2009, p. 841.

<sup>109</sup> OBERTHÜR, PALLEMAERTS (eds) (2010).

generale della politica europea e alla “*europaizzazione*” delle politiche ambientali degli Stati membri<sup>110</sup>.

Con il Trattato di Maastricht del 1992 e, ancor di più, con il Trattato di Amsterdam del 1997, la promozione dello sviluppo sostenibile è diventata parte integrante di tutte le politiche comunitarie ed il principio guida dell’azione internazionale dell’Unione Europea<sup>111</sup>.

Analizzando la relazione tra diritto internazionale e diritto dell’Unione europea per quanto concerne le politiche relative al cambiamento climatico, è stato sottolineato che mentre le iniziative UE sul clima potevano considerarsi in ritardo rispetto allo sviluppo delle politiche internazionali fino all’inizio degli anni 2000, da allora in poi hanno assunto un diverso approccio in questo settore<sup>112</sup>. L’Unione Europea ha infatti assunto un ruolo guida nello sviluppo e nel sostegno del Protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici nel 1997<sup>113</sup>, rafforzando successivamente la sua *leadership* nei negoziati internazionali per combattere il cambiamento climatico<sup>114</sup>.

Anche se è stato dubitato che la determinazione dell’UE di diventare leader nella *global governance* dei cambiamenti climatici potesse essere considerata “*legitimate, credible and effective*”<sup>115</sup>, va comunque riconosciuto che negli ultimi anni vi è stato un forte investimento per sviluppare strumenti di politica climatica efficaci<sup>116</sup>.

Ancora prima dell’entrata in vigore del Protocollo di Kyoto, l’Unione Europea adottava dapprima la direttiva in materia di *emissions*

<sup>110</sup> D. TORNEY, *European Climate Leadership in Question: Policies Towards China and India*, Cambridge, Massachusetts - London, England, MIT Press, 2015.

<sup>111</sup> S. LIGHTFOOT; J. BURCHELL, *The European Union and the World Summit on Sustainable Development: Normative Power Europe in Action?* In *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 2005, vol. 43, p. 75, in particolare p. 78.

<sup>112</sup> OBERTHÜR, PALLEMAERTS (eds), cit., p. 28: “whereas EU climate policy and law were lagging behind international policy development until the early 2000s, they have moved ahead of the international framework since then”.

<sup>113</sup> S. LIGHTFOOT; J. BURCHELL, cit., p. 76.

<sup>114</sup> L. VAN SCHAİK; S. SCHUNZ, *Explaining EU activism and impact in global climate politics: is the Union a norm-or interest-driven actor?* in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, pp. 169-186.

<sup>115</sup> J. GUPTA; M. GRUBB, *Climate Change and European Leadership – A sustainable Role for Europe?* Boston, 2000, p. 4.

<sup>116</sup> J. WETTESTAD, *The complicated development of EU climate policy*, in J. GUPTA; M. GRUBB (eds.), *Climate Change and European Leadership - A sustainable Role for Europe?* Boston, 2000.

*trading*<sup>117</sup>, e successivamente quella che introduceva il *clean development mechanism* e la *joint implementation*<sup>118</sup>, facendo propri tutti gli strumenti previsti dal trattato internazionale per combattere i cambiamenti climatici.

Nel 2007 l'UE lanciava inoltre un ambizioso pacchetto "clima-energia"<sup>119</sup>, a cui è stata data concretizzazione successivamente nel 2008 e nel 2009, mirante a ridurre le emissioni clima-alteranti<sup>120</sup>. In particolare, sono state adottate diverse direttive in materia di risparmio energetico, risorse rinnovabili, riduzione delle emissioni<sup>121</sup>.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 venne inoltre posta una particolare enfasi sulla dimensione esterna della politica ambientale dell'UE<sup>122</sup>. Il Trattato di Lisbona introduce un legame esplicito tra sviluppo sostenibile e relazioni esterne dell'UE, affermando che nelle sue relazioni con il resto del mondo l'Unione contribuisce allo sviluppo sostenibile della Terra<sup>123</sup>.

Un altro legame esplicito con la tutela dell'ambiente si trova nelle Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione Europea, di cui all'art.

<sup>117</sup> Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, GU L 275/32 del 25.10.2003.

<sup>118</sup> Direttiva 2004/101/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 recante modifica della direttiva 2003/87/CE che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità, riguardo ai meccanismi di progetto del Protocollo di Kyoto, GU L 338/18 del 13.11.2004.

<sup>119</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo e al Parlamento Europeo, *Una Politica Energetica per l'Europa*, Brussels, 10.1.2007, COM (2007) 1 final; Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Limitare il surriscaldamento dovuto ai cambiamenti climatici a +2 gradi Celsius - La via da percorrere fino al 2020 e oltre, Brussels, 10.1.2007, COM (2007) 2 final.

<sup>120</sup> OBERTHÜR, PALLEMAERTS, *op. cit.*, p. 25; Cfr. inoltre *Le politiche energetiche comunitarie, Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, a cura di B. Pozzo, Milano, Giuffrè, 2009.

<sup>121</sup> Cfr. B. Pozzo, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Questa Rivista*, 2009, p. 841 ss.

<sup>122</sup> G. MARÍN DURÁN; E. MORGERA, *Environmental Integration in the EU's external Relations, Beyond Multilateral Dimensions*, Oxford, 2012, p. 12 ss.

<sup>123</sup> Art. 3 (5) TEU.

21 Trattato sull'Unione Europea (TUE). In particolare, l'Unione definisce e persegue politiche e azioni comuni e si adopera per un elevato grado di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali, al fine di "favorire lo sviluppo sostenibile dei paesi in via di sviluppo sul piano economico, sociale e ambientale, con l'obiettivo primo di eliminare la povertà"<sup>124</sup> e "contribuire all'elaborazione di misure internazionali volte a preservare e migliorare la qualità dell'ambiente e la gestione sostenibile delle risorse naturali mondiali, al fine di assicurare lo sviluppo sostenibile"<sup>125</sup>.

Tra i principi che troviamo oggi nel Titolo XX del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), dedicato all'Ambiente, vi è la "promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici"<sup>126</sup>.

L'Unione Europea ha rivendicato per sé un ruolo di leadership internazionale rispetto alla questione del cambiamento climatico<sup>127</sup> ed è diventata uno dei più entusiasti sostenitori di un trattato internazionale vincolante<sup>128</sup>.

Nonostante l'opposizione degli Stati Uniti, l'UE ha adottato un approccio che promuove la regolamentazione del cambiamento climatico in diversi contesti internazionali<sup>129</sup>, accreditando l'idea di voler guidare il resto del mondo fornendo l'esempio ("*leading by example*")<sup>130</sup>.

In conclusione, l'Unione Europea sta approntando una vasta disciplina del settore, approvando una vasta legislazione volta a mitigare gli effetti dei cambiamenti climatici e – al contempo – una strategia puntuale per venire

<sup>124</sup> Art. 21 (2) TEU, letter (d).

<sup>125</sup> Art. 21 (2) TEU, (f).

<sup>126</sup> Art. 191 (1) TFEU.

<sup>127</sup> D. TORNEY, *European Climate Leadership in Question: Policies Towards China and India*, cit. p. 20.

<sup>128</sup> L. VAN SCHAİK, *The sustainability of the EU's Model for Climate Diplomacy*, in S. OBERTHÜR, M. PALLEMAERTS (eds), *The New Climate Policies of the European Union Internal Legislation and Climate Diplomacy*, cit., p. 251.

<sup>129</sup> OBERTHÜR, PALLEMAERTS, cit. p. 27. Cfr. inoltre M.A. SCHREURS; Y. TIBERGHEN, *European Union Leadership in Climate Change: Mitigation through Multilevel Reinforcement*, in K. HARRISON; L. MCINTOSH SUNDSTROM (eds.), *Global Commons, Domestic Decisions, The Comparative Politics of Climate Change*. Cambridge, 2010, p. 23.

<sup>130</sup> VAN SCHAİK; SCHUNZ, *Explaining EU activism and impact in global climate politics*, cit., p. 169.

incontro alle problematiche di adattamento ai cambiamenti climatici in un contesto che tiene anche conto delle necessarie trasformazioni economiche, di cui si fa interprete il *Green Deal* europeo<sup>131</sup>.

## 6. *La climate change litigation in Europa*

Con un certo ritardo rispetto al contesto statunitense, il fenomeno della *climate change litigation* è comunque arrivato anche davanti alle corti europee.

Alla luce della puntuale regolamentazione che l'Unione Europea ha sviluppato negli ultimi anni, non dovrebbe sorprendere che il contenzioso sul cambiamento climatico non si sia sviluppato come negli Stati Uniti fino a tempi molto recenti.

Tuttavia, negli ultimi anni l'insoddisfazione dei cittadini europei verso i risultati delle politiche europee sul cambiamento climatico si è tradotta in nuove iniziative giudiziarie, tra le quali è salito alla ribalta il caso Urgenda<sup>132</sup>.

Anche in questo contesto, i casi trovano il loro fondamento in ragioni profondamente diverse<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> *An EU Strategy on Adaptation to Climate Change*, COM (2013) 216. *Green Deal* europeo, COM (2019) 640 final Bruxelles, 11 dicembre 2019.

<sup>132</sup> Sul caso Urgenda si veda J. VERSCHUREN, *Climate Change and the Individual in the Netherlands*, in *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, F. SINDICO; M.M. MBENGUE (Eds.), Switzerland, 2021, p. 75 ss.; J. DE GRAAF, J.H. JANS, *The Urgenda decision: Netherlands Liable for role in causing dangerous global climate change*, in *Journal of Environmental Law*, 2015, vol. 27, p. 517; J. VAN ZEBEN, *Establishing a governmental duty of care for climate change mitigation: will Urgenda turn the tide?* In *Transnational Environmental Law*, 2015, vol. 4, p. 339; J. LIN, *The First Successful Climate Negligence Case: A Comment on Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, in *Climate Law* 2015, vo. 5, p. 65; R. COX, *A climate change litigation precedent: Urgenda Foundation v The State of the Netherlands*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2016, vol. 34, p. 143; S. ROY, E. WOERDMAN, *Situating Urgenda Versus the Netherlands within Comparative Climate Change Law*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2016, vol. 34, p. 165.

<sup>133</sup> Cfr. M. WILENSKY, *Climate change in the courts: an assessment of non-US climate litigation*, in *Duke Envtl. L. & Pol'y F.*, 2015, vol. 26, p. 131.

### 6.1. *Il caso Urgenda e la sua influenza su altre controversie*

Nel 2015 è salito alla ribalta delle cronache il caso Urgenda<sup>134</sup>, in cui la Fondazione Urgenda sulla base dell'art. 162 del sesto libro del Codice civile olandese in materia di responsabilità extra-contrattuale<sup>135</sup> e dell'articolo 21 della Costituzione relativo al diritto fondamentale all'ambiente<sup>136</sup>, reclamava nei confronti dello Stato olandese la violazione di un dovere di diligenza rispetto ai propri cittadini, da cui derivava l'obbligo di adottare adeguate misure di riduzione dei gas serra. La causa, fondata quindi sulle norme del Codice civile olandese, mirava a dare evidenza del fatto che il dovere di diligenza a cui era tenuto lo Stato olandese era stato violato, poiché l'obiettivo di mitigazione assunto dal governo olandese non risultava sufficiente a prevenire le gravi conseguenze dei cambiamenti climatici previste dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC).

La Corte non accolse le obiezioni proposte dallo Stato olandese, che pur concordando sulla gravità del problema e sulla necessità di prendere

<sup>134</sup> *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, decisione del 24 giugno 2015, Corte distrettuale dell'Aja, su cui si veda, oltre all'articolo di Jacometti, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, già cit.: K.J. DE GRAAF; J.H. JANS, *The Urgenda decision: Netherlands Liable for role in causing dangerous global climate change*, in *Journal of Environmental Law*, 2015, vol. 27, p. 517; J. VAN ZEBEN, *Establishing a governmental duty of care for climate change mitigation: will Urgenda turn the tide?* In *Transnational Environmental Law*, 2015, vol. 4, p. 339; B. VAN DEN BROEK; L. ENNEKING, *Public Interest Litigation in the Netherlands, A Multidimensional Take on the Promotion of Environmental Interests by Private Parties through the Courts*, in *Utrecht Law Review*, 2014, 10(3), p. 77; O. VAN GEEL, *Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation*, in *Maastricht University Journal of Sustainability Studies*, 2017, p. 56.

<sup>135</sup> La formula dell'art. 162 (*Definition of a 'tortious act'*) del Sesto Libro del Codice olandese riprende l'archetipo del *neminem laedere*: "1. A person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof. 2. As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour. 3. A tortious act can be attributed to the tortfeasor [the person committing the tortious act] if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles (common opinion)".

<sup>136</sup> Article 21: "It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment".

misure adeguate, aveva rilevato come l'eventuale accoglimento dell'azione avrebbe comportato un'ingerenza nella discrezionalità dei poteri legislativo ed esecutivo ed una violazione del principio di separazione dei poteri<sup>137</sup>.

I giudici di primo grado non tennero nemmeno conto dell'altra argomentazione avanzata dagli attori secondo cui l'ulteriore riduzione delle emissioni olandesi richiesta dagli attori avrebbe dovuto considerarsi irrilevante, alla luce del fatto che il contributo olandese alle emissioni globali potesse considerarsi minimo, poiché risulta evidente che ogni emissione di gas serra, seppur minima, contribuisce al cambiamento climatico.

Il successo davanti alla Corte di primo grado si è quindi concretizzato in un ordine al governo olandese di aumentare almeno al 25% il proprio obiettivo di mitigazione per il 2020.

Il governo olandese propose successivamente appello, soprattutto al fine di evitare l'affermazione di un pericoloso precedente, che avrebbe attribuito alle corti un sindacato sull'azione politica in materia di cambiamenti climatici. Tuttavia, la Corte d'appello respinse il ricorso del governo olandese, confermando quanto già deciso dalla sentenza di primo grado<sup>138</sup>. Infine, il 20 dicembre 2019 l'Hoge Raad, la Corte Suprema olandese, decise definitivamente la controversia a favore di Urgenda, rigettando il ricorso del Governo olandese<sup>139</sup>.

Il caso Urgenda può essere considerato la fonte di ispirazione per ulteriori controversie<sup>140</sup>, come quella iniziata nel 2015 dalla ONG *Klimaatzaak* in Belgio<sup>141</sup>, che ha avanzato le sue richieste sulla base dell'art. 1382

<sup>137</sup> J. VERSCHUUREN, *Climate Change and the Individual in the Netherlands*, cit., p. 83.

<sup>138</sup> Per i dettagli cfr. V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, cit., p. 127 ss.

<sup>139</sup> Hoge Raad, 20.12.2019, Causa 19/00135. Su cui O. DE SCHUTTER, *Changements climatiques et droits humains: l'affaire Urgenda*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2020, vol. 123, p. 567.

<sup>140</sup> I. ANTONOPOULOS, *The future of climate policymaking in light of Urgenda Foundation v the Netherlands*, in *Environmental Law Review* 22.2, 2020, p. 119-124.

<sup>141</sup> Nel caso belga, il legame con il caso Urgenda viene specificatamente riconosciuto da D. MISONNE, *Renforcer l'ambition climatique de l'état global dans un régime fédéral? 'Klimaatzaak': la Belgique a aussi son affaire climat*, in C. COUNIL, *Les procès climatiques: entre le national et l'international*, Paris, 2018, p.149-164; Cfr. inoltre sul contesto belga L. MARIEN; L. REINS, *Local Liability for Global Consequences? Climate Change Litigation in Belgium*, in F. SINDICO; M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, cit., p. 427. I materiali relativi alla causa si possono trovare al seguente link: <https://affaire-climat.be/fr/the-case>.

del *Code civil* belga, ossia sulla base nel principio generale del *neminem laedere*<sup>142</sup>, contro lo Stato federale e le tre regioni: vallona, fiamminga e Bruxelles-capitale<sup>143</sup>. Al pari del caso Urgenda, la controversia belga ripropone la stessa base giuridica da ritrovarsi all'interno del codice civile, ravvisando la colpa dello Stato, che avrebbe dovuto adottare un comportamento diligente e ragionevole al pari di un *bonus pater familias* nei confronti dei cittadini per evitare i rischi collegati al cambiamento climatico, che possono concretizzarsi come danni alla salute, danni materiali, ma anche come danni al loro benessere derivanti ad esempio dalla propagazione di malattie tropicali, o dall'intensificarsi delle ondate di calore<sup>144</sup>.

La causa, che si caratterizza per essere stata portata avanti ai giudici belgi da una ONG fondata *ad hoc* da persone note, appartenenti allo *star system*, è ancora in corso<sup>145</sup>.

Il caso *Urgenda* viene presentato come fonte d'ispirazione<sup>146</sup> anche nella causa proposta in Svizzera dalla associazione *KlimaSeniorinnen* (*Anziane per il clima*), nonostante il fatto che il caso elvetico si discosti dal caso olandese per avere posto a fondamento della propria richiesta una violazione dei diritti fondamentali<sup>147</sup>. L'associazione *Anziane per il clima* aveva inviato nel 2016 un'istanza al Consiglio federale, al Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e della comunicazione (DATEC), all'Ufficio federale dell'ambiente (UFAM) e all'Ufficio federale dell'energia (UFE), in cui si richiedeva che venissero inaspriti gli obiettivi climati-

<sup>142</sup> L'art. 1382 del codice civile belga recita, al pari del suo archetipo francese: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

<sup>143</sup> D. MISONNE, *Renforcer l'ambition climatique de l'état global dans un régime fédéral?*, cit., p. 150.

<sup>144</sup> D. MISONNE, *Renforcer l'ambition climatique de l'état global dans un régime fédéral?*, cit., p. 151, nota 12.

<sup>145</sup> La prossima udienza dovrebbe essere fissata verso la fine di marzo 2021. Cfr. <https://affaire-climat.be/fr/the-case>.

<sup>146</sup> Il caso *Urgenda* è infatti indicato come punto di riferimento nello stesso sito dell'associazione: <https://klimaseniorinnen.ch/warum-wir-klagen/>.

<sup>147</sup> Sul caso cfr. C.C. BÄHR; U. BRUNNER; K. CASPER; S.H. LUSTIG, *KlimaSeniorinnen: lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 9 No. 2, September 2018, p. 194; da ultimo cfr. inoltre U. BRUNNER; C.C. BÄHR, *Climate Change and Individuals' Rights in Switzerland*, in F. SINDICO; M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, cit., p. 119.

ci, al fine di permettere il raggiungimento dell'obiettivo «meno del 2°C» stabilito dall'Accordo di Parigi, cosa che le istanti ritenevano impossibile sulla scorta della legislazione svizzera in vigore. La richiesta veniva basata sulla tutela dei diritti fondamentali alla vita ed alla salute, dal quale deriva l'obbligo da parte dello Stato di proteggere la vita e la salute; sugli accordi internazionali in materia di clima; sulle basi scientifiche, che richiedono a ciascuno Stato un contributo che permetta di raggiungere l'obiettivo di contenere il surriscaldamento globale «ben al di sotto dei 2°C».

La richiesta veniva inoltre motivata dal fatto che le donne dai 75 anni in poi sono maggiormente colpite dalle conseguenze del cambiamento climatico, in particolare dalle ondate di calore che mietono soprattutto tra gli anziani il maggior numero di vittime. Nell'aprile del 2017 il DATEC non prendeva posizione sull'istanza, argomentando che l'associazione *Anziane per il clima* non stava agendo in proprio nome, ma piuttosto per un interesse pubblico, che prescindeva da una lesione dei diritti delle istanti, sottolineando che si trattava di una questione di competenza del Parlamento<sup>148</sup>.

Nel maggio del 2017, l'associazione propose ricorso contro la decisione del DATEC avanti il Tribunale amministrativo federale, che lo respingeva nel dicembre del 2018, argomentando che le *Anziane per il clima* “non rappresentavano un gruppo di popolazione particolarmente interessato dal cambiamento climatico”, in quanto non erano le sole ad essere toccate dal riscaldamento climatico. L'associazione presentava quindi ricorso avanti il Tribunale federale nel 2019, ma anche in questa sede il ricorso veniva respinto, poiché i giudici elvetici di ultima istanza ritenevano che il diritto alla vita ed alla salute invocato dalle ricorrenti non era attualmente sufficientemente leso e che il superamento della soglia “oltre il 2°C” era prevedibile solo a medio o lungo termine, rimanendo dunque tempo a sufficienza per adottare provvedimenti idonei al raggiungimento dell'obiettivo finale. Il Tribunale Federale sottolineava inoltre che né le *Anziane per il clima* né il resto della popolazione avrebbero potuto invocare il diritto alla vita ed alla salute per richiedere un intervento più incisivo da parte del Governo, ponendo di fatto la questione climatica in un contesto diverso rispetto a quello dei diritti fondamentali,

<sup>148</sup> U. BRUNNER; C.C. BÄHR, *Climate Change and Individuals' Rights in Switzerland*, cit., p. 121.

contrariamente a quanto deciso dalle corti olandesi, che – come abbiamo visto – hanno richiesto al governo olandese di ridurre urgentemente il tasso delle emissioni a effetto serra. Al momento attuale, l'associazione svizzera ha presentato ricorso davanti alla Corte europea dei diritti umani, con sede a Strasburgo, lamentando la violazione del diritto alla vita (Articolo 2 della Convenzione europea dei diritti umani; d'ora in avanti anche "CEDU") e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (Articolo 8 CEDU), così come la violazione del diritto ad un equo processo (Articolo 6 CEDU), in quanto le corti elvetiche non avrebbero preso sufficientemente in considerazione le richieste avanzate.

Sempre il caso Urgenda viene indicato come fonte di ispirazione per il recente caso francese<sup>149</sup>, *L'Affaire du Siècle*<sup>150</sup>. Il 3 febbraio 2021 il Tribunale amministrativo di Parigi ha riconosciuto per la prima volta la responsabilità dello Stato francese per il suo contributo alla crisi climatica<sup>151</sup>. Il Tribunale ha sottolineato come l'incapacità del governo di ridurre le proprie emissioni di gas serra a breve termine, in linea con i propri obiettivi, contribuisce a pericolosi cambiamenti climatici, causan-

<sup>149</sup> Si veda infatti come viene presentato anche dalla stampa il legame che unisce il caso francese con quello olandese: *Décryptage juridique de l'« Affaire du siècle »*, February 10, 2021, in *The Conversation - Academic rigour, journalistic flair*, <https://theconversation.com/decryptage-juridique-de-l-affaire-du-siecle-155053>. In dottrina si veda C. Cournil, M. Fleury, *De «l'Affaire du siècle» au «casse du siècle»? Quand le climat pénètre avec fracas le droit de la responsabilité administrative*, in *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2021, <https://doi.org/10.4000/revdh.11141>: "Inspiré de l'affaire Urgenda aux Pays-Bas, le contentieux lancé en 2018 par les associations du collectif de « l'Affaire du siècle » s'inscrit dans un mouvement transnational de justice climatique qui ne cesse de grandir".

<sup>150</sup> Tribunal Administratif de Paris n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1.

<sup>151</sup> Oltre che al già citato C. Cournil; M. Fleury, *De «l'Affaire du siècle» au «casse du siècle»? Quand le climat pénètre avec fracas le droit de la responsabilité administrative*, si vedano: M. Toussaint, *France: L'Affaire du Siècle: the story of a mass mobilization for climate*, in *Standing up for a Sustainable World: Voices of Change*, C. Henry; J. Rockström; N. Stern (eds.), Cheltenham, 2020, p. 186; C. Cournil; A. Le Dyllo; P. Mougeolle, *L'affaire du siècle: entre continuité et innovations juridiques*, in *L'Actualité juridique. Droit administratif* 32 (2019): 1864; C. Cournil, *L'affaire du siècle » devant le juge administratif Les ambitions du futur premier recours " climat " français*, in *L'Actualité juridique. Droit administratif*, Dalloz, 2019, pp. 437-442; A.S. Epstein; K. Deckert, *Climate Change Litigation in France*, cit., p. 336; M. Sarliève, *Climate Change Legislation and Litigation in France: A Work in Progress*, in *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, F. Sindico; M.M. Mbengue (eds.), cit., p. 485.

do danni ambientali ai sensi dell'art. 1246 del *Code civil*, che prevede il principio di responsabilità generale secondo cui “chiunque sia responsabile di un danno ambientale è tenuto a risarcirlo”<sup>152</sup>. A questo proposito, occorre ricordare come nel contesto francese il richiamo alla responsabilità civile, così come era già avvenuto sia nel caso olandese che in quello belga, sia stato facilitato dalla recente riforma del Code civil, che a partire dal 2016 prevede una specifica disciplina per il *préjudice écologique*, articolata in diverse disposizioni<sup>153</sup>.

L'azione era stata avviata da tre associazioni – *Oxfam France*, *Notre Affaire A Tous*, *Greenpeace France* – e dalla *Fondation pour la Nature et l'Homme*, che nel 2018 avevano rivolto una richiesta al Primo Ministro, al Ministro per la transizione ecologica e inclusiva e a quasi tutti gli altri Ministeri, in cui le associazioni chiedevano di riparare, da un lato, il danno morale ed ecologico derivante dalle carenze dello Stato nella lotta al cambiamento climatico e, dall'altro, di porre fine a queste carenze adottando tutte le misure utili al raggiungimento dell'obiettivo di contenimento dell'aumento della temperatura a 1,5 C°, in conformità con l'Accordo sul clima di Parigi. A seguito del rifiuto della richiesta nel febbraio 2019, le associazioni hanno quindi fatto ricorso davanti al Tribunale amministrativo di Parigi, riformulando le stesse richieste precedentemente rivolte al Primo Ministro ed in particolare richiedendo un risarcimento di un euro simbolico per il danno morale, nonché per il danno ecologico subito a causa del cambiamento climatico. Richiedendo inoltre al Tribunale di ordinare allo Stato di adottare tutte le misure utili per far fronte ai propri impegni nella lotta al riscaldamento globale, ovvero il rispetto dell'obiettivo di 1,5 ° C dell'Accordo di Parigi, la riduzione delle emissioni di GHG, lo sviluppo delle energie rinnovabili e l'efficienza energetica, secondo i parametri fissati a livello europeo.

Chiaramente ispirata al caso *Urgenda*, così come al caso *Juliana*

<sup>152</sup> Art. 1246: « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer ». Il principio è stato introdotto nel Code civil con la Legge n° 2016-1087 dell'8 agosto 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*.

<sup>153</sup> La Legge n° 2016-1087 dell'8 agosto 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, introduceva infatti nel codice civile francese al Libro Terzo un nuovo Titolo (Titre IV ter), intitolato “*De la réparation du préjudice écologique*”. Cfr. M. HAUTERAU-BOUTONNET, *Le code civil, un code pour l'environnement*, Paris, 2021, in particolare p. 139 ss.

v. *United States*<sup>154</sup>, è anche la *litigation* nata in Irlanda nel 2017<sup>155</sup>. In quell'anno l'associazione *Friends of the Irish Environment* (FIE) aveva agito nei confronti del Governo irlandese, sostenendo che il piano nazionale di mitigazione in vigore non fosse sufficiente per ridurre le emissioni di gas a effetto serra dell'Irlanda, in violazione a quanto previsto dallo stesso *Climate Act* irlandese<sup>156</sup>, dalla Costituzione irlandese e dagli obblighi che il Governo aveva assunto in forza della Convenzione europea sui diritti umani (artt. 2 e 8), soprattutto perché le emissioni dell'Irlanda erano destinate ad aumentare entro il 2020<sup>157</sup>. Come nel caso *Urgenda*, *Friends of the Irish Environment* sottolineavano i risultati del *Gruppo di esperti intergovernativi sui cambiamenti climatici* (IPCC) 2007, contenuti nel Quarto Rapporto di valutazione (AR4), secondo il quale i paesi sviluppati avrebbero dovuto ridurre le emissioni di almeno il 25-40% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2020 (e l'80-95% entro il 2050) per avere il 66% di possibilità di mantenere l'aumento della temperatura entro il 2° C. L'argomento centrale presentato dalla FIE era che l'adozione di un Piano, che non avrebbe potuto ottenere riduzioni significative delle emissioni nel breve-medio termine, e che non specificava come raggiungere l'obiettivo di transizione nazionale, avrebbe dovuto considerarsi contrario alla legge.

Alla fine del 2019, l'Alta Corte aveva archiviato il caso, sostenendo che il governo disponeva di un ampio potere discrezionale in merito alla concreta implementazione del *Climate Act*. Successivamente la FIE presentava ricorso davanti alla Corte Suprema irlandese, conclusosi con la storica decisione del 2020<sup>158</sup>, in cui la Corte ha ritenuto che il Piano Nazionale di Mitigazione del Governo<sup>159</sup>, uno degli assi portanti della

<sup>154</sup> Cfr. *Climate case Ireland*, "What was the inspiration of the case?" <https://www.climatecaseireland.ie/climate-case/#about-the-case>.

<sup>155</sup> La documentazione relativa al caso irlandese è reperibile al seguente link: <https://www.climatecaseireland.ie/>.

<sup>156</sup> *Climate Action and Low Carbon Development Act 2015*, Act 46 of 2015, 10<sup>th</sup> December 2015.

<sup>157</sup> In generale sulla disciplina dei cambiamenti climatici in Irlanda cfr. R. O'GORMAN, *Climate Law in Ireland: EU and National Dimensions*, in *Ireland and the Climate Crisis*, Cham, 2020, p. 73.

<sup>158</sup> *Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland & Others*, [2020] IESC 49.

<sup>159</sup> National Mitigation Plan 2017.

politica irlandese sui cambiamenti climatici, non avesse sufficientemente specificato come intendesse realizzare la transizione verso “un’economia resiliente ai cambiamenti climatici e sostenibile dal punto di vista ambientale entro la fine del 2050”, così come previsto dal *Climate Act* del 2015. La Corte Suprema aveva effettivamente ritenuto che il Piano fosse “eccessivamente vago e ambizioso”<sup>160</sup>. Sotto il profilo della circolazione dei modelli val la pena di sottolineare come la Corte Suprema irlandese non abbia richiamato soltanto la sentenza Urgenda, ma abbia fatto specifico riferimento anche alle decisioni assunte in altre giurisdizioni, mettendo in evidenza l’esistente dialogo tra corti in questo ambito<sup>161</sup>.

Se lo scopo della *litigation* in campo ambientale è quello, come è stato varie volte evidenziato, di raggiungere una *regulation* mancante, la domanda che dovrebbe sorgere spontanea alla luce di questi casi in cui le associazioni ambientaliste sono risultate vincitrici è se i governi condannati hanno (o meno) introdotto delle misure legislative successivamente alle pronunce giudiziarie<sup>162</sup>. Il risultato, anche se non può essere generalizzato, sembrerebbe essere positivo<sup>163</sup>. In Irlanda il governo ha adottato un nuovo *Climate Action and Low Carbon Development (Amendment)*

<sup>160</sup> O. KELLEHER, *A critical appraisal of Friends of the Irish Environment v Government of Ireland*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2020.

<sup>161</sup> Sull’importanza del dialogo tra Corti in diritto comparato cfr. A. M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in 29 U. Rich. L. Rev., 1994, p. 99 ss.; F. G. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, 38 *Tex. Int’l L. J.*, 2003, p. 547; M.A. WATERS, *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*, 93 *Geo. L. J.*, 2005, p. 487; P. M. MOREMEN, *National Court Decisions as State Practice: A Transnational Judicial Dialogue?*, 32 *N.C. J. Int’l L. & Com. Reg.*, 2006, p. 259; A. ROSAS, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, *Eur. J. of Legal Stud.*, 2007.

<sup>162</sup> Sull’impatto della *Climate Change litigation* si soffermano J. SETZER; R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*, London, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, 2020, p. 2.

<sup>163</sup> J. SETZER, R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*, cit., in particolare sottolineano a p. 2: “While direct and indirect regulatory impacts can be observed among all types of climate litigation, questions about whether the outcomes of these cases actually help to address climate change in a meaningful way remain unanswered. A handful of successful landmark cases against governments indicates the type of pro-regulatory impacts that can result from climate litigation”.

*Bill 2021*, che guiderà la transizione dell'Irlanda verso un'economia climaticamente neutra entro il 2050. La nuova legge<sup>164</sup> istituisce un quadro giuridicamente vincolante con obiettivi e impegni chiari, garantendo che vengano adottati i processi necessari per garantire il raggiungimento degli obiettivi nazionali, in linea con gli obblighi climatici assunti a livello nazionale, europeo e internazionale, a breve e lungo termine. Un analogo discorso può essere svolto per i Paesi Bassi, ove accanto alle iniziative adottate dal governo, ulteriori azioni sono state indicate dalla stessa fondazione Urgenda. In particolare, al fine di venire incontro ai dettami della sentenza, il governo olandese ha adottato diverse misure, tra cui la chiusura di una centrale elettrica a carbone, l'abbassamento della velocità massima sulle autostrade e l'istituzione di diversi regimi di sovvenzione per le energie rinnovabili e misure di efficienza energetica. Tuttavia, le riduzioni non risultavano ancora sufficienti a raggiungere i traguardi che la sentenza imponeva<sup>165</sup>. Al fine di coadiuvare l'azione del governo, Urgenda ha lanciato un piano di riduzione di CO<sub>2</sub> in collaborazione con altre 800 organizzazioni olandesi, identificando *54 azioni per il clima*, accessibili e sostenute da gran parte della popolazione olandese. Il piano complessivo riduce le emissioni di CO<sub>2</sub> di 17 Mton, sufficienti a garantire il rispetto della sentenza della Corte di Cassazione. L'esperienza olandese mette inoltre in luce come la collaborazione con l'associazionismo ambientale diventi sempre più importante nell'effettiva attuazione della disciplina concernente i cambiamenti ambientali<sup>166</sup>.

Riprova ne è il fatto che proprio di recente è sempre il caso Urgen-

<sup>164</sup> *Climate Action and Low Carbon Development (Amendment) Bill 2021*, Act No. 39 of 2021, 23 March 2021.

<sup>165</sup> J. SETZER; R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*, cit., p. 2: "A clear example is the Dutch government's commitment made in response to the final decision in the Urgenda case (to reduce the capacity of its remaining coal-fired power stations by 75 per cent and implement a 3 billion package of measures to reduce Dutch emissions by 2020)".

<sup>166</sup> Cfr. C. HOLLEY; A. LAWSON, *Implementing environmental law and collaborative governance*, in *Implementing Environmental Law*, P. MARTIN; A. KENNEDY (eds.), Cheltenham, 2015, p. 238; K. RAUSTIALA, *Nonstate actors in the global climate regime*, in U. LUTERBACHER; D.F. SPRINZ (eds.), *International relations and global climate change*, Cambridge, 2001, p. 95; B. ARTS, *Non-state actors in global environmental governance: new arrangements beyond the state*, in M. KOENIG-ARCHIBUGI; M. ZÜRN (eds.), *New modes of governance in the global system*, London, 2006, p. 177.

da ad essere stato richiamato come fonte di ispirazione nella controversia *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*<sup>167</sup>, decisa dal Tribunale dell’Aja il 26 maggio di quest’anno. Nella causa contro Shell, gli attori hanno esteso le argomentazioni presentate nel caso Urgenda alle società private, sostenendo che, dati gli obiettivi dell’Accordo di Parigi e le prove scientifiche relative ai pericoli del cambiamento climatico, Shell avrebbe dovuto agire con diligenza, riducendo le sue emissioni di gas serra. Gli attori riferiscono questo dovere di diligenza all’articolo 6:162 del codice civile olandese, come interpretato alla luce degli articoli 2 e 8 della CEDU. Secondo gli attori, la conoscenza dei cambiamenti climatici, le dichiarazioni fuorvianti in ordine agli stessi, così come l’inadeguata attività per ridurli, avrebbe costituito una negligenza e una messa in pericolo dei cittadini olandesi da parte di Shell.

Nella sentenza del 26 maggio 2021, la Corte dell’Aja ha accolto le richieste degli attori, e ha ordinato a Shell di ridurre del 45% le emissioni derivanti dalle sue operazioni, così come dall’impiego del petrolio da lei prodotto, dichiarando inoltre la propria decisione provvisoriamente esecutiva. La decisione, oggetto di grande attenzione da parte dei mass media di tutto il mondo, verrà sicuramente appellata da Shell. Nonostante l’entusiasmo con cui è stata accolta da varie parti, la decisione del Tribunale dell’Aja lascia comunque aperti molti problemi. Primo fra tutti quello della certezza del diritto e – in secondo luogo – quello delle possibili ripercussioni di una decisione di questo genere sulle differenze di trattamento che potrebbe ingenerare tra le diverse società petrolifere responsabili delle emissioni di gas clima-alteranti.

## 6.2. *La climate change litigation in altri Stati europei*

In altri Paesi europei, come in Norvegia e nel Regno Unito, dove la *climate change litigation* si è sviluppata negli ultimi anni, si è assunta una diversa impostazione. Nel caso *Greenpeace Nordic Association v. Ministry of Petroleum and Energy*<sup>168</sup>, iniziato nel 2016 da una coalizione di

<sup>167</sup> [Http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/](http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/milieudefensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/).

<sup>168</sup> J. MAY, *The Norwegian Constitutional Right to a Healthy Environment in Global Context*, in *Mellom Jus Og Politikk, Grunnloven*, Section 112, 2019.

gruppi ambientalisti, gli attori avevano chiesto al tribunale distrettuale di Oslo una sentenza dichiarativa che appurasse come il Ministero norvegese del petrolio e dell'energia avesse violato la Costituzione norvegese<sup>169</sup> rilasciando delle licenze che permettevano l'estrazione di gas e petrolio in acque profonde nel mare di Barents. In particolare, la loro petizione metteva in luce come le licenze avrebbero consentito l'accesso a giacimenti di combustibili fossili non ancora sviluppati e che tale sviluppo non avrebbe potuto considerarsi coerente con le politiche di mitigazione del cambiamento climatico necessarie per scongiurare il riscaldamento globale oltre 1,5°C e forse anche oltre 2° C rispetto ai livelli preindustriali. Inoltre, gli attori sottolineavano come l'area resa accessibile dalle licenze si troverebbe a ridosso della zona di ghiaccio, facendo sì che le piattaforme e le petroliere siano esposte a rischi di causare danni e fuoriuscite, mentre il loro funzionamento comporterebbe emissioni di carbone nero nella zona artica particolarmente sensibile. Infine, si metteva in evidenza come il Governo norvegese avrebbe dovuto sostenere dei costi ingenti per lo sviluppo dei siti che avrebbe recuperato solo se il petrolio e il gas che producono fossero stati venduti ad un prezzo di mercato elevato.

Il 4 gennaio 2018 il Tribunale distrettuale di Oslo si è pronunciato a favore del governo norvegese, in quanto, pur riconoscendo la fondamentale norma di cui all'articolo 112 della Costituzione, ha rilevato che il governo non aveva violato alcun diritto che discendesse da tale disposizione. Nel valutare la condotta del governo, il Tribunale osservò che il Parlamento norvegese aveva autorizzato l'apertura del Mare di Barents sud-orientale alle licenze, dopo avere verificato, tra l'altro, se tale apertura fosse coerente con gli obiettivi dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici. Secondo la decisione del Tribunale, il coinvolgimento del Parlamento doveva essere considerato di per sé sufficiente ad indicare che il dovere di adottare misure per mitigare il cambiamento climatico era stato adempiuto.

Nel Regno Unito, la *climate change litigation* si è sviluppata in di-

<sup>169</sup> L'art. 112 della Costituzione norvegese prevede: "Every person has the right to an environment that is conducive to health and to a natural environment whose productivity and diversity are maintained. Natural resources shall be managed on the basis of comprehensive long-term considerations which will safeguard this right for future generations as well".

verse direzioni<sup>170</sup>, ora promuovendo azioni giudiziali contro gli obiettivi e gli standards adottati dal Governo in materia climatica, ora mettendo in discussione le autorizzazioni e i progetti che avrebbero intensificato l'impiego di carburanti fossili. Da ultimo, val la pena di ricordare il caso *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy, and Industrial Strategy*<sup>171</sup>, in cui l'ente di beneficenza per il clima Plan B e altri 11 cittadini, di età compresa tra 9 e 79 anni, hanno intentato una causa contro il Segretario di Stato britannico per le imprese, l'energia e la strategia industriale, sostenendo che l'obiettivo climatico del Regno Unito per il 2050 (di riduzione dell'80% rispetto ai livelli del 1990), fissato nel 2008 con il *Climate Change Act*, non poteva considerarsi in linea con l'Accordo di Parigi, né con le nuove evidenze scientifiche. Tuttavia, nel luglio 2018, la High Court ha deciso di non tenere un'udienza completa del caso, ritenendo che gli argomenti del Piano B non avessero prospettive di successo. Il Piano B e gli 11 membri del pubblico hanno presentato ricorso alla Court of Appeal, che ha rigettato il ricorso nel gennaio 2019, per gli stessi motivi addotti dalla High Court.

Da ultimo, è da segnalare la decisione del *Bundesverfassungsgericht* tedesco<sup>172</sup>, pronunciata il 29 aprile 2021, nei confronti di una serie di azioni dirette da parte di cittadini (Verfassungsbeschwerde), che lamentavano l'inadeguatezza della normativa tedesca per far fronte ai cambiamenti climatici, tenendo conto anche dei diritti delle generazioni future. Nella decisione, i giudici di Karlsruhe hanno riconosciuto che la protezione della vita e dell'integrità fisica di cui all'articolo 2 del *Grundgesetz* include anche la protezione dei diritti fondamentali dai danni ambientali e che il dovere dello Stato, comprende anche l'obbligo di proteggere la vita e la salute dai rischi del cambiamento climatico anche nei confronti delle generazioni future. Sulla base di

<sup>170</sup> B. OHDEDAR, S. MACNAB, *Climate Change Litigation in the United Kingdom*, in *Climate Change Litigation*, cit., p. 304; K. BOUWER, *Climate Change and the Individual in the United Kingdom*, in *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, cit., p. 133.

<sup>171</sup> *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy, and Industrial Strategy*, in the Court of Appeal Civil Division, C1/2018/1750, 25 January 2019.

<sup>172</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021, - 1 BvR 2656/18 -, Rn. 1-270, [http://www.bverfg.de/e/rs20210324\\_1bvr265618.html](http://www.bverfg.de/e/rs20210324_1bvr265618.html).

questo principio, il Primo Senato della Corte costituzionale federale ha ritenuto la legge tedesca sul clima (*Klimaschutzgesetz*)<sup>173</sup>, ed in particolare gli obiettivi nazionali in materia di cambiamenti climatici e i livelli di emissioni annue consentiti fino al 2030, incompatibili con i diritti fondamentali, richiedendo quindi al Governo di rivedere in quest'ottica le misure sinora adottate. La lunga sentenza tedesca, la cui analisi meriterebbe uno studio più approfondito di quanto non si possa fare in queste sede, presenta l'indubbio vantaggio di non mettere in crisi il principio di certezza del diritto, né quello della separazione tra diversi poteri dello Stato.

### 6.3. Il primo caso "europeo"

Nel 2018, un primo caso di *climate change litigation* è giunto di fronte al Tribunale dell'Unione Europea al fine di obbligare le Istituzioni europee ad adottare prescrizioni più rigorose per le emissioni di gas a effetto serra. Gli attori (dieci famiglie, compresi bambini, provenienti da Portogallo, Germania, Francia, Italia, Romania, Kenya, Figi e l'associazione svedese della gioventù Sami Sáminuorra) agivano sulla base di un ricorso di annullamento e per risarcimento danni, affermando che l'attuale obiettivo dell'UE di ridurre le emissioni interne di gas serra del 40% entro il 2030, rispetto ai livelli del 1990, è insufficiente per evitare la pericolosità dei cambiamenti climatici e la minaccia che ne discende per i diritti fondamentali della vita, della salute, dell'occupazione e della proprietà. Nella causa *Armando Ferrão Carvalho e altri contro Parlamento europeo e Consiglio*<sup>174</sup>, i ricorrenti formulavano in particolare due richieste. In primo luogo, veniva richiesto che venissero dichiarati illegittimi e quindi annullati, ai sensi dell'art. 263 del TFUE, i tre atti normativi che non avevano fissato obiettivi di riduzione adeguati per le emissioni di gas serra: la Direttiva 2003/87/CE che disciplina le emissioni dei grandi impianti di generazione di energia<sup>175</sup>; il Regolamento 2018/842 UE relativo alle riduzioni annuali vincolanti

<sup>173</sup> Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513).

<sup>174</sup> *Armando Carvalho e altri contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, Causa T-330/18.

<sup>175</sup> Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto

delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri<sup>176</sup>; e il Regolamento 2018/841 UE sulle emissioni e gli assorbimenti per uso del suolo, cambiamento di destinazione del suolo e silvicoltura<sup>177</sup>. Gli attori in particolare sostenevano che le riduzioni inadeguate delle emissioni previste dalla normativa in vigore violavano norme di ordine superiore, contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, così come nella Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e nell'Accordo di Parigi, per quanto concerne la protezione dei diritti fondamentali alla salute, all'istruzione, all'occupazione e alla parità di trattamento, così come dell'ambiente.

Veniva inoltre richiesto al Tribunale di ordinare ai convenuti di adottare nuove misure che imponessero una riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, entro il 2030, del 50-60% rispetto ai livelli del 1990, o una riduzione di qualsiasi livello più elevato che il Tribunale avesse ritenuto adeguato.

Il caso veniva deciso in primo grado dal Tribunale con un'ordinanza che non riconosceva la legittimazione ad agire dei ricorrenti<sup>178</sup> e, da ultimo, dalla Corte di Giustizia con sentenza del 25 marzo 2021<sup>179</sup>, che escludeva – di nuovo – la legittimazione ad agire dei ricorrenti.

serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, GU L 275 del 25.10.2003, p. 32-46.

<sup>176</sup> Regolamento (UE) 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013, GU L 156 del 19.6.2018, p. 26-42.

<sup>177</sup> Regolamento (UE) 2018/841 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 relativo all'inclusione delle emissioni e degli assorbimenti di gas a effetto serra risultanti dall'uso del suolo, dal cambiamento di uso del suolo e dalla silvicoltura nel quadro 2030 per il clima e l'energia, e recante modifica del regolamento (UE) n. 525/2013 e della decisione n. 529/2013/UE.

<sup>178</sup> Ordinanza del Tribunale (Seconda Sezione) dell'8 maggio 2019, ECLI:EU:T:2019:324.

<sup>179</sup> Judgment of the Court (Sixth Chamber) 25 March 2021, In Case C-565/19 P.

## 7. *La diffusione della climate change litigation: alcune (prime) conclusioni*

Come è stato messo in evidenza ormai in diverse sedi<sup>180</sup>, la *climate change litigation* si è sviluppata in diverse giurisdizioni, secondo schemi differenti e con successi altalenanti. La natura di questi casi giudiziari riflette il contesto normativo in cui si svolgono, così come la cultura giuridica che lo caratterizza<sup>181</sup>.

Vi sono alcuni sistemi giuridici che sono stati particolarmente vivaci nell'introdurre contenziosi sui cambiamenti climatici, come il Canada<sup>182</sup> l'Australia<sup>183</sup> e la Nuova Zelanda<sup>184</sup>, in cui il comune linguaggio di *com-*

<sup>180</sup> L'*International Academy of Comparative Law* ha dedicato un'intera sessione del convegno internazionale tenutosi a Fukuoka nel 2018 al tema della *climate change litigation*, con numerosissimi reports nazionali che sono stati ora pubblicati nel volume *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, cit. Cfr. inoltre il già citato Rapporto presentato dall'UNEP (United Nations Environment Programme) in collaborazione con il *Sabin Center for Climate Change Law* della Columbia University di New York: *The Status of Climate Change Litigation - A Global Review*, May 2017. L'anno scorso è stato poi pubblicato congiuntamente dal *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*, dal *Sabin Center for Climate Change Law* della Columbia University di New York e dal *Centre for Climate Change Economics and Policy* il rapporto: *Global Trends in climate change litigation: 2020 snapshot - Policy Report 2020*, a firma di Joana Setzer e Rebecca Byrnes. Da ultimo, cfr. il volume a cura di W. KAHL e M.-P. WELLER, *Climate Change Litigation*, cit.

<sup>181</sup> K.W. JUNKER, *Why Compare? The biological, cognitive, and social functions of comparison for the human*, in *Environmental Law across Cultures, Comparisons for Legal Practice*, Routledge, 2019, p. 3; WILENSKY (2015).

<sup>182</sup> C. CHOQUETTE, D. KLAUDT, L. SHAY LYNES, *Climate Change Litigation in Canada*, in *Comparative Climate Change Litigation*, cit., p. 153 ss.; J. SCHATZ *Climate change litigation in Canada and the USA*, in *Review of European Community & International Environmental Law* 18.2, 2009, 129-138.

<sup>183</sup> J. PEEL; H. OSOFSKY; A. FOERSTER, *Shaping the 'next generation' of climate change litigation in Australia*, in *Melbourne University Law Review* 41.2, 2018, p.793-844; B. TRACY; B. JUSTIN, *Recent Developments in Australian Climate Change Litigation: Forward Momentum from Down Under*, in *Vermont Law School Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper No. 10-12, August 3, 2009; J. PEEL, *The Role of Climate Change Litigation in Australia's Response to Global Warming*, in *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 24, No. 2, 2007, pp. 90-105.

<sup>184</sup> C. FOSTER, *Climate Change Litigation in New Zealand*, in *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, F. SINDICO, M.M. MBENGUE (Eds.), cit., p. 225.

*mon law* ha probabilmente facilitato la circolazione di idee e di argomenti sviluppati negli Stati Uniti.

Ma il successo del contenzioso sul cambiamento climatico non è limitato ai soli paesi di *common law*, come evidenziano i diversi casi europei appena citati, né al mondo industrializzato, come mette in luce il recente sviluppo della *climate change litigation* in India e in Pakistan, anche se con alterni successi.

Sia il caso indiano che il caso pakistano si basano sulla *public trust doctrine*, ma mentre il caso *Leghari v. Federation of Pakistan*<sup>185</sup> si è concluso con una sentenza favorevole all'attore, che aveva citato in giudizio il governo pakistano per non avere adempiuto agli obblighi che discendevano dalla *National Climate Change Policy* del 2012 e la successiva *Framework for Implementation of Climate Change Policy*<sup>186</sup>, il caso *Pandey v. India*<sup>187</sup>, portato avanti al *National Green Tribunal*, ha escluso l'intervento dei giudici<sup>188</sup>.

La rapida analisi sin qui condotta mette in luce la vastità del fenomeno che ormai presenta la *climate change litigation*, ricca di notevoli aspetti di interesse, non solo per quanto riguarda le motivazioni che ne hanno costituito la forza trainante e le ragioni fondanti messe in luce nei processi<sup>189</sup>, ma anche per quanto concerne le modalità di rapida circolazione ed il ruolo che rivestono i suoi protagonisti, ed un modello trainante di *public interest litigation* su cui ci sarebbe ancora molto da indagare<sup>190</sup>.

<sup>185</sup> *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan* (W.P. No. 25501/2015), Lahore High Court Green Bench, [https://elaw.org/PK\\_AsgharLeghari\\_v\\_Pakistan\\_2015](https://elaw.org/PK_AsgharLeghari_v_Pakistan_2015).

<sup>186</sup> E. BARRITT, S. BOITUMELO, *The symbolic value of Leghari v Federation of Pakistan: climate change adjudication in the Global South*, in *King's Law Journal* 30.2, 2019, p. 203-210.

<sup>187</sup> *Pandey v. India* (Original Application No. 187/2017). Il caso è stato rigettato dal *National Green Tribunal*, Principal Bench, New Delhi, con un ordine risalente 15 gennaio 2019. Tutti i documenti del caso sono reperibili: <http://climatecasechart.com/non-us-case/pandey-v-india/>.

<sup>188</sup> Il 15 gennaio 2019, il *National Green Tribunal* rigettò il ricorso di Pandey, una bambina di 9 anni, che aveva “dismissed the case, reasoning that the climate change is already covered in the process of impact assessments under the Environment Protection Act of 1986, and therefore, “There is no reason to presume that Paris Agreement and other international protocols are not reflected in the policies of the Government of India or are not taken into consideration in granting environment clearances”.

<sup>189</sup> PEEL, OSOFSKY, cit., p. 39.

<sup>190</sup> O. VAN GEEL, *Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change*

Tuttavia, molti sono anche i quesiti e i dubbi che si pongono in ordine ad una giurisprudenza che, seppur condivisibile sotto il profilo dell'acquisita coscienza di un fenomeno globale, rischia di mettere in crisi alcuni capisaldi fondamentali della nostra cultura giuridica, come la certezza del diritto, la divisione tra poteri dello Stato e il principio di non discriminazione.

*public interest litigation*, in *Maastricht University Journal of Sustainability Studies* 3, 2017; N. PAIN; R. PEPPER, *Legal costs considerations in public interest climate change litigation*, in *King's Law Journal*, 2019, vol. 30, Issue 2, p. 211; K. JHA, *Networked Public Interest Litigation: A Novel Framework for Climate Claims?*, in J. LIN; D.A. KYSAR (eds.), *Climate Change Litigation in the Asia Pacific*, Cambridge, 2020.

*Abstract**Climate change litigation – Comparative law – Legal transplant*

*The article offers a comparative law perspective on climate change litigation, as it has developed in the US and in the EU, taking into consideration the issue of legal transplant. Climate change has undergone a process of international regulation, which has experienced its ups and downs, with international diplomacy devoting more and more attention to the phenomenon. The complex evolution of the international scenario has led to the development of alternative policy architectures for addressing the threat of global climate change, and to very heterogeneous results in the various regions. In particular, United States and the European Union share no common perspective on what should be done to fight climate change. In this context, the “climate change litigation” movement developed. In the US, this movement was not so much aimed at damage compensation but rather at “regulation through litigation”, while in the EU recent climate change litigation cases show that they are aimed at challenging the State, but also private companies, to adhere to more stringent standards to cope with climate change.*

## Il danno ambientale: l'interazione tra il danno ambientale e la tutela della salute\*

CATERINA OSIMANI

1. Il danno ambientale a partire dal rapporto uomo-ambiente. – 2. Il danno ambientale in Italia e l'evoluzione normativa con il recepimento delle norme comunitarie. – 3. L'individuazione del reato di inquinamento e l'attribuzione della responsabilità. 3.1. Il reato di inquinamento ambientale. – 3.2. L'attribuzione della responsabilità ai fini del ripristino dell'ambiente naturale. – 4. Danno alla salute come conseguenza del reato ambientale.

### *1. Il danno ambientale a partire dal rapporto uomo-ambiente*

La definizione di danno ambientale deriva da un quadro complesso, intricato e talvolta assente di sistematicità normativa.

Quella ambientale è una materia recente e la sua trasversalità, talvolta, impedisce una tutela sistematica e univoca. Il dibattito sulle questioni ambientali si avvia nella prima metà del secolo scorso, sia a livello internazionale che comunitario, travalicando i confini nazionali al fine di poter individuare soluzioni comuni e diverse ad un problema imminente.

L'avvio all'evoluzione della tutela ambientale veniva dato con la Conferenza dell'ONU del 1972 a Stoccolma, in cui veniva adottata la "Dichiarazione sull'ambiente umano". Nel suddetto documento si sottolineava il fondamentale legame tra l'uomo e l'ambiente<sup>1</sup> ovvero il diritto dell'uomo di

\* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

<sup>1</sup> Preambolo Dichiarazione delle Nazioni Unite sull'ambiente umano "1. L'uomo è al tempo stesso creatura e artefice del suo ambiente, che gli assicura la sussistenza

vivere nel proprio ambiente in modo dignitoso e, quindi, il dovere di proteggerlo anche per le generazioni future: si parlava, per la prima volta, del principio di sviluppo sostenibile. Tale principio veniva ripreso, successivamente, nell'Agenda 21 a Rio de Janeiro nel 1992, la quale prevedeva, tra gli obiettivi posti, quello di "proteggere, ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre, gestire sostenibilmente le foreste, contrastare la desertificazione, arrestare e far retrocedere il degrado del terreno e fermare la perdita di diversità biologica" assicurando la salute ed il benessere per tutti. Il termine "tutti" non sta ad indicare solo uomini, donne e bambini che vivono nel globo ma anche uomini, donne e bambini che ci vivranno nel futuro.

Tale principio presuppone un equilibrio tra il fattore economico, ambientale e sociale: l'uso equo e sostenibile delle risorse naturali; l'equità intergenerazionale al fine di non pregiudicare i bisogni delle generazioni future; l'equità intergenerazionale con riferimento ai rapporti tra stati e popolazioni che abitano la terra nel medesimo momento storico; l'equilibrio tra le politiche di sviluppo e quelle della protezione dell'ambiente da parte degli stati membri<sup>2</sup>.

La Conferenza di Rio de Janeiro introduceva, per la prima volta, anche il principio di precauzione, che è diverso dal principio di prevenzione.

L'ambiente rappresenta un fattore determinante per una vita salubre: la preservazione dell'habitat naturale, tramite azioni di precauzione, rappresenta un fattore focale per lo sviluppo completo della persona. Con maggior concretezza, qualora risulti una reale probabilità di danno alla salute o alla natura, allora il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive senza dover attendere che si concretizzi il pericolo, anche se non si ha certezza scientifica della pericolosità dei possibili danni.

Il principio di precauzione trova fondamento nell'art. 174 del TCE che deve essere letto in parallelo con il disposto dell'art. 6, secondo cui la tutela ambientale deve essere integrata dal principio di azione pre-

fisica e gli offre la possibilità di uno sviluppo intellettuale, morale, sociale e spirituale. Nella lunga e laboriosa evoluzione della razza umana sulla terra, è arrivato il momento in cui, attraverso il rapido sviluppo della scienza e della tecnologia l'uomo ha acquisito la capacità di trasformare il suo ambiente in innumerevoli modi e in misura senza precedenti. I due elementi del suo ambiente, l'elemento naturale e quello da lui stesso creato, sono essenziali al suo benessere e al pieno godimento dei suoi fondamentali diritti, ivi compreso il diritto alla vita." (Stoccolma 1972).

<sup>2</sup> E. BENACCI, *Compendio di diritto dell'ambiente*, Napoli, 2019, p. 16.

ventiva. Entrambi hanno una natura anticipatoria, ma per il principio di prevenzione, è necessario intervenire prima che siano causati dei danni che sono scientificamente prevedibili<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> G. MANCINI PALAMONI, *Il principio di prevenzione*, in *AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica*, 2014, pp. 3 ss. Il principio di prevenzione e il principio di precauzione hanno entrambi una natura anticipatoria. In materia ambientale è necessario prevenire un possibile danno prima che si verifichi realmente perché da un lato, i danni ambientali non sono sempre riparabili e dall'altro, le attività di ripristino sono molto più onerose rispetto alla prevenzione. Quando si applica il principio di prevenzione, o meglio l'azione preventiva, attraverso un criterio di proporzionalità si cerca di minimizzare il rischio calcolabile del danno che andrà quasi certamente a verificarsi. Tale principio si avvale, quindi, di strumenti di valutazione ambientale che permettono di calcolare il rischio ed evitarlo. Il principio di prevenzione opera in modo complementare con il principio di precauzione. Il primo è stato anteriormente teorizzato ma il principio di precauzione si configura prima di quello della prevenzione nell'art. 191 del TFUE, avendo un ruolo maggiore nelle politiche ambientali. La loro principale differenza sta nell'attuazione: mentre l'azione preventiva viene attuata calcolando, con gli strumenti del diritto ambientale, il rischio in modo scientifico, il principio di precauzione viene attuato quando non si ha certezza che un determinato evento possa provocare un danno ma, a sua volta, sussiste un dubbio scientificamente provato che possa esserlo. La precauzione è strettamente legata al concetto di rischio, cioè "la probabilità che un effetto negativo colpisca un essere umano o l'ambiente" (L. BUTTI, *Principio di precauzione, Codice dell'ambiente e giurisprudenza delle Corti comunitarie e della Corte Costituzionale*, in questa *Rivista*, 2006). La Carta mondiale della natura del 1982 è stato il primo documento a contemplare questo principio, "le attività che rischiano di causare danni irreversibili alla natura saranno evitate, le attività che comportano un elevato grado di rischio per la natura saranno precedute da un esame esaustivo; i loro promotori dovranno dimostrare che i benefici previsti prevalgano sui potenziali danni per la natura e, nei casi in cui gli effetti nocivi eventuali di queste attività siano perfettamente conosciuti, le attività stesse non dovranno essere intraprese" (T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente*, in *Rivista Diritto Internazionale*, 1992). In questo modo si prospettava un approccio cautelativo per la materia ambientale che, però, non era in linea con il principio di sviluppo sostenibile, che veniva considerato "sfruttamento economico dell'ecosistema compatibile con esigenze di protezione" (M. MILONE, *La realizzazione di una discarica in un parco: prevale il principio della protezione sostenibile*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2005, p. 530). Parte della dottrina sosteneva che il valore primario fosse proprio l'interesse economico rispetto all'interesse di tutela dell'ambiente. S. NESPOR, A.L. DE CESARIS, *Il Codice dell'ambiente*, Milano, 2009, pp. 148 ss. Successivamente, però, con la Dichiarazione di Rio del 1992, il principio di precauzione diventa meno restrittivo e più in linea con il principio di sviluppo sostenibile, infatti il Principio 15 prevedeva che "al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave e irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette

Altro principio, che si trova alla base del rapporto tra l'uomo e l'ambiente, è quello di "chi inquina paga", secondo cui, i costi derivanti dai danni ambientali causati, devono essere sostenuti dai soggetti responsabili con l'obiettivo di disincentivare l'inquinatore dalla reiterazione del danno commesso<sup>4</sup>.

## 2. *Il danno ambientale in Italia e l'evoluzione normativa con il recepimento delle norme comunitarie*

La dottrina italiana aveva dibattuto molto sulla nozione di ambiente: una parte di essa qualificava l'ambiente come paesaggio, come difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua e in senso urbanistico; l'altra parte cerca-

a prevenire il degrado ambientale". La codificazione di questo principio si è inserita nel problematico connubio tra economia e ambiente, portando la dottrina a schierarsi, cioè facendo prevalere il valore economico (R. RIVELLO, *Economia e ambiente in Europa: una distonia sinergica*, in R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, pp. 83 ss.) o il valore ambientale (L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002). Anche il TAR Veneto, III, 24/02/2004, n. 396, ha chiarito che il principio di precauzione impone la preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente sugli interessi economici coinvolti. Parte della dottrina conferma questo orientamento, per cui tale principio obbliga tutti gli stati ad adottare idonee misure per prevenire potenziali rischi circa la sanità pubblica, la sicurezza, l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione sugli interessi coinvolti (F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005). Il principio di precauzione viene inserito in tutte le diverse materie regolate dal Codice dell'Ambiente, richiamandolo ripetutamente e viene ulteriormente integrato in modo esplicito all'art 3 *ter* dello stesso, diventando principio cardine dell'azione ambientale.

<sup>4</sup> Il principio "chi inquina paga" è previsto dal Principio 16 della Dichiarazione di Rio del 1992 e nasce dal presupposto che l'ambiente debba avere un valore economico e che, quindi, ogni danno a lui provocato implichi un costo. Tale principio viene considerato vincolante per tutti i paesi europei e prevede sia che gli Stati non possono legiferare per garantire che l'autore del danno non provveda al risarcimento, sia che l'autore del danno venga considerato responsabile in base al principio *the polluter pays* (A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008) e che, quindi, provveda a riparare e sostenere le spese necessarie, cercando di disincentivare l'inquinatore a compiere ulteriori danni. E. BENNACCI, *Compendio di diritto dell'ambiente*, Napoli, 2019. Cfr. F. GIAMPIERO, *La responsabilità per danno all'ambiente: l'attuazione della Direttiva 2004/35/CE*, Milano, 2006, pp. 46-50; L. MELI, *Le origini del principio chi inquina paga e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea*, in questa *Rivista*, 1989, p. 218.

va di darle un significato unitario come diritto fondamentale dell'uomo e come diritto soggettivo alla salubrità ambientale a livello individuale, esaltando il rapporto uomo-ambiente<sup>5</sup>.

La Legge 8 luglio 1986 n. 349 qualificava l'ambiente come nuovo bene giuridico e considerava, per la prima volta, il danno ambientale come un danno autonomo.

L'art. 18 di tale legge comprendeva, nella nozione di danno ambientale, l'alterazione, il deterioramento o la distruzione parziale o totale dell'ambiente, estendendo, quindi, il concetto di "compromissione". Infatti disponeva quanto segue "Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato" e quindi l'ambiente veniva protetto come bene in sé e come bene di interesse collettivo<sup>6</sup>.

Su tale impianto legislativo nazionale si innestava l'intervento dell'Unione Europea con la pubblicazione del Libro Verde<sup>7</sup> sulla responsabilità per danni all'ambiente, della Convenzione di Lugano<sup>8</sup> e successivamente del Libro Bianco.

Al fine di salvaguardare l'ambiente ed assicurare l'applicazione del principio di sviluppo sostenibile<sup>9</sup>, che diveniva sempre più concreto, nel 2004 veniva adottata la Direttiva 2004/35/CE "sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale".

La Direttiva in questione offriva una nuova definizione di danno ambientale quale "mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale,

<sup>5</sup> S. NESPOR, A. L. DE CESARIS, *Il Codice dell'ambiente*, Milano, 2009. Sulla nozione di ambiente cfr. M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, p. 15 ss.

<sup>6</sup> B. POZZO, *Il danno ambientale*, in P. CENDON (a cura di), *Diritto privato oggi*, 1998, pp. 20-23. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di danno ambientale ex art. 18 L. 8/7/1986, n. 349 e di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 1987.

<sup>7</sup> Presentato alla Commissione Europea il 14 maggio 1993.

<sup>8</sup> Primo atto normativo internazionale che stabiliva regole generali in tema di responsabilità per danno all'ambiente e ad individuare un sistema di sanzioni giuridiche per i responsabili.

<sup>9</sup> Cfr. F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010.

che può prodursi direttamente o indirettamente”<sup>10</sup> attribuendo ad esso autonomia rispetto al danno tradizionale ed applicando il “principio chi inquina paga”, che attribuisce a coloro che provocano il danno, l’obbligo di mettere in atto azioni di prevenzione e riparazione e di sostenere i costi relativi.

Nella Direttiva si distinguono, all’art. 2, tre categorie di danno in base alle risorse naturali coinvolte: la specie e gli habitat naturali protetti; le acque; il terreno:

a. La prima categoria comprende il danno o la minaccia imminente che produce significativi effetti negativi sullo stato di conservazione favorevole delle specie e degli habitat protetti<sup>11</sup>. Il danno si concretizza quando si producono significativi effetti negativi sul mantenimento dello stato di conservazione degli habitat e delle specie valutati in riferimento: 1- allo stato di conservazione al momento del danno; 2- ai servizi offerti dai valori ricreativi connessi; 3- alla capacità di rigenerazione naturale. Il confronto tra gli effetti negativi e le condizioni originarie permette di individuare dati misurabili tali da determinare il danno che deve essere valutato come significativo, anche in base alle conseguenze sulla salute umana.

b. Il danno che interessa le acque, invece, è la seconda categoria prevista dalla Direttiva 2004/35/CE, la quale individua “qualsiasi danno che incida in modo significativamente negativo sullo stato e sul potenziale ecologico, chimico e/o quantitativo delle acque superficiali e sotterranee come definite e disciplinate dalla Direttiva 2000/60/CE”<sup>12</sup>.

c. L’ultima categoria individua il danno nella contaminazione o minaccia imminente che crea un rischio significativo per la salute umana a seguito dell’introduzione diretta o indiretta nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi pericolosi. In questo caso la tutela è circoscritta all’inquinamento che potrebbe produrre un rischio per la salute umana.

<sup>10</sup> Art. 2 comma 2, Direttiva 2004/35/CE. Inoltre per servizio si intende l’insieme delle “funzioni svolte da una risorsa naturale a favore di altre risorse naturali e/o del pubblico” come previsto dal punto 13 dello stesso articolo.

<sup>11</sup> Gli habitat protetti vengono individuati dalla Direttiva sugli uccelli selvatici (Direttiva del Consiglio 79/409/CEE sulla conservazione degli uccelli selvatici) e dalla Direttiva Habitat (Direttiva del Consiglio 92/43/CEE sulla conservazione degli habitat naturali e della fauna e della flora selvatiche).

<sup>12</sup> Art 2, punto 1, lettera b), Direttiva 2004/35/CE.

La Direttiva 2004/35/CE è stata recepita in Italia con il D.Lgs. 3 aprile 152/2006 (c.d. Codice dell'Ambiente o Testo Unico Ambientale) ed abrogava espressamente l'art. 18 della L. 349/1986<sup>13</sup>. L'art. 300 comma 1 del T.U.A. prevede che "è danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima". Si può, dunque, osservare come la fattispecie di danno ambientale consiste nel "deterioramento" che deve essere valutato "in confronto alle condizioni originarie" (art. 302 comma 12, "le condizioni, al momento del danno, delle risorse naturali e dei servizi che sarebbero esistite se non si fosse verificato il danno ambientale, stimate sulla base delle migliori informazioni disponibili"). Importante è sottolineare che quando il T.U.A. parla di deterioramento, fa riferimento al danno ambientale provocato alle specie e agli habitat protetti, alle acque e al terreno riprendendo, quindi, l'impostazione della Direttiva.

Le prime due fattispecie di danno vengono tutelate da una disciplina di settore che tutela le risorse in questione; mentre per la fattispecie di danno al suolo, viene considerata la nocività di danno all'ambiente per la salute umana come elemento caratterizzante del danno.

In conclusione, il danno ambientale si evince dal mutamento (deterioramento) in *peius*, di non poca importanza (significativo) e, in quanto tale, suscettibile di misurazione (misurabile) di una determinata risorsa naturale.

Altra direttiva fondamentale per la tutela ambientale è la Direttiva 2008/99/CE<sup>14</sup> che individua per la prima volta "i reati ambientali" e all'art. 3 prevede l'obbligo per ciascun stato membro di individuare, come fattispecie di reato, quelle attività poste in essere in modo intenzionale o per negligenza, relative ai fatti di inquinamento, al traffico illecito di rifiuti, agli illeciti relativi alla gestione di attività pericolose, agli illeciti in materi di specie animali e vegetali selvatiche protette e agli illeciti in tema di tutela delle componenti ambientali<sup>15</sup>.

Per il nostro ordinamento è stata, quindi, necessaria la promulgazio-

<sup>13</sup> Cfr. M. ALBERTON, *Dalla definizione di danno ambientale alla costruzione di un sistema di responsabilità: riflessioni sui recenti sviluppi del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2006.

<sup>14</sup> Cfr. A. MADEO, *Un recepimento solo parziale della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Diritto penale e processo*, 2011, pp. 1065 ss.

<sup>15</sup> P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2015, p. 1.

ne della Legge n. 68 del 2015 “Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente” con cui si è introdotto un nuovo modello di protezione dell’ambiente attraverso l’integrazione del nuovo titolo VI *bis* nel libro secondo del codice penale.

Il carattere trasversale della materia ambientale ha fatto sì che la nozione di “ambiente” sia ancora un problema aperto, anche perché il concetto di ambiente per un ramo dell’ordinamento giuridico non sempre coincide con il concetto di ambiente per un’altra branca del diritto.

Posizioni diverse esprimono la concezione di ambiente nel rapporto con l’uomo.

La c.d. concezione antropocentrica considera l’uomo un *prius* rispetto alla natura: pertanto la natura soddisfa i bisogni dell’uomo. In questa prospettiva l’ambiente è tutelato come strumento di protezione per gli interessi dell’uomo.

La c.d. concezione ecocentrica, invece, eleva il valore autonomo dell’ambiente riducendo la funzione utilitaristica della natura a servizio dell’uomo<sup>16</sup>.

Nel caso pratico, il Codice dell’Ambiente, all’art. 5 comma 1 lett. i *ter*) definisce l’inquinamento come “introduzione diretta o indiretta, a seguito di attività umana, di sostanze, vibrazioni, calore o rumore o più in generale di agenti fisici o chimici, nell’aria, nell’acqua o nel suolo, che potrebbero nuocere alla salute umana o alla qualità dell’ambiente, causare il deterioramenti dei beni materiali, oppure danni o perturbazioni a valori ricreativi dell’ambiente o ad altri suoi legittimi usi”, da cui emerge come il T.U.A. contempli, tra i beni da proteggere, sia la salute umana che la qualità dell’ambiente in sé e quindi considera entrambe le concezioni.

D’altro canto, il legislatore penale, con l’introduzione del titolo VI *bis* sposa la concezione ecocentrica ma richiama anche la concezione antropocentrica: l’art. 452 *bis* tutela gli oggetti materiali del reato quali le acque, l’aria, il suolo, il sottosuolo, gli ecosistemi, la biodiversità, la flora e la fauna in quanto tali; l’art 452 *ter* c.p. mira a tutelare l’ambiente in sé, la vita e l’integrità fisica delle persone dal delitto di inquinamento ambientale; la fattispecie *ex* art. 452 *quater* c.p., nelle tre tipologie di

<sup>16</sup> Cfr. J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell’ambiente in Germania e in Italia*, in *Politica del diritto*, 1989, pp. 673 ss.

disastro ambientale, considera prima l'ambiente in sé e poi la tutela da disastri ambientali anche proteggendo l'incolumità pubblica<sup>17</sup>.

### 3. *L'individuazione del reato di inquinamento e l'attribuzione della responsabilità*

#### 3.1. *Il reato di inquinamento ambientale*

L'art. 452 *bis* è rubricato "inquinamento ambientale" e contempla, come oggetti materiali del reato: le acque, l'aria, il suolo, il sottosuolo, un ecosistema<sup>18</sup>, la biodiversità, la flora e la fauna.

Il reato di inquinamento ambientale è caratterizzato da abusività della condotta<sup>19</sup> che si manifesta qualora si svolga continuamente l'attività delittuosa nell'inosservanza e in contrarietà delle norme giuridiche.

Tale norma punisce "chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili [...]".

La recente sentenza della Corte di Cassazione penale, Sez. III, 11 marzo 2020, n. 9736 afferma che il deterioramento e la compromissione consistono "in un'alterazione, significativa e misurabile, della originaria consistenza della matrice ambientale e dell'ecosistema".

<sup>17</sup> Sostenitori della teoria ecocentrica Cfr. L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente* (Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"), in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 3; L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 206. Favorevoli alla teoria antropocentrica Cfr. M. CATENACCI, *La legge sugli eco-reati ed i suoi principali nodi problematici*, in A. MANNA (a cura di), *Il nuovo diritto penale ambientale*, 2016, pp. 7 ss. Cfr. anche M. TELESICA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agognata riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, pp. 7 ss.

<sup>18</sup> Con il termine ecosistema si fa "riferimento alla comune accezione che definisce per tale l'insieme degli organismi viventi (comunità), dell'ambiente fisico circostante (habitat) e delle relazioni biotiche e chimico-fisiche all'interno di uno spazio definito della biosfera". Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione: Legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante *Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*, (a firma) P. MOLINO, 2015, pp. 6 e 7.

<sup>19</sup> G. RIZZO MINELLI, *Il delitto di inquinamento ambientale nuovamente al vaglio della S.C. tra soluzioni e criticità* (nota a Cass. pen. N. 9736/2020), in *Rivista Ambiente e sviluppo*, 2020, pp.487-496.

Il termine compromissione si riferisce a “una condizione di squilibrio funzionale, incidente sui processi naturali correlati alla specificità della matrice e dell’ecosistema medesimi”<sup>20</sup>, dunque, attiene alla relazione tra il bene aggredito e i bisogni dell’uomo.

Il deterioramento, invece, consiste “in una condizione di squilibrio strutturale connesso al decadimento dello stato o della qualità degli stessi”<sup>21</sup> e quindi nella riduzione del bene che ne costituisce oggetto in modo tale da diminuirne il valore o da impedirne l’utilizzazione.

I due termini, quindi, devono essere intesi come peggioramento ovvero alterazione reversibile in senso peggiorativo di uno degli oggetti materiali ambientali.

Inoltre, la Cassazione precisa che la compromissione e il peggioramento debbano essere significativi e misurabili.

La Corte di Cassazione, in questo senso, ha specificato che per “significativo” si intende incisività e rilevanza, mentre “misurabile” è ciò che può essere oggettivamente quantificato. L’assenza di limiti esplicitamente imposti dalla norma consente di escludere l’esistenza di un vincolo assoluto per l’applicazione della stessa.

### *3.2. L’attribuzione della responsabilità ai fini del ripristino dell’ambiente naturale*

La frequenza con cui si verificano i reati di inquinamento ambientale è tale da porre in essere un necessario sistema di tutele efficiente proprio attraverso l’attribuzione della responsabilità del danno causato all’ecosistema e alla collettività<sup>22</sup>. Il principio “chi inquina paga” individua la figura del responsabile e si concretizza nel momento in cui l’operatore che causa o minaccia il danno ambientale, sarà, secondo la Direttiva, considerato finanziariamente responsabile affinché egli possa adottare misure e sviluppare pratiche atte a ridurre i rischi derivanti dal danno ambientale<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Sull’inquinamento ambientale, Corte Cass. pen., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170.

<sup>21</sup> Sull’inquinamento ambientale, Corte Cass. pen., Sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170.

<sup>22</sup> F. DEGL’INNOCENTI, *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale*, in *Contratto e Impresa*, 2013.

<sup>23</sup> M. ALABRESE, *Le tutele giuridiche contro i danni all’ambiente*, in N. FERRUCCI (a cura di), *Diritto forestale e ambientale*, Milano, 2018, pp. 281-291.

La Direttiva europea prevede, quindi, che sia proprio il soggetto che ha causato il danno, il c.d. operatore<sup>24</sup>, a supportare i costi della riparazione del danno. Quindi la portata di questo principio potrà cogliersi solamente in combinazione con gli altri due principi che consentono di delineare un modello di responsabilità per danno all'ambiente chiedendo agli operatori di agire in via precauzionale e preventiva, dopodiché, se si verificano i danni allora l'agente sarà obbligato al risarcimento del danno.

Tale principio si esplica negli artt. 242 comma 1 e 44 comma 2 del T.U.A., per cui se si dimostra il nesso di causalità tra le azioni od omissioni di soggetti considerati responsabili di contaminazione e l'evento di inquinamento allora essi sono ritenuti responsabili e obbligati a riparare il danno<sup>25</sup>.

Tuttavia molteplici problemi si presentano nell'indagine sui criteri d'imputazione della responsabilità in quanto gli effetti del danno, la maggior parte delle volte, sono visibili dopo molto tempo e ciò rende difficile l'individuazione e la quantificazione del danno. Questo accade perché l'oggetto del reato di inquinamento coinvolge beni come l'aria o l'acqua ovvero beni che non sono reperibili sul mercato e la loro perdita è difficilmente valutabile in termini economici, riflettendo la problematicità anche sull'individuazione dei responsabili<sup>26</sup>.

Inoltre, i danni all'ambiente, molto spesso, non dipendono da comportamenti volontari e tale danno viene classificato come anonimo. La concentrazione di questi reati senza autore ha contribuito all'introduzione della responsabilità oggettiva.

Tuttavia la Direttiva 2004/35/CE introduce un duplice regime di re-

<sup>24</sup> L'art. 302, comma 4, D.Lgs. 152/2006 individua l'operatore in "qualsiasi persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale oppure, quando la legislazione nazionale lo prevede, a cui è stato delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività, compresi il titolare del permesso e dell'autorizzazione a svolgere detta attività, o la persona che registra o notifica l'attività medesima".

<sup>25</sup> G. GALASSI, *La riparazione del danno ambientale e l'accertamento del nesso di causalità: la probabilità contro la certezza*, in *Ambiente legale di gesta reperibile sulla rete interconnessa*, 2018.

<sup>26</sup> F. DEGL'INNOCENTI, *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale*, in *Contratto e impresa*, 2013.

sponsabilità: una responsabilità oggettiva e una responsabilità soggettiva<sup>27</sup>.

Nell'Allegato V della parte sesta del T.U.A. è presente l'elenco tassativo delle attività oggettivamente pericolose dalle quali deriva una responsabilità oggettiva. Tuttavia tale elenco non è un *numerus clausus* poiché è possibile estenderlo a tutte quelle attività che possono cagionare un rischio reale o potenziale per l'ambiente o per la salute umana<sup>28</sup>. In questo modo il legislatore, con l'elencazione tassativa delle attività, tutela il c.d. operatore poiché, in base all'attività posta in essere, prevede se il soggetto possa essere o meno considerato responsabile.

La responsabilità soggettiva del danno ambientale si configura, invece, con la sussistenza del dolo o della colpa, rappresentando, quindi, una responsabilità per colpa e non dipendente dalle attività elencate all'Allegato V.

Tuttavia, il legislatore, nel Codice dell'Ambiente rimane vago circa i soggetti autori del danno, le attività poste in essere e il tipo di danno, specificando solamente la necessità della sussistenza del dolo o della colpa. In questo caso, si dovrebbe, prima di tutto, identificare l'operatore, poi il nesso causale fra l'attività realizzata dall'agente e il danno effettivo all'ambiente.

Tra i due modelli, la comunità europea privilegia la responsabilità oggettiva che si fonda sul compimento di attività con determinati requisiti che possono presentare un rischio potenziale o reale per la salute umana o per l'ambiente.

L'obiettivo primario nell'attribuzione della responsabilità è quello di ottenere una riparazione del danno, oltre che l'attuazione di misure di prevenzione e di ripristino<sup>29</sup>.

L'azione di riparazione comprende due tipi di iniziative: 1) quelle volte a "controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato" gli inquinati o altri fattori di danno; 2) quelle che costituiscono vere e proprie misure di riparazione.

<sup>27</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, Milano, 1968.

<sup>28</sup> L. ARISTEI, *La disciplina del danno ambientale nel d.lgs. n. 152 del 2006. Criticità e spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 2020.

<sup>29</sup> B. POZZO, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milano, 2005.

Il Testo Unico dell'Ambiente prevede, quindi, che “in ogni caso il ripristino deve consistere nella riqualificazione del sito e del suo ecosistema, mediante qualsiasi azione o combinazione di azioni, comprese le misure di attenuazione o provvisorie, dirette a riparare, risanare o, qualora sia ritenuto ammissibile dall'autorità competente, sostituire risorse naturali o servizi naturali danneggiati” ovvero l'operatore è obbligato a porre in essere delle azioni che possano prevenire o, comunque, limitare pregiudizi ambientali o evitare che si possano ripercuotere effetti nocivi sulla salute umana e sui servizi garantiti dall'ambiente<sup>30</sup>.

L'art. 302 comma 9 del T.U.A. definisce il concetto di “ripristino” differenziando l'oggetto di tutela: nel caso di danni alle acque, delle specie e degli habitat protetti, per ripristino, si intende “il ritorno delle risorse naturali o dei servizi danneggiati alle condizioni originarie”; nel caso di danni al terreno il ripristino consiste, invece, “nell'eliminazione di qualsiasi rischio di effetti nocivi per la salute umana e per l'integrità ambientale”<sup>31</sup>.

La prima fattispecie consiste nel riportare l'ambiente alle condizioni originarie tramite tre possibili tipi di misure:

a. la riparazione primaria, che consiste nell'attuare azioni volte a riportare le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle condizioni originarie. Nel caso in cui questo tipo di riparazione risultasse non attuabile allora viene applicata

b. la riparazione complementare ovvero qualsiasi intervento finalizzato a compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati in modo equivalente a quello che si avrebbe avuto prima che il sito fosse danneggiato o, comunque, anche in un sito alternativo;

c. la riparazione compensativa, come ultima possibilità, prevede un'azione finalizzata a compensare la perdita temporanea di risorse e/o di servizi naturali dal momento in cui si è verificato il danno fino a quando la riparazione non abbia ripristinato le condizioni originarie.

Per perdite temporanee si intendono quelle perdite che derivano dal

<sup>30</sup> L. ARISTEI, *La disciplina del danno ambientale nel d.lgs. n. 152 del 2006. Criticità e spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 2020.

<sup>31</sup> D. CANNIZZARO, *Il risarcimento del danno ambientale*, in *AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica* 2016.

mancato svolgimento delle normali funzioni ecologiche o dalla mancata fornitura di servizi ad altre risorse naturali o al pubblico.

La seconda fattispecie di riparazione ovvero quella del danno al terreno è finalizzata ad eliminare il rischio significativo di effetti nocivi che possono derivare per la salute umana.

In questo caso dovranno essere adottate delle misure volte a garantire l'eliminazione o la riduzione degli agenti contaminati per rimuovere il rischio significativo di effetti nocivi sulla salute umana.

Quindi, la caratteristica principale nell'attribuzione della responsabilità per danno ambientale risiede sul fatto che sussiste un obbligo risarcitorio successivamente ad una condotta dolosa o colposa e che violi una legge, un regolamento o un provvedimento amministrativo.

Dall'analisi delle norme si evince la mancanza di riferimenti ad esempio alla gravità della colpa individuale e all'entità del profitto conseguito dall'operatore per commisurare in via equitativa il danno ambientale, sottolineando la natura ripristinatoria e non punitiva.

La giurisprudenza, negli ultimi venti anni ha discusso molto sulla responsabilità da attribuire nel caso di danno ambientale derivante da concorso di colpa tra cause umane e cause naturali ed ha raggiunto, nel corso degli anni, diverse soluzioni.

La Cassazione Civile, sez. III, 16 febbraio 2001, n. 2335, aveva previsto due soluzioni: nel caso in cui, la realtà fisica ambientale su cui incide l'operato del danneggiante è caratterizzata da determinate condizioni ambientali tali da creare, indipendentemente dall'attività umana, un danno, allora l'autore dell'azione non sarà considerato responsabile; nel caso in cui le condizioni ambientali di un determinato spazio non possono dar luogo al danno senza l'apporto dell'azione umana allora l'autore sarà considerato responsabile per intero.

Negli anni a seguire, la giurisprudenza è cambiata. Con la sentenza della Cassazione civile, sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975 è stata applicata un tipo di responsabilità parziaria ovvero è stata attribuita responsabilità, in una sola parte, al danneggiante nei casi in cui il danno poteva essere compatibile sia con un'azione umana sia con una causa naturale e, quindi, non sarebbe stato possibile riconoscere in modo certo chi fosse il responsabile per colpa.

La Cassazione più recente, n. 15991/2011, negando un compromesso come l'orientamento precedente, ritiene che, per poter attribuire la

responsabilità è necessario che: o sia certo che la realtà naturale possa escludere il nesso causale tra azione del soggetto e il danno; oppure si attribuisce una condotta colpevole al danneggiante nel caso in cui non riesca a provare la causa a lui non imputabile.

#### 4. *Danno alla salute come conseguenza del reato ambientale*

I reati ambientali, il più delle volte, vengono considerati reati senza vittime perché risulta difficile individuare il nesso causale tra danno ambientale e danno causato alle persone.

Diversi studi scientifici hanno appurato il grande impatto sulla salute umana da parte di aggressioni ambientali<sup>32</sup> e, in particolare, hanno dimostrato l'incidenza di determinate patologie in popolazioni esposte a fattori di rischio negli ambienti di vita: un ambiente sano è essenziale per la salute ed il benessere degli uomini e, al tempo stesso, l'ambiente locale è fonte di fattori di stress che condizionano la salute. Per questo motivo l'Europa, con la Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, individua determinate condotte illecite che possono causare pericolo non solo per il bene giuridico "ambiente" ma anche per la salute e la vita degli uomini.

L'art. 32 della Costituzione prevede che "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana", puntualizzando l'obiettivo della tutela del bene-salute sia come interesse individuale del singolo che come interesse della collettività.

Il concetto di salute comprende sia lo stato fisico del singolo che quello psichico poiché è in questo modo che la persona si integra nel suo ambiente naturale e sociale. La tutela alla salute è un diritto fondamentale appartenente a tutti gli individui nella collettività, garantendo l'attuazione dell'art. 2 della Costituzione e quindi, è considerato un diritto

<sup>32</sup> S. ZIRULIA, *I riflessi del danno ambientale sulla salute umana*, in *Il nuovo diritto penale ambientale*, 2008.

soggettivo che va tutelato dagli agenti esterni che possono ostacolare il godimento di questa situazione soggettiva.

La situazione soggettiva appena descritta è, quindi, legata all'integrità psicofisica della persona ed in questo senso, la salute è strettamente condizionata all'ambiente in cui si vive: la salute può subire danni dalla degradazione dell'ambiente e nel contempo l'ambiente tutelato favorisce un elevato standard di salute.

Con l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza, ci si concentra sempre di più sulla correlazione tra salute e ambiente, attribuendo a quest'ultimo un valore essenziale in relazione alla persona: la qualità dell'ambiente è proporzionale alla qualità della vita. Per questo motivo è necessario vivere in un ambiente salubre affinché non si possa creare alcun pericolo per la salute del singolo individuo e per la collettività<sup>33</sup>.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione la tutela dell'ambiente diventa materia di legislazione esclusiva dello Stato ma con la collaborazione delle regioni: la tutela ambientale è un dovere che spetta a tutti i soggetti dell'ordinamento. Con questa modifica, si è ampliata l'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione, introducendo la tutela del diritto all'ambiente salubre.

In particolare, il diritto all'ambiente salubre mira a tutelare gli interessi della persona che fruisce dell'ambiente ovvero aspira ad avere un'attenzione particolare all'insieme dei fattori ambientali che incidono in modo negativo sullo stato psico-fisico della salute degli individui<sup>34</sup>.

L'ambiente può considerarsi la sfera in cui l'uomo vive e agisce; cioè è il luogo in cui ogni individuo sviluppa la propria personalità nel rapporto con la socialità.

La legge 68 del 2015 ha un'inevitabile portata innovativa poiché le norme incriminatrici considerano tanto i pericoli e i danni per le matrici ambientali quanto le offese arrecate di riflesso alla salute ed alla vita umana<sup>35</sup>.

Tra le disposizioni è stato inserito l'art. 452 *ter* c.p. rubricato "Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale" al

<sup>33</sup> D. CARDONE, *Tutela della salute e diritto a vivere in un ambiente salubre: profili storici e sistematici*, in *Rivista Online Teoria e storia del diritto privato*, 2010.

<sup>34</sup> C. DELLA GIUSTINA, *Il diritto all'ambiente nella costituzione italiana*, in *AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica*, 2020.

<sup>35</sup> S. ZIRULIA, *op. cit.*, p. 212.

fine di tutelare le persone dal rischio di lesione o morte causati da eventi inquinanti. La fattispecie in questione prevede che: “Se da uno dei fatti di cui all’articolo 452 *bis* deriva, quale conseguenza non voluta dal reo, una lesione personale, ad eccezione delle ipotesi in cui la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni, si applica la pena della reclusione da due anni e sei mesi a sette anni; se ne deriva una lesione grave, la pena della reclusione da tre a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la pena della reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva la morte, la pena della reclusione da cinque a dieci anni.

Nel caso di morte di più persone, di lesioni di più persone, ovvero di morte di una o più persone e lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per l’ipotesi più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti.”

Il bene giuridico che viene tutelato è la salute sul quale si incardina la struttura del reato per morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale. L’articolo è stato conformato dal legislatore con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27 della Costituzione, per cui è prevista una pena diversificata e personale in base alla conseguenza del delitto ambientale causato che abbia provocato: una lesione personale non lieve, una lesione personale grave oppure una lesione personale gravissima o, peggio, la morte di una persona.

Affinché possa configurarsi tale reato è necessario che vi siano determinati elementi strutturali: dovrà verificarsi uno o più eventi di morte e/o lesioni non volontari; derivanti da inquinamento ambientale; e che sia dimostrabile il nesso di causalità tra l’inquinamento ed i decessi e/o le malattie.

Altra disposizione inserita con la modifica del Titolo VI è quella rubricata “disastro ambientale”. Precedentemente, la figura del disastro ambientale si configurava nell’art. 434 c.p. come disastro innominato per cui “Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è della reclusione da tre a dodici anni se il crollo o il disastro avviene”. Secondo la Corte Costituzionale tale disposizione comprende non solo un “macro-evento di immediata manifestazione esteriore che si verifica in un arco di tempo ristretto” ma anche un “evento, non visivamen-

te ed immediatamente percepibile, che si realizza in un periodo molto prolungato, sempre che comunque produca una compromissione delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori della persona e della collettività tale da determinare una lesione della pubblica incolumità”. Perciò, ribadisce, si può considerare disastro innominato “i fenomeni derivanti da immissioni tossiche che incidono sull’ecosistema e sulla qualità dell’aria respirabile”.

Sulla base delle parole pronunciate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 7941/2015, si potrà parlare di disastro quando si è al cospetto di un evento distruttivo di grandi dimensioni e tali da provocare un pericolo per la vita o per l’integrità fisica di un numero indeterminato di persone<sup>36</sup>.

La nuova disposizione si apre con la clausola di riserva che prevede l’applicabilità di tale norma fuori dai casi previsti dall’art. 434 c.p.

Il disastro ambientale si verifica, alternativamente, con:

1. “l’alterazione irreversibile dell’equilibrio di un ecosistema;
2. l’alterazione dell’equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali;
3. l’offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l’estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo”.

Il bene giuridico tutelato dai numeri 1 e 2 del secondo comma è l’ambiente, favorendo la nozione ecocentrica di ambiente ovvero per disastro ambientale si considererà un evento distruttivo di proporzioni straordinarie atto a produrre danni gravi, complessi ed estesi.

Invece, al numero 3, si fa riferimento a qualsiasi tipo di comportamento che incide sull’ambiente con una conseguenza diretta per la pubblica incolumità, il quale termine comprende i concetti di vita, integrità fisica e salute. Per “pubblica incolumità” si intende un bene costituito dalla sintesi di una pluralità di beni-vita individuali, collettivamente intesi, poiché vengono lese una pluralità di persone coinvolte nell’evento dannoso solo per il fatto di trovarsi casualmente in un certo luogo o in una certa situazione: il disastro ambientale sarà l’evento che provocherà

<sup>36</sup> V. CAVANNA, *Tutela di ambiente e salute: riflessioni “de iure condendo” tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2020.

un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone.

Si mostra chiaramente la natura speciale del nuovo delitto rispetto all'ipotesi del disastro innominato, che resta fattispecie nella quale confluiscono tutte quelle condotte che non rientrano nelle ipotesi dell'art. 452 *quater*<sup>37</sup>.

In questa nuova formulazione, quindi, la natura straordinaria dell'evento e il pericolo per la pubblica incolumità sono richiesti "alternativamente", non in modo congiunto.

Il disastro ambientale si concretizza con la realizzazione del disastro, venendo punita la condotta abusiva che cagiona tale evento.

L'evento di cui al n. 3 si può considerare reato di pericolo in quanto la condotta deve cagionare un'offesa alla pubblica incolumità. Affinché si possa perfezionare tale reato basterà che la pubblica incolumità venga messa in pericolo. Se invece si raggiunge una vera lesione del bene giuridico allora si parlerà del massimo grado di offensività. Questa ipotesi di disastro ambientale potrebbe anche definirsi "ambientale-sanitario" e la sua sussistenza deve essere accertata in relazione alla "estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi" e al "numero delle persone offese o esposte a pericolo". Il primo caso fa riferimento alla magnitudo di condotte inquinanti che cagionano una pubblica offesa. Il secondo ricollega un pericolo di matrice ambientale ad un numero elevato di beni giuridici personali.

La fattispecie indicata al n. 3 è stata anche interpretata come evento di danno collettivo ovvero la concentrazione di morbilità o mortalità in una determinata popolazione per esempio situazioni di inquinamento su vasta scala possono aumentare l'incidenza di malattie e morti precoci potendo essere considerato un disastro ambientale sanitario<sup>38</sup>.

In conclusione, l'inquinamento atmosferico rappresenta un essenziale fattore di rischio per la salute umana oltre che per l'ambiente ed il territorio ed anche per il patrimonio di interesse artistico.

<sup>37</sup> L. BUTTI, F. PERES, M. ZALIN, *I nuovi reati ambientali*, in *speciale newsletter B&P Avvocati*, 2015.

<sup>38</sup> M. RICCARDI, *I disastri ambientali: La cassazione al crocevia tra clausola di salvaguardi, fenomeno successorio e concorso apparente di norme*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018.

Consideriamo che circa il 7% dei decessi annuali in Italia sono attribuiti all'inquinamento<sup>39</sup>.

Alcuni, significativi, inquinanti determinano una pessima qualità dell'aria e, di conseguenza, l'inquinamento provoca evidenti effetti di salute sulla società, come ad esempio l'effetto serra di cui si parla molto in termini di cambiamento climatico; l'acidificazione degli ecosistemi che provocano l'erosione di monumenti o la morte delle foreste; le emissioni industriali e urbane; le polveri sottili, che colpiscono soprattutto bambini, anziani e malati.

Negli ultimi mesi, molte notizie hanno cercato di correlare la situazione pandemica che sta affrontando l'intero globo con il miglioramento delle condizioni atmosferiche che si sono registrate ed allo stesso tempo hanno ricondotto l'espansione del Covid-19 attraverso l'inquinamento atmosferico.

Il territorio italiano sotto l'aspetto ambientale è rappresentato dalla Pianura Padana, che comprende le principali città industriali. Nel mese di febbraio 2020, le stazioni di monitoraggio hanno visto un'inversione di tendenza rispetto alle concentrazioni elevate di polveri sottili del mese di gennaio. Con le successive misure restrittive a causa dell'emergenza sanitaria c'è stata una diminuzione ancora più marcata di polveri sottili. Si potrebbe, quindi, affermare che le misure restrittive atte ad evitare assembramenti e, quindi, la diffusione del Covid-19 sono state utili per la diminuzione dell'inquinamento atmosferico.

Poco supportato da dati, invece, è la correlazione del rapporto causa/effetto tra inquinamento e virus. Più realistico sarebbe pensare che il virus si sia diffuso anche in base alle condizioni ambientali e climatiche. In questo senso, la loro relazione acquisisce peso se si considera che in Italia ogni anno muoiono circa 60.000 persone a causa delle concentrazioni inquinanti, poiché le popolazioni esposte in modo maggiore alle concentrazioni di inquinamento presentano delle fragilità sanitarie<sup>40</sup>.

Altri studi sostengono la correlazione tra la pandemia e l'imminente

<sup>39</sup> A. BORDIN, *L'inquinamento atmosferico nelle città ai tempi del COVID-19*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2020, pp. 682-692.

<sup>40</sup> LEGAMBIENTE, *L'inquinamento atmosferico al tempo del coronavirus: ripartiamo con ambiente, salute, prevenzione*, reperibile sulla rete interconnessa, 2020.

cambiamento climatico poiché un ambiente alterato comporta la necessità per lo stesso di creare un nuovo equilibrio, ma tutto è in fase di studio.

Possiamo concludere che le discipline scientifiche risultano essenziali per la dimostrazione che i danni ambientali provocano evidenti riflessi sulla salute e la vita umana, confermando ancora la trasversalità della materia ambientale.

*Abstract**Environmental damage – protection – sustainable development  
environmental pollution – health*

*The frequency with which environmental damage occurs requires an efficient system of protection. Environmental damage is included in the general case provided for by Article 2043 of the Italian Civil Code, which offers an adequate response to the emergencies posed by environmental damage limited to the criteria for the attribution of damage and the identification of all those responsible. Since the 1970s, the debate between doctrine and jurisprudence on environmental damage has continued with the purpose of guaranteeing the protection of the individual in the case of pollution. Over the years, opinions have also changed as to the good that is to be protected: those who support an anthropocentric conception whereby nature is protected because it meets human needs; or those who support an Ecocentric Theory, which raises the autonomous value of nature, which is not protected for exclusive utilitarian purposes but as such. In fact, the environment is the context in which man lives and relates and, therefore, environmental protection implies defence not only of the individual but also of the community as a guarantee of the principle of sustainable development.*

*The role of environmental pollution is fundamental in today's definition of the relationship between man and environment, since man, through his actions or omissions, creates pollution causing serious damage to the environment and thus to the place where he lives. Man and the environment are interdependent: damaging actions reflect negatively on the environment but, at the same time, correct and conscious actions benefit the macro-system that is the environment, as well as us and our health.*

## *Light up*: la sperimentazione su animali sotto lente d'ingrandimento\*

Note a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III,  
28 gennaio 2021-8 febbraio 2021

DIANA CERINI

1. I Fatti e l'*iter* giudiziario. – 2. La posizione dell'animale nel quadro giuridico italiano ed europeo: da oggetto a soggetto. – 3. Il quadro normativo in tema di sperimentazione. – 4. Conclusioni: l'esigenza di bilanciare il diritto alla ricerca e il benessere degli animali.

### 1. *I fatti e l'iter giudiziario*

Nel 2011 Naruto, un macaco della riserva naturale dell'Isola di Sulawesi, si scattò incuriosito un autoritratto sottraendo la fotocamera a David Slater, reporter naturalista. La fotografia, poi divenuta famosa come "*selfie* del macaco", fruttò svariate centinaia di migliaia di dollari al fotografo in diritti d'autore. A fronte di ciò, PETA – *People for Ethical Treatment of Animal*, in qualità di *next friend* di Naruto, citò Slater avanti alla United State District Court of the Northern District of California per ottenere la restituzione delle somme così guadagnate, che sarebbero state devolute nelle intenzioni dell'associazione alla causa animalista. La questione finì nel 2018 avanti alla United States Court of Appeals for the Nine Circuit, che respinse definitivamente le argomentazioni di PETA e negò il diritto di Naruto ad ottenere i diritti d'autore del proprio *selfie*<sup>1</sup>.

\* Commento sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

<sup>1</sup> *Naruto v. Slater*, No. 16-15469 (9th Cir. 2018). Per un commento cfr. M. HOOKER, *Naruto v. Slater: One Small Step for a Monkey, One Giant Lawsuit for Animal-Kind* (February 5, 2020), 10 *Wake Forest Law Review Online* 15 (2020), SSRN: <https://ssrn>.

La vicenda, come intuibile, ha peraltro ottenuto una notevole eco nel pubblico e nei media ricordando le qualità intellettive di curiosità ed intelligenza dei macachi, i quali pur non potendo avere titolarità di *intellectual property* secondo la legge, sono in grado di maneggiare macchine fotografiche, di scattarsi fotografie e di compiacersene.



*Naruto*

Quasi in contemporanea alla decisione della Corte d'Appello federale americana appena citata, in Italia altri macachi hanno avuto una sorte molto meno fortunata di Naruto, che continua tutt'oggi a vivere tra le foreste del Sulawesi incurante di aver perso una fortuna ma di essere noto in tutto il Globo. Viene, infatti, autorizzato il progetto di ricerca Light Up: esso – come molti altre forme di sperimentazione su animali vivi – utilizza macachi proprio in virtù della loro complessità neurologica e psicologica che li rende così vicini alla specie umana e che per tal motivo si presentano come gli animali più idonei ad essere oggetto

[com/abstract=3533194](#); D. CERINI, *Naruto v. slater: comparative remarks starting from the selfie of a macaque*, in A. PETERS; K. STILT; S. SUCKI (eds.), *Global Animal Law*, in corso di pubblicazione.

di uno studio volto a verificare la reazione ad una (provocata) cecità. Proprio questo progetto di ricerca è al centro della vicenda giudiziaria di cui la decisione del Consiglio di Stato qui in commento rappresenta il capitolo finale.

In data 8 febbraio 2021 è, infatti, pubblicato l'arresto reso dal Consiglio di Stato, Sezione Terza, n. 1186/2021, emesso a seguito della camera di consiglio del 28 gennaio 2021. Con tale decisione il Consiglio si è pronunciato in via definitiva, a conclusione di un *iter* giudiziario alquanto travagliato, sul ricorso presentato dalla Lega Anti Vivisezione ("LAV") avverso l'autorizzazione al progetto di ricerca dell'Università di Parma denominato "*Light Up*". Tale progetto, tuttora in corso, vede l'impiego di primati (macachi) per studi in ambito di meccanismi anatomico-fisiologici soggiacenti al recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale e presuppone che sia provocata la cecità degli animali per verificarne (mediante applicazione di sensori cerebrali) la reazione e le capacità di recupero rispetto a tale stato di disabilità.

Questi i passaggi fondamentali del corrugato *iter* giudiziario che prelude alla decisione in commento<sup>2</sup>:

(1) Il primo passo, come ricordato poc'anzi, ha visto LAV, unitamente a OSA-Oltre la Sperimentazione Animale Onlus (ente che poi abbandonerà il procedimento nelle successive fasi), ricorrere avanti al TAR Lazio nel 2019 avverso l'autorizzazione alla ricerca *Light Up*, resa sulla base del parere favorevole dell'Organismo preposto al benessere animale (Opba) dell'Università di Parma, sede della ricerca, e dell'ulteriore parere favorevole condizionato rilasciato al medesimo team parmense dal Consiglio Superiore di Sanità (CSS), con autorizzazione Ministero della Salute. Quest'ultimo parere, in particolare, si è dovuto aggiungere a quello dell'Opba interno dell'Università proprio in virtù del fatto che la ricerca utilizza primati, il che è possibile solo in casi eccezionali come previsto dall'art. 8, D.Lgs. n. 26/2014 di recepimento della Dir. 2010/63/UE. Va subito precisato che l'impugnativa di LAV e OSA si rivolge non tanto al merito dell'attività scientifica e dei suoi obiettivi, quanto proprio al provvedimento autorizzatorio, ritenuto illegittimo in quanto i pareri

<sup>2</sup> Per una più analitica ricostruzione delle fasi processuali ed un commento cfr. C. CAMPANARO, *Sentenza del Consiglio di Stato n.1186/2021, Commento*, in *LAV.it.*, febbraio 2021.

emessi, e in particolare quello del CSS, non sarebbero stati motivati adeguatamente in punto di prova della necessità dell'utilizzo degli animali nel rispetto del principio delle c.d. "3R", come previsto dalla D.Lgs. 26/2014. In particolare, LAV sottolinea come i valutatori non avrebbero adeguatamente motivato, con apposita evidenza istruttoria, che la ricerca soddisfa il principio di riduzione, ossia di avere previsto l'impiego del minor numero di primati possibile (*reduction*), né di aver seguito il principio di *refinement*. Val la pena, a questo proposito, ricordare subito come la formula "3R" riassume, nella comunità scientifica, i vincoli previsti dalla richiamata normativa del 2014 per la sperimentazione su animali vivi, la quale deve essere sempre subordinata all'accertamento dell'impossibilità di sostituzione degli animali con metodi alternativi (principio di sostituzione o *replacement*), alla prova di impiego del minor numero di animali possibili (principio di riduzione o *reduction*), ed alla previa verifica dell'assenza di altre ricerche già svolte con procedimenti e/o esiti analoghi, sulla base del principio di perfezionamento delle ricerche sperimentali tale da ridurre la sofferenza provocata agli animali (c.d. *refinement*)<sup>3</sup>.

(2) Nelle more del procedimento si inserisce un controverso capitolo cautelare. Il suo primo momento coincide con l'ordinanza del medesimo Tribunale Amministrativo, sez. III *quater*, del 5 novembre 2019 con la quale viene respinta la richiesta di LAV di sospensione in via cautelare delle attività di sperimentazione.

(3) Tale provvedimento è, però, a sua volta superato dall'emissione dell'ordinanza n. 230 Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, 23 gennaio 2020 che, vista l'impugnativa dell'associazione, riforma il provvedimento cautelare TAR e sospende la sperimentazione sino all'esito del giudizio. Sull'importanza delle motivazioni alla base di tale provvedimento di sospensione si tornerà dopo. Basti ora indicare come esso individui come prevalente – nel bilanciamento con l'interesse alla prosecuzione della ricerca – l'interesse degli animali (esseri senzienti) a non subire pregiudizi irreparabili, in applicazione dell'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'UE. La stessa ordinanza, inoltre, seppur in forma sommaria coerentemente con il carattere cautelare, riconosce possibili lacune nella fase di autorizzazione così come nei rapporti che l'Opba è

<sup>3</sup> V. più ampiamente *infra*, § 3.

chiamato a rendere periodicamente (in forma semestrale) in costanza di ricerca. Infatti, la Corte ricorda che “è necessario che sia chi sperimenta a dover provare che non esistono alternative ad una sperimentazione invasiva sugli animali e foriera di sofferenze che la normativa europea e nazionale sul benessere animale, anche nelle sedi di sperimentazione, prescrive di evitare o ridurre entro rigorosi parametri fisiologici”. Si rammenti del resto che proprio il rilascio o il diniego dell'autorizzazione rappresenta il punto di equilibrio di interessi contrapposti ed assume dunque importanza cruciale<sup>4</sup>.

(4) Il TAR del Lazio, con sentenza del 1° giugno 2020, n. 5771, conclude per la legittimità dell'autorizzazione, emessa in conformità alle risultanze dei pareri scientifici espressi, i quali sono ritenuti adeguatamente motivati.

(5) La controversia giunge così avanti il Consiglio di Stato a seguito di impugnazione della sentenza di primo grado da parte della sola LAV. In questa fase, la sperimentazione sui macachi risulta ancora sospesa, con interruzione delle attività scientifiche pur in permanenza degli animali presso le strutture universitarie emiliane. Durante il giudizio presso il Consiglio di Stato l'IRCCS “Fondazione Bietti” è incaricato di rispondere ad una serie di quesiti, anch'essi attinenti al rispetto dei principi “3R”, ed è proprio sulla base di tale verifica, riportata nella relazione depositata dagli esperti, che il CdS rigetterà i motivi di appello della Lega.

Ed infatti, con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato accoglie solo uno dei motivi di ricorso di LAV, confermandone la legittimazione ad agire, a fronte di un interesse concreto ed attuale in conformità con gli obbiettivi e le finalità dell'associazione stessa.

Sono, invece, respinte in via definitiva le altre censure di LAV alla sentenza di primo grado che impingono ancora una volta alla fondatezza ed alla legittimità del procedimento di autorizzazione alla sperimentazione di cui si è dato cenno. La decisione del CdS, dopo aver ricordato “la necessità che l'autorizzazione alla sperimentazione sia data motivando sull'avvenuto rispetto del principio delle 3R contenuto al considerando n. 11 della direttiva 2010/63, in base al quale, al fine di svolgere una ri-

<sup>4</sup> Cfr. C. BOTTARI; T. DI PAOLO, *La tutela degli animali utilizzati a fini scientifici e il diritto alla ricerca: la delicata valutazione dei danni e dei benefici compiuta dall'autorità competente*, in *Biolaw - Rivista di BioDiritto*, 2021, p. 62.

cerca involgente la sperimentazione sugli animali (ed a maggior ragione per quelle autorizzate in deroga), sussiste l'obbligo di rispettare i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi", ritiene raggiunta la prova – incombente su chi sperimenta e, di riflesso, richiesta a chi autorizza – del rispetto di tali principi, superando a questo proposito proprio i rilievi di segno opposto che erano stati alla base dell'ordinanza cautelare di sospensione dell'attività di ricerca emessa dal TAR (Ord. 230 del 23 gennaio 2020, già richiamata). E tuttavia il CdS non manca di rilevare incidentalmente che in realtà tale prova è raggiunta *in limine*, ossia solo a fronte degli ulteriori rapporti ed approfondimenti ottenuti durante la stessa fase di impugnativa a seguito della analisi dell'IRCCS Fondazione Bietti, posto che sino a quel momento le informazioni ed i rapporti sul rispetto delle "3R" forniti dal team di ricerca e sul quale si erano basati anche in buona parte i pareri alla base dell'autorizzazione iniziale all'avvio del progetto erano stati, se non alquanto lacunosi, quantomeno non univoci (cfr. p.16 della decisione: "La verifica [da parte dell'IRCCS della Fondazione Bietti] ha corrisposto alle esigenze di approfondire alcuni profili scientifici su cui gli atti impugnati, autorizzativi della ricerca, richiedevano una analisi più ampia dei censurati profili di incongruità e irragionevolezza", e ancora poco oltre che solo "la verifica disposta dalla Sezione ha dimostrato che la sperimentazione oggetto del progetto rispetta tutti i requisiti per essere autorizzata, con la conseguenza che non può e non deve essere annullata solo perché non esterna congruamente le ragioni per cui il progetto è assentibile [...]").

Il Consiglio di Stato accoglie, infine, il rilievo con il quale LAV denuncia la non conformità in concreto alle indicazioni rivolte dal CSS agli sperimentatori constatando, in particolare, la mancanza di adeguate informazioni sulle condizioni degli animali impiegati nella ricerca e la messa a disposizione dei prescritti report semestrali del tutto scarni, i quali sarebbero del resto solo "un diario delle attività svolte e dell'ambiente circostante, e non tali da consentire di conoscere la reazione dei macachi alle attività esercitate dall'uomo" ovvero in qualsiasi modo "idonei a documentare in ordine alle condizioni fisiche ma soprattutto psichiche dei macachi oggetto di sperimentazione". Ma anche tale aspetto, a questo punto della vicenda, è ritenuto ininfluenza rispetto all'esito finale autorizzatorio.

Viene, infine, ritenuto ormai privo di interesse attuale anche il quinto

motivo di impugnazione, relativo alla richiesta di vietare il trasferimento degli animali all'estero, posto che essendo tale trasferimento già avvenuto, un'ulteriore movimentazione dei macachi si tradurrebbe in aggiuntivo pregiudizio.

Riassunto tale articolato *iter* procedimentale, si deve indicare che la decisione in commento – alla cui sottostante vicenda è stato probabilmente assegnato un peso mediatico altisonante, con sviluppi anche particolarmente recrudescenti nei confronti dei ricercatori coinvolti, vittime di minacce – resta di fondamentale importanza in chiave giuridica più allargata per almeno tre principali motivi:

a) innanzitutto, le parole dei giudici amministrativi coinvolti, sin dalla fase cautelare, sembrano evidenziare (al di là del concreto esito giudiziale) una particolare attenzione alla sensibilità della società, che appare ormai sempre più attenta alla posizione dell'animale;

b) inoltre, la decisione pone in evidenza in modo ripetuto e puntuale il vincolo giuridico di rispetto del benessere degli animali come imposto dall'art.13 del TFUE. Vincolo spesso relegato a norma declamatoria, quando al contrario, come si ribadirà poco oltre, esso rappresenta un presupposto normativo cogente per valutare la legittimità di una serie di atti ed azioni aventi ad oggetto gli animali anche nel nostro sistema giuridico;

c) infine, le riflessioni inanellate dai giudici amministrativi – tanto dal TAR quanto dal CdS – rivelano, grazie ai riferimenti continui e diretti alla normativa europea, come la posizione del legislatore italiano, che ancora qualifica l'animale come *bene* nella codificazione civile, sia ormai del tutto miope ed anacronistica rispetto alla nozione di animale come *essere senziente* veicolata dalla fonte primaria sovranazionale, richiedendo un cambio di direzione. Tutto ciò assume un particolare peso nell'attuale momento storico che appare cruciale nel sistema giuridico italiano, tenuto conto delle proposte in discussione volte ad inserire gli animali nella Costituzione italiana, così come alla luce dei progetti di legge che mirano ad introdurre un diverso *status* dell'animale nella codificazione civile, sino ad elevarne la posizione da meri oggetti ad esseri senzienti<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Tra i primi commenti cfr. F. RESCIGNO, *Contributo al forum di esperti in tema di sperimentazione animale: esseri senzienti e sperimentazione: quali frontiere?* in corso di pubblicazione; della medesima Autrice si rinvia anche alle osservazioni contenute in *Il*

Vi è dunque l'occasione, in questa sede, di fare una riflessione che tenga conto della posizione degli animali nel quadro normativo nel suo complesso, anche alla luce del diritto europeo vigente (§ 2), per individuare poi in modo più specifico il legame con le norme in tema di sperimentazione su animali vivi, argomento senza dubbio tra i più delicati e conflittuali nel panorama non solo giuridico ma anche scientifico (§ 3).

## 2. *La posizione dell'animale nel quadro giuridico italiano ed europeo: da oggetto a soggetto*

Come anticipato, in Italia l'animale è identificato come *bene* nella codificazione civilistica. L'esclusione degli animali dal novero dei soggetti di diritto, e dunque dalla titolarità dei diritti soggettivi, e la loro equiparazione a *beni/biens/chattels* è una stata per secoli una costante del mondo giuridico (non solo italiano) e solo di recente vede alcuni significativi *vulnera*. Basti pensare che la riduzione dell'animale a bene apparteneva già al diritto romano, che distingueva dicotomicamente tra *personae* e *res* (alle quali, peraltro, pertenevano anche gli schiavi). Una simile qualificazione fu mantenuta nei secoli ed infine recepita in tutti i codici civili moderni. La nostra codificazione civile del '42 non si è distinta per originalità ed ha dedicato agli animali numerose norme, tutte dirette a disciplinare i conflitti che il *bene* animato può determinare tra i consociati. Muovendo dalla formula dell'art. 812 del Codice Civile, che relega in forma residuale gli animali tra "gli altri beni"<sup>6</sup>, la regola dell'a-

*divieto di animal testing cosmetici: un passo avanti verso la soggettività animale?* in V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Cosmetici, regolazione, bio-etica*, Roma, 2014, p. 45 ss.; per alcuni cenni alla vicenda *Light up*, si veda anche A. INDELICATO, *La sperimentazione animale e i metodi alternativi: dalla normativa alla giurisprudenza comparata Italia-Cina*, in *Corti supreme e salute*, 2020, p. 1 ss. Si rinvia altresì ai contributi di diverso tenore e discipline contenuti in *Biolaw - Rivista di BioDiritto*, 2/2021, pp. 1-77, raccolti a seguito della *call for papers* in relazione al tema della sperimentazione.

<sup>6</sup> Art. 812: *Distinzione dei beni*: Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo. (II) Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo o sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione. (III) *Sono mobili tutti gli altri beni*.

nimale-cosa ha fatto da perno alle norme in tema di appropriazione, responsabilità civile per danni provocati da animali, e così continuando. L'animale nel Codice civile è, dunque, sempre oggetto e mai soggetto; si pone in tale veste rispetto ai diritti ovvero ai doveri di colui che di volta in volta è proprietario, detentore, custode.

È sin troppo chiaro come il motivo sul quale si è fondata la pressoché univoca collocazione degli animali tra i *beni* si spiega solo in parte quale esito di lacune scientifiche e cognitive delle diverse epoche storiche, essendo semmai sorretta da considerazioni socio-economiche, banalmente antropocentriche.

Tanto sul piano della *law in action* e delle pronunce delle corti di merito – in cui si riflette maggiormente il sentire comune – quanto rispetto ad altre fonti legislative nazionali, che hanno operato riducendo progressivamente le prerogative proprietarie del “padrone” dell'animale ovvero introducendo obblighi positivi di tutela in favore dei non umani, si rivela l'inadeguatezza dell'attuale tassonomia civilistica.

Il problema, in sintesi, è dunque se nella molteplicità delle fonti e dei formanti del nostro ordinamento esista un sistema coerente di norme relative all'animale oppure se, sul piano tecnico-giuridico, vi siano, e si ritrovino, le incoerenze che la società stessa rivela nei confronti degli animali non umani, di volta in volta compagni, cibo, macchine da lavoro, strumenti da esperimento. Tutto ciò tenendo conto di come, al contrario, siano in atto in altri Paesi da un lato un vero e proprio processo di c.d. *costituzionalizzazione* dei diritti degli animali – grazie alla menzione delle loro qualità di essere senzienti a cui lo Stato deve garantire benessere – e dall'altro un processo di *dereificazione*, attraverso recenti modifiche ai codici civili nazionali<sup>7</sup>.

La fissità delle norme gius-civilistiche dedicate agli animali potrebbe sorprendere: gli animali sono esseri viventi di non recente apparizione! Essi esistevano ancor prima dell'arrivo degli umani, e con l'uomo hanno

<sup>7</sup> Cfr. M. GIMÉNEZ-CANDELA, *Persona y Animal: una aproximación sin prejuicios*, dA. *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 10/1 (2019) - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.417>, pp. 8-14. Per altri esempi si veda *infra*, poco oltre, nonché sin da ora O. LE BOT, *Les grandes évolutions du régime juridique de l'animal en Europe: constitutionnalisation et déréification*, in *Revue québécoise de droit international*, 2011, p. 249 ss.; R. MARCHESINI, *Etologia filosofica. Alla ricerca della soggettività animale*, Sesto San Giovanni, 2016.

dovuto (spesso loro malgrado) convivere. Ciò li distingue da altre entità che si sono via via manifestate nel tempo ed alle quali gli ordinamenti hanno a volte riconosciuto “dignità”, e talora personalità giuridica, con titolarità di diritti (si pensi ad enti collettivi, associazioni, società); parimenti tempestivi sono i sempre più frequenti interventi a favore del riconoscimento di diritti alle forme di *artificial intelligence* ovvero alle “estensioni” della persona umana (ad esempio robot umanoidi) solo di recente apparse.

Le fonti di diritto interno, tuttavia, non appaiono tutte allineate in modo inequivoco alla qualificazione dell’animale come bene, sussumibile dal Codice civile. Un primo esempio in tal senso è rappresentato dalle leggi regionali che identificano l’animale come essere senziente ed affermano il dovere di garantirne il benessere, pur con una selezione delle “categorie” di animali tutelati<sup>8</sup>. È chiaro, in questi casi, il venir meno di una delle principali prerogative proprietarie, ossia l’assenza di condizioni e limiti ai diritti in capo al soggetto titolare del bene; si individuano, anzi, veri e propri doveri di cura verso l’oggetto della proprietà, ossia l’animale<sup>9</sup>.

Si aggiungono le numerose norme di protezione degli animali, difficilmente conciliabili con l’idea di animale come cosa e mero oggetto di diritti, e non soggetto. Ad esempio, il Codice della circolazione stradale individua un dovere di soccorso di animali feriti, svincolato dalla posizione e dall’esistenza di un proprietario quale possibile danneggiato dalla perdita dell’animale che ne deriverebbe<sup>10</sup>: qual è la finalità di tale

<sup>8</sup> Si veda un riferimento per tutti: lo Statuto della Regione Toscana e ivi anche la L.R. 20 ottobre 2009, n. 59, Norme per la tutela degli animali. Abrogazione della legge regionale 8 aprile 1995, n. 43 (Norme per la gestione dell’anagrafe del cane, la tutela dell’animale da compagnia).

<sup>9</sup> Per una sintesi delle prerogative proprietarie, si può fare riferimento a T. HONORÉ, *Ownership*, in A.G. GUEST (a cura di), *Oxford Essays on Jurisprudence*, Oxford, 1961, p. 107 ss., come ricordato anche da U. MATTEI, *La proprietà*, in Trattato di Dir. civ. diretto da R. SACCO, 2001, p. 139; A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Milano, 2015; P. RESCIGNO, voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, 1988, p. 254 ss.

<sup>10</sup> Recita la norma: “Al comma 1 dell’articolo 177 del decreto legislativo n. 285 del 1992, dopo il secondo periodo è aggiunto il seguente:

“L’uso dei predetti dispositivi (acustico supplementare di allarme e di segnalazione visiva a luce lampeggiante blu) è altresì consentito ai conducenti delle autoambulanze, dei mezzi di soccorso anche per il recupero degli animali o di vigilanza zoofila, nell’espletamento dei servizi urgenti di istituto, individuati con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

imposizione, se non proteggere un (altro) soggetto? E, ancora, la riforma del condominio del 2012 ha previsto il diritto del proprietario di accompagnarsi all'animale di famiglia nella propria abitazione ma anche negli spazi comuni, privilegiando chiaramente la salvaguardia di una relazione tra due soggetti<sup>11</sup>.

Un ampio *set* di norme penalistiche che sanzionano le azioni criminose rivolte contro animali – a partire dalla Legge quadro n. 281/1991 relativa alla tutela degli animali d'affezione contro gli atti di crudeltà oltre alle norme del Codice Penale novellate nel 2004 – dà vita ad un *patchwork* normativo nel quale anche la dottrina specialistica è sovente in bilico nell'individuare la posizione dell'animale come oggetto dell'azione criminosa o come soggetto danneggiato, tanto da proporre in limine soluzioni ibride<sup>12</sup>.

Ulteriore ed importante tassello, nello sgretolamento della figura dell'animale-bene, si ha nella riforma delle norme in tema di lavoro nello sport, approvata con D.Lgs. n. 36/2021, ove si ritrova una disciplina articolata a tutela del benessere degli animali impiegati in attività sportive. Obblighi di tutela, e divieti di sfruttamento, coerenti con il Trattato di Lisbona che identifica l'animale come essere senziente. Come indicato dallo stesso le-

Con il medesimo decreto sono disciplinate le condizioni alle quali il trasporto di un animale in gravi condizioni di salute può essere considerato in stato di necessità, anche se effettuato da privati, nonché la documentazione che deve essere esibita, eventualmente successivamente all'atto di controllo da parte delle autorità di polizia stradale previste all'articolo 12, comma 1”.

Art. 189, comma 9-*bis*: “L'utente della strada, in caso di incidente comunque ricollegabile al suo comportamento, da cui derivi danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti, ha l'obbligo di fermarsi e di porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso agli animali che abbiano subito il danno. Chiunque non ottempera agli obblighi di cui al periodo precedente è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 389 a euro 1.559. Le persone coinvolte in un incidente con danno a uno o più animali d'affezione, da reddito o protetti devono porre in atto ogni misura idonea ad assicurare un tempestivo intervento di soccorso. Chiunque non ottempera all'obbligo di cui al periodo precedente è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 78 a euro”.

<sup>11</sup> Legge n.220 del 11 dicembre 2012, che ha modificato l'articolo 1138 del Codice Civile con l'aggiunta del comma IV per cui “Le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici”.

<sup>12</sup> Cfr. P. MAZZA, *I reati contro il sentimento degli animali*, Padova, 2012 ed ivi ampia bibliografia.

gislatore, si tratta di “una normativa unitaria in termini di tutela dei diritti degli animali impiegati in attività sportive”, che prevede “obblighi per proprietari, conduttori, operatori, istruttori, organizzatori di manifestazioni e competizioni, i quali sono tenuti a preservarne il benessere, in termini di alimentazione, cura della salute e accudimento”. Più in dettaglio, l'intero Titolo IV del D.Lgs. 36/2021 (spec. dall'articolo 19 all'articolo 24), è dedicato alle norme generali per il benessere degli animali, oltre a norme specifiche per lo sport equestre, armonizzando le disposizioni del Ministero della salute e del Ministero delle politiche agricole in una disciplina unitaria riguardante tutti gli animali impiegati in attività sportive. Da un lato, sono previsti i sopra ricordati obblighi per coloro che detengono a qualsiasi titolo un animale impiegato in attività sportive: essi sono tenuti a preservarne il benessere, in termini di alimentazione, cura della salute e accudimento nel rispetto delle sue esigenze etologiche. Dall'altro lato, sono introdotti specifici divieti a metodi di addestramento e di allenamento che possono danneggiare la salute e il benessere psicofisico dell'animale, in quanto essere senziente ai sensi dell'articolo 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. È altresì vietato qualsiasi metodo di coercizione o costrizione e l'utilizzo di mezzi o dispositivi che possano provocare danni alla salute e al benessere psicofisico dell'animale e comunque provocarne sofferenza. Devono essere utilizzati metodi di addestramento che tengono conto delle capacità cognitive e delle modalità di apprendimento degli animali. Ne deriva, in sintesi, un *set* di norme che tendono a configurare l'animale come un “lavoratore” (si potrebbe azzardare ad affermare!), nel momento in cui si prevedono cautele in parte paragonabili a quelle previste per le persone: riposo, rispetto del periodo di gravidanza e post gravidanza, cure. In senso sostanzialmente analogo si muove anche la normativa a suo tempo approvata in tema di attività assistite da animali (“AAA”)<sup>13</sup>, con la quale è stato positivizzato il ruolo della disciplina nell'ambito della medicina a supporto delle terapie tradizionali<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> V. in particolare il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 28 febbraio 2003 (Recepimento dell'accordo recante disposizioni in materia di benessere degli animali da compagnia e *pet therapy*).

<sup>14</sup> Gli Interventi Assistiti con gli Animali (IAA), genericamente indicati con il termine di “*Pet Therapy*”, comprendono una vasta gamma di progetti finalizzati a migliorare la salute e il benessere delle persone con l'ausilio di “*pet*”, ovvero di animali da compagnia. Si veda *amplius* D. CERINI, *Il diritto e gli animali. Note gius-privatistiche*,

E vi potrebbero essere altri e numerosi esempi di norme, adottate anche a livello locale, da aggiungere<sup>15</sup>.

Va, poi, considerato come la *case law* autoctona, in modo sempre più frequente, riferisce di una soggettività animale e degli effetti, in sede di agiudicazione di controversie, di tale soggettività. Si possono citare i casi nei quali si è fatto riferimento all'*affidamento* dell'animale di famiglia in caso di separazione o cessazione della convivenza, anche superando il vincolo proprietario<sup>16</sup>. Parimenti, è stato riconosciuto il diritto di soggetti ricoverati in strutture ospedaliere ed ospizi ad essere visitati dal proprio animale domestico. Numerose sono, inoltre, le decisioni che confermano il diritto al risarcimento del danno morale in caso di perdita dell'animale d'affezione<sup>17</sup>.

Se si ragiona secondo la prospettiva rimediale, vera e propria *antica-mera* dei diritti<sup>18</sup>, e pur condividendo l'idea da taluno denunciata che in molti casi ci si trovi di fronte a "*falsi positivi della soggettività animale*", si comprende che le soluzioni e le formule risarcitorie utilizzate sono

Torino, 2012, in particolare p. 148 ss. Sull'accertamento del benessere degli animali coinvolti cfr. F. CIRULLI; N. FRANCA; E. ALLEVA (a cura di), *Terapie e attività assistite con gli animali in Italia. Attualità, prospettive e proposta di linee guida*, Roma, 2010 (Rapporti ISTISAN 10/4); N. RANCIA; M. BORGHI; B. COLLACCHI; F. CIRULLI (a cura di), *Metodologie per la valutazione dell'idoneità e del benessere animale negli Interventi Assistiti con gli Animali*, Roma, 2019.

<sup>15</sup> Per altri e più analitici esempi si consenta il rinvio a D. CERINI, *Il diritto e gli animali, Note gius-privatistiche*, cit., *passim*.

<sup>16</sup> Si giunge ad affidare l'animale di famiglia a chi, nel contesto domestico, avesse con lui una relazione d'affetto. Si veda ad esempio Trib. di Milano, 13.3.2013: "è lecito che gli ex coniugi stabiliscano le condizioni del mantenimento dell'animale domestico (nella specie, un gatto) e della sua permanenza presso l'abitazione del coniuge dove è collocata la figlia minore dei separati, che se ne prenderà cura sostenendo le relative spese ordinarie. Le spese straordinarie, invece, per il mantenimento dell'animale dovranno essere ripartite in misura pari tra i coniugi e tutto ciò anche [considerando] l'interesse del minore legato al rapporto d'affetto con l'animale"; ancora, Trib. di Varese, Sezione I Civile, sentenza del 7 dicembre 2011: "Esiste un vero e proprio diritto soggettivo all'animale da compagnia, assecondando il desiderio della stessa [la persona anziana] di poter frequentare il proprio cane anche dopo il ricovero in casa di riposo".

<sup>17</sup> Per una rassegna si veda ancora D. CERINI, *op. cit.*, in particolare cap. IV.

<sup>18</sup> Ricorda U. MATTEI, *Il diritto soggettivo*, in Trattato di Diritto civile diretto da R. SACCO, Torino, 2001, p. 107, che i rimedi, come insegna la storia del *common law*, "non sono altro che gli strumenti che il diritto privato offre per tradurre in concreto le scelte compiute a monte dell'allocazione dei diritti. È possibile studiare con metodo rimediale qualsiasi ambito del diritto sostanziale".

decisamente incompatibili con la nozione dell'animale-bene e preludono al riconoscimento di un diritto (dovere di soccorso/diritto ad essere soccorso; dovere del proprietario di garantire il benessere dell'animale/diritto dell'animale al benessere). La stessa terminologia utilizzata (diritto del proprietario ricoverato alla *visita* dell'animale, conservazione del *rapporto di affezione*, *affidamento* e non *assegnazione* dell'animale) confermano la distonia insanabile rispetto alla qualifica di bene che il codice civile assegna a tutti gli animali.

La tassonomia del codice civile che relega l'animale nel perimetro delle *res* è, poi, non solo inadeguata alla luce delle altre norme di legge e di parte del diritto giurisprudenziale sin qui delineato, ma anche in aperto contrasto con la normativa europea, più volte richiamata e vincolante anche per l'Italia, che qualifica l'animale come essere senziente e ne protegge il benessere, seppur nei limiti disegnati dall'art. 13 del TFUE. Nella sua attuale formulazione, tale norma prevede che nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, *l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti*, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale<sup>19</sup>.

Si deve, infatti, concludere che *la qualificazione civilistica dell'animale come bene non è compatibile su di un piano strettamente tecnico-giuridico con la qualità di essere senziente dell'animale descritta nel Trattato UE*, norma senza dubbio prevalente rispetto alle fonti di diritto interno subordinate. *Essere senziente* identifica un soggetto sul piano scientifico, sicché la riconduzione (dell'animale) alla nozione di mero bene non può

<sup>19</sup> Tale norma supera l'accorpamento dell'animale nella dimensione dell'ambiente; gli animali sono qui considerati come individui e non come mera "fauna"; ciascun individuo ha un *diritto al benessere* che si declina in una serie di regole ulteriori, per la cui individuazione si fa normalmente riferimento a criterio biologici ed etologici, riassunti principalmente nel c.d. Rapporto *Brambell* (che elenca le libertà fondamentali da riconoscersi agli animali) e nella Convenzione Europea per i diritti degli animali. Lo stesso Trattato Europeo consegna, peraltro, la consapevolezza di un possibile antagonismo tra diritti dell'animale al benessere, da un lato, e delle popolazioni in relazione ai riti religiosi ed alle tradizioni culturali, facendo prevalere questi ultimi.

conciliarsi con tale definizione scientifica, in quanto i beni sono il trasfuso sul piano giuridico di entità materiali prive di vita, ossia le cose. L'oggetto, nel nostro così come in altri ordinamenti, costituisce il correlato logico-giuridico del soggetto e, come è stato osservato, la categoria dei beni "espressa nel codice civile italiano del 1942 corrisponde ad un grandioso tentativo di erigere una categoria generale che possa costituire il fondamento di tutto il diritto patrimoniale"<sup>20</sup>. Ed è proprio attraverso un riferimento a ciò che può formare oggetto di diritto che la nozione di cosa viene sussunta in quella di bene, a differenza di quanto avviene in area germanica che parla direttamente di cose (*Sachen*). La traslazione alla nozione di bene e, in certo senso, la prevalenza della componente di appropriazione o comunque di utilizzo patrimoniale ha reso dunque meno evidente, nella nostra codificazione, il contrasto tra l'idea dell'animale come mero oggetto di diritto (=cosa) e quello di essere, mentre tale evidenza nel contesto germanico, ma anche in quello francese in tempi più recenti, ha reso più netta l'incoerenza terminologica e sostanziale sottostante: quando la codificazione tedesca o francese dicono, come più sopra ricordato, che gli animali *non* sono cose, in realtà non possono essere contraddette in modo razionale da chi volesse recuperare la precedente formulazione, mentre lo scudo offerto dal Codice Civile italiano grazie al ricorso alla nozione di *bene* – che contiene una mediazione giuridica del fenomenico – ha probabilmente consentito un processo di reazione più lento in cui ancora il nostro legislatore si arrabatta, nonostante anche la civilistica più attenta non manchi di denunciare i limiti ricostruttivi della più classica categoria dei beni<sup>21</sup>.

Tornando al confronto con il diritto europeo, si noterà che l'art.13 del TFUE riafferma del resto un principio già previsto nella Convenzione per la protezione degli animali da compagnia, ratificata dall'Italia nel 2010 con la L. 4.11.2010 n. 201, ove si prevede un vero e proprio diritto soggettivo dell'animale da compagnia alla vita ed al benessere. È vero che secondo alcuni la norma individua una subalternità del dovere di tener conto del benessere animale rispetto ad altri beni, ma anche in tal caso resta il vincolo della valutazione che conduca a sacrificare il benessere animale solo laddove sia impossibile una conciliazione con tali diritti. In

<sup>20</sup> A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. di diritto civile e commerciale*, Milano, 2021, p. 1.

<sup>21</sup> Cfr. ancora A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 34 ss e pp. 59-62 in particolare.

proposito, si veda anche la recente sentenza CGE 17.12.2020 in tema di macellazione rituale, con la quale la Corte di giustizia si è nuovamente pronunciata, per la terza volta in tre anni, su tale delicato argomento, con un preciso cambio di rotta, confermando la legittimità di norme nazionali e regionali che prevedono il c.d. *reversible stunning* (stordimento reversibile) al fine di ridurre la sofferenza dell'animale<sup>22</sup>. Si ricorderà, in proposito, che già il Reg. CE n. 1099/2009 consentiva agli Stati membri di imporre un obbligo di stordimento preliminare all'abbattimento degli animali, applicabile anche nell'ambito di una macellazione prescritta da riti religiosi, purché, tuttavia, nel fare ciò, gli Stati membri rispettassero i diritti fondamentali sanciti dalla Carta. Secondo la Corte l'imposizione dello stordimento reversibile anche in caso di macellazioni rituali è conforme al Trattato proprio perché persegue un "obiettivo di interesse generale riconosciuto dall'Unione, quale la promozione del benessere degli animali", obiettivo che deve essere tutelato nella misura in cui le norme a suo presidio risultino proporzionate. Come è stato osservato, si tratta di un passo importante nella fissazione del bilanciamento *in concreto* di valori come previsto dallo stesso art. 13 del TFUE<sup>23</sup>.

Le incrinature all'idea dell'animale-bene sono vistose anche se si osservano i diritti nazionali di altri Paesi e sono via via emerse da un dibattito sociale e culturale, organizzato anche attraverso movimenti associativi, sin dalla seconda metà del XX secolo. In alcuni Stati si è giunti a modificare i codici civili attraverso un processo di *dereificazione* dell'animale. Se si limita l'indagine all'Europa, si devono menzionare innanzitutto gli interventi novativi sui codici dell'area germanica che, a partire dalla fine

<sup>22</sup> ECJ, causa C-336/19, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België et al. vs Vlaamse Regering*, Sentenza 17.12.20. Per una collocazione nelle dinamiche europee si vedano anche le riflessioni di M. TALLACCHINI, *Gli animali nella "società europea della conoscenza": contraddizioni e prospettive*, *Animal Studies*, 2015, pp. 9-30. Più in generale, per alcuni commenti, di diverso tenore, sul tema si rinvia a F. MARCHADIER, *L'abattage, le bien-être de l'animal et la labellisation «agriculture biologique»*, in D. 2019, 805, p. 807; A. PETERS, *L'abattage religieux et le bien-être animal revisités*, *Cahiers de droit européen*, 2020, p. 128.

<sup>23</sup> Così E. LAMARQUE, *All'incrocio tra diritto al cibo e benessere animale: il nuovo Sistema di Qualità Nazionale Benessere Animale (SQNBA)*, paper presentato all'incontro *One Health: riflessioni tra il diritto al cibo e i diritti degli animali*, all'interno del ciclo *Animal Law Seminars 2021* dell'Osservatorio di diritto degli animali dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, 29 aprile 2021.

degli anni Ottanta del XX Secolo, hanno identificato l'animale come entità diversa dai beni, con applicazione delle norme dedicate alle cose solo ove compatibili: nel 1988, l'ABGB austriaco fu il primo codice europeo a procedere in tale direzione. Fece seguito, con formula sostanzialmente analoga, il BGB tedesco (1990), il cui §90 ("Tiere") denuncia che "*Tiere sind keine Sachen. Sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Auf sie sind die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist*"; e così ancora il Codice svizzero. L'ancoraggio normativo ai testi costituzionali che si accompagna a tali evoluzioni è evidente quantomeno per Svizzera e Germania<sup>24</sup>. Ancor più di recente si ricorderà l'introduzione di un inedito art. 515-14 nel *Code Civil* francese (2015), con il quale è riconosciuta la natura di essere senzienti di tutti gli animali: "*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité*", sebbene si chiarisca subito che "*Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens corporels*". La scelta francese di lasciare alla successiva legislazione l'individuazione di norme *ad hoc* (oltre a quelle già esistenti) relative agli animali così come il silenzio sull'eventuale individuazione di un nuovo *status* giuridico è stata ben accolta dai più "conservatori", rassegnatisi di fronte alla necessaria modernizzazione del Codice ed all'esigenza di una "*harmonisation des sources*"<sup>25</sup>; altri interpreti e commentatori, pur denunciando l'eccessiva

<sup>24</sup> Nella Costituzione della Confederazione Elvetica l'art. 80 è dedicato alla *Protezione degli animali*: il legislatore ha in tal modo isolato la loro posizione rispetto al tema più generale dell'ambiente e, soprattutto, nel dire che la Confederazione emana prescrizioni sulla protezione degli animali sembra riconoscere implicitamente il diritto/interesse dell'uno (animale) ed il dovere dell'altro (stato/uomo) a proteggere. La norma prende, infatti, in considerazione diversi profili del rapporto uomo-animale: non solo quello relazionale-affettivo, ma anche quelli relativi all'utilizzo di animali per attività lucrative e di ricerca. La Germania fu prima tra i Paesi membri dell'Unione Europea a prevedere nella propria Costituzione la tutela dell'animale in quanto tale. Seguendo l'impronta di quanto affermato nella Costituzione svizzera ed in linea di continuità con le leggi interne, la *Grundgesetz* stabilisce che lo Stato deve tutelare le condizioni vitali della specie umana e degli altri animali. L'attuale testo dell'art. 20a recita: *Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen: Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.*

<sup>25</sup> Si pensi al *Code Rural et de la Pêche* che definisce da tempo come *êtres sentients* gli animali selvatici e dall'allevamento. La giurisprudenza non ha mancato, dal canto

prudenza del legislatore, hanno comunque posto in luce la vera e propria rivoluzione culturale che si schiude nella formula dell'art. 515-14, confidando nel fatto che l'affermazione di *essere* senziente dell'animale abbia quale inevitabile epilogo il riconoscimento della soggettività piena: non dunque mera volontà "estrattrice" dell'animale dalla categoria dei beni ma espressione *in nuce* del suo essere soggetto al quale l'ordinamento deve garantire diritti<sup>26</sup>.

La Spagna, a sua volta, si accinge ad approvare in via definitiva una più ambiziosa riforma del *Código Civil* che, definendo l'animale come "essere senziente", si accompagna all'introduzione di una serie di norme più compatibili con tale natura<sup>27</sup>.

suo, di parlare degli animali come esseri senzienti dotati di individualità. Si veda ad esempio *Cass. Ière Civ.*, 9 déc. 2015, n° 14-25.910: *Un éleveur professionnel avait vendu un bichon à un particulier, qui s'était aperçu que l'animal avait une cataracte héréditaire lui causant d'importants troubles de la vision. Assigné en réparation pour délivrance non conforme et en paiement des frais vétérinaires à prévoir, le vendeur invoquait à son profit les dispositions de l'article L. 211-9 du Code de la consommation pour tenter d'imposer à l'acheteur déçu le remplacement du bien. Le tribunal d'instance a écarté ce moyen de défense aux motifs qu'un chien de compagnie, n'ayant aucune vocation économique, était unique et comme tel irremplaçable. Dans son pourvoi, le vendeur professionnel reproche notamment aux juges d'avoir statué par des considérations générales qui aboutissaient à exclure les ventes d'animaux domestiques du champ des articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation. La Cour rejette son pourvoi attendu qu'ayant relevé que le chien en cause était un être vivant, unique et irremplaçable, et un animal de compagnie destiné à recevoir l'affection de son maître, sans aucune vocation économique, le tribunal, qui a ainsi fait ressortir l'attachement de Mme Y... pour son chien, en a exactement déduit que son remplacement était impossible, au sens de l'article L. 211-9 du Code de la consommation.*

<sup>26</sup> Comunque la si veda, le ricadute sono importanti. In primo luogo, il rinvio alla disciplina dei beni è ormai sottoposto al vaglio di compatibilità con la natura fisica ed intellettuale dell'animale. Inoltre, il riconoscimento della qualità di essere senziente dell'animale anche nella codificazione civile ridisegna a ricaduta il quadro tassonomico, offrendo l'intelaiatura per l'adozione di nuove norme che la timidezza del legislatore del 2015 ha espunto rispetto alle prime versioni dei progetti di legge presentati. Ne è prova il fatto che numerose sono oggi le proposte di legge, alcune in dirittura d'arrivo, volte a riscrivere molte regole applicabili agli animali in ragione della loro specialità; un catalogo degli attuali itinerari normativi in materia si può trovare presso la rete interconnessa.

<sup>27</sup> Si veda la *Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales* (doc. 122/000134 del 27 marzo 2018): "Esta reforma se hace precisa no sólo para adecuar el Código Civil

Va anche dato conto del progetto di legge ora in discussione nel Regno Unito che si inserisce nel quadro delle azioni previste dall'*Action Plan for Animal Welfare 2021*<sup>28</sup>. Il programma di interventi divisati è, evidentemente, in risposta all'*Action Plan* europeo sul benessere animale 2021-2025. Senza dubbio degno di particolare attenzione è la previsione con cui per la prima volta nel *common law country* d'Oltremarica si individua l'animale come essere senziente: “*At the heart of our reform programme is our commitment to recognise in law the sentience of animals. The UK has consistently led the way on sentience; indeed, the UK was one of the key members that lobbied for the recognition of animal sentience in Article 13 of the Lisbon Treaty in 2009. The UK's Animal Welfare Act (2006) recognised in law that animals can feel pain and suffering, and now we have left the EU and the transition period has finished, we can go further. Explicitly recognizing and enshrining animals as sentient beings in law will be at the very heart of central government decision making going forward*” (Action Plan, p. 8). Il programma prevede, inoltre, una serie di interventi normativi diretti ad innalzare il livello di tutela degli animali in numerose situazioni (ad esempio nell'allevamento); è altresì previsto un inasprimento delle sanzioni penali in caso di maltrattamento di animali, con specifiche semplificazioni anche in ordine alla denuncia.

Come si è visto da questa rapida rassegna, le tecniche legislative utilizzate sono state, dunque, di due tipi: (a) negazione dell'equiparazione animale=cosa (codici civili austriaco, tedesco e svizzero); (b) riconoscimento in positivo dell'animale=essere senziente, soluzione quest'ultima condivisa dall'art.13 del TFUE. L'esito parzialmente ossimorico di tutte tali soluzioni, mai davvero chiare nell'indicare che l'animale è soggetto di

*a la verdadera naturaleza de los animales, sino también a la naturaleza de las relaciones, particularmente las de convivencia, que se establecen entre estos y los seres humanos. En base a lo anterior, se introducen en las normas relativas a las crisis matrimoniales preceptos destinados a concretar el régimen de custodia de los animales de compañía, cuestión que ya ha sido objeto de controversia en nuestros tribunales. Para ello, además de definir el propio concepto de animal de compañía, se contempla el pacto sobre los animales domésticos, y se sientan los criterios sobre los que el juez debe tomar la decisión de a quién entregar el cuidado del animal, atendiendo a su bienestar. Así mismo, se incorporan disposiciones en materia de sucesiones, relativas al destino de los animales en caso de fallecimiento de su propietario”.*

<sup>28</sup> Cfr. Il document *Our action plan for animal welfare*, rilasciato dal *Department for Environmental Food and Rural Affairs*, 2021.

diritto dotato di capacità giuridica, resta comunque evidente: l'animale non è dichiarato espressamente come soggetto titolare di diritti, eppure non è cosa ma "essere" vivente e senziente. Tuttavia, nel diritto, ma anche nel mondo della realtà fenomenica e nella biologia, *tertium non datur*.

Tutto ciò sembra supportare la necessità di un riconoscimento della soggettività animale in forma più decisa ed inequivoca. Peraltro, il riconoscimento e l'affermazione della qualità di essere senziente dell'animale non si traduce automaticamente, sul piano giuridico, nell'attribuzione dello *status* di soggetto di diritto con capacità giuridica piena ed equiparabile a quella umana<sup>29</sup>. Dall'attribuzione della qualificazione di soggetto di diritto dipende sì l'attitudine ad essere titolare di diritti ed obblighi, ma i soggetti di diritto con capacità giuridica non hanno sempre gli stessi diritti (ed obblighi): ad esempio, è evidente che i diritti della persona giuridica non sono gli stessi diritti della persona fisica. Pertanto, anche il riconoscimento dell'animale come soggetto di diritto dovrà e potrà passare attraverso una selezione e una graduazione di diritti. Ciò che avviene e potrà continuare ad avvenire anche in tema di sperimentazione e delle condizioni che la legittimano.

### 3. *Il quadro normativo in tema di sperimentazione*

Occorre, innanzitutto, ribadire che la sentenza in commento attiene ad un caso di sperimentazione particolarmente invasiva, seppur non qualificabile come vivisezione. La specifica è importante in quanto nel linguaggio scientifico e giuridico si parla di sperimentazione su animali (vivi) per indicare l'insieme delle ricerche e degli esperimenti in ambito

<sup>29</sup> R. CATERINA, *Persone fisiche*, III ed., Torino, 2019, p. 29: "Nel nostro ordinamento, qualunque persona fisica acquista, al momento della nascita, la capacità giuridica (art. 1 c.c.): con "capacità giuridica" si intende l'attitudine a essere titolari di diritti e doveri. Gli enti che hanno capacità giuridica sono qualificati come soggetti di diritto, o soggetti giuridici (sono soggetti di diritto coloro che possono essere titolari di diritti o di doveri); la nozione di capacità giuridica viene dunque abitualmente fatta coincidere con quella di soggettività giuridica"; M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in AA.VV., *Il soggetto di diritto storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, a cura di F. BILOTTA; F. RAIMONDI, Napoli, 2020, p.47 ss.; nello stesso volume cfr. C. MURGO, *Animals rights or animals defense? Condizione giuridica degli animali e misure possibili d'intervento*, p. 179 ss.

medico, clinico e psicologico condotti con l'ausilio di modelli animali. All'interno della sperimentazione animale trova spazio la vivisezione, la quale individua un sottoinsieme di esperimenti su animali vivi realizzati attraverso dissezionamento, pratica ormai sostituita nella maggior parte dei casi<sup>30</sup>. Ciò non toglie che ogni forma di sperimentazione si ponga in via *genetica* del tutto in contrasto con il fine di tutela del benessere degli animali, in quanto non vi sono dubbi sul fatto che per realizzarla è necessario procedere ad un confinamento dell'animale e alla compromissione, più o meno drastica, del suo benessere; ciò avviene senza ombra di dubbio per progetti di ricerca come *Light Up* che provocano danni permanenti e sofferenza psico-fisica ad animali sani, determinandone una disabilità irreversibile.

L'evidenza scientifica ed etologica del fatto che la sperimentazione provochi sofferenza ad esseri viventi e senzienti<sup>31</sup>, tuttavia, non ha esclu-

<sup>30</sup> La locuzione “sperimentazione animale” è pertanto l'insieme più ampio a cui ci si deve riferire quando non vi sia un diretto impiego di animali vivi oggetto di dissezionamento. L'utilizzo della parola vivisezione, del resto, ha assunto una accezione del tutto dispregiativa tanto da essere riconosciuta come diffamatoria se utilizzata in assenza di tale pratica. In questo senso Cass., n. 14694 del 19/07/2016; sulla nozione di sperimentazione cfr. G. PELAGATTI, *Profili giuridici della sperimentazione animale*, in *dirittifondamenti.it*, 1/2018, p. 1 ss.

<sup>31</sup> Le statistiche sulle percentuali di animali che realmente proverebbero sofferenza, o sul grado di sofferenza, appaiono sovente in contrasto le une con le altre e risentono senza dubbio di approcci di analisi diversi, taluni più istituzionalizzati (la sofferenza si ha solo con riferimento alla provocazione di dolore fisico o al mancato lenimento del dolore fisico, anche laddove artificialmente provocato nell'animale – cfr. in questo senso G. RIZZOLATTI, *La sperimentazione animale: un dibattito privo di senso?*, in *Biolaw*, 2021, p. 10, ed ivi un richiamo, peraltro non meglio precisato, ai dati di AMA, *American Medical Association*, secondo cui il 94% degli animali oggetto di sperimentazione non subirebbe sofferenze, presumibilmente fisiche) oppure più orientati alle caratteristiche fisiche ed etologiche degli animali tali da tenere inconsiderazione anche gli impatti psicologici della sperimentazione (v. D.M. BROOM; K.G. JOHNSON, *Stress and animal welfare*, II ed., 2019, London). Dati più precisi in tema di rispetto del benessere animale o della sua valutazione nelle procedure sperimentali non sono desumibili nemmeno dalle pubblicazioni ministeriali, tenuto conto che ai sensi dell'art. 39, comma 3 del d.lgs. 26/2014 il Ministero “raccolge e pubblica, con cadenza annuale, le informazioni statistiche sull'uso degli animali nelle procedure, comprese le informazioni sull'effettiva gravità delle procedure e sull'origine e sulle specie di primati non umani utilizzati nelle procedure sulla base di quanto comunicato entro il 31 marzo di ogni anno dagli utilizzatori di cui all'articolo 3, comma 1, lettera f)”. Resta il fatto che una larga parte degli animali da sperimentazione sia oggetto di trattamenti volti a provocare lesioni

so sino ad oggi che l'ordinamento abbia trovato uno spazio di legittimità per la lesione del benessere animale sulla base, ancora una volta, di quel bilanciamento di interessi voluto dal legislatore e che traduce le regole della democrazia volute dalla società, della quale incorpora i valori e le mediazioni etiche: e, rispetto alla sperimentazione, non vi è certo uniformità di vedute sulla volontà di abolirla, ritenendola sovente un “male necessario” – vuoi per carenza di informazioni o per mancanza di visioni univoche da parte della scienza medica – anche da parte di coloro che rifuggono altre forme di violenza sugli animali. Il che, inevitabilmente, esprime una scelta solo laddove presidiata da una corretta capacità di essere informati, da un lato, e di informarsi, dall'altro, nell'irrinunciabile alternativa tra *liability* (dovere di chi ha l'informazione di renderla nota ed intellegibile) e *responsibility* (assunzione di responsabilità individuale)<sup>32</sup>.

Il tema del se e quanto la sperimentazione sia utile a migliorare la salute umana, dunque, non è argomento che l'ordinamento pone in discussione in quanto lo riceve, con risposta positiva, dalla (*rectius*: da una parte della) comunità scientifica che si è deciso, nella discrezionalità del procedimento legislativo democratico (in Italia e in Europa), di sposare, anche a prescindere, e superando, la discussione morale in merito all'utilizzabilità degli animali nella ricerca senza il loro consenso (evidentemente), e a loro discapito. Scelte simili, se non molto più “tragiche”, sono state del resto fatte anche con riferimento a settori molto meno “necessitati” quali abbigliamento, produzione alimentare, anche e ogniqualvolta vi sia possibilità di alternative.

Resta il fatto che la sperimentazione, come altre forme di degradazione o riduzione del benessere e della vita dell'animale, è però legittima non perché non provochi sofferenza (o solo quando non provochi so-

o patologie in modo artificiale, piuttosto che a studiare patologie di origine naturale già esistenti nell'animale, oltre alla inevitabile costrizione psicofisica ed appare dunque difficile comprendere su quali presupposti si basi la valutazione di assenza di dolore o di rispetto del benessere dell'animale.

<sup>32</sup> Cfr. S. POLLO, *Manifesto per un animalismo democratico*, Roma, 2021, p. 78: “L'eliminazione totale della sperimentazione è un obiettivo molto più condiviso di quanto spesso la percezione comune tenda a credere. La questione, tuttavia, è se l'animalismo democratico possa aderire all'auspicio di poter fare a meno della ricerca su animali solo quando ciò sarà scientificamente possibile e non debba operare per abolire quanto prima e a ogni costo la sperimentazione animale”.

ferenza) all'animale, ma in quanto l'ordinamento ne inserisce la legittimità in un perimetro normativo *ad hoc* tale da escluderne, nel rispetto dei detti vincoli normativi, lo schermo offerto alla sanzione penale che censura maltrattamento e uccisione di animali. La ricerca, del resto e paradossalmente, è il settore nel quale l'animale appare più tutelato contro maltrattamenti e comportamenti altrimenti criminali, tollerati con numeri assai più alti e con circostanze molto meno controllate e controllabili rispetto a quelle entro le quali si svolge la sperimentazione su animali (basti pensare alle sacche di illegittimità entro cui si muovono e perseverano gli allevamenti intensivi): in altri termini, la normativa (sia europea che nazionale) ha teso progressivamente a ridurre gli spazi consentiti per la ricerca su animali vivi, con un *trend* di tutela che appare sicuramente maggiore rispetto a quanto non vi sia in altri settori, quali l'allevamento a fini alimentari, che producono nel complesso molta più sofferenza agli animali in termini sostanziali e numerici. Probabilmente, l'attenzione del legislatore alla tutela degli animali destinati alla sperimentazione si giustifica anche in funzione della risonanza di tali processi ed alla percezione della società che anche per motivazioni storiche e di tradizione sembra ancora giustificare in modo massivo lo sfruttamento degli animali da allevamento.

Se si ricostruisce la normativa in tema di sperimentazione, infatti, si noterà come essa sia senza dubbio poco soddisfacente nella prospettiva della tutela degli animali, ma comunque in progressiva evoluzione.

La normativa italiana, in particolare, restò a lungo circoscritta ad una legge del 1931 con la quale la sperimentazione su animali era individuata come possibile con lo scopo di promuovere il progresso della biologia e della medicina sperimentale<sup>33</sup>. Un cambio di rotta si ebbe con il D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 116 in attuazione della Direttiva n. 86/609/CEE in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o altri fini scientifici. Si trattava del primo momento in cui, normando, si volle porre una cornice entro la quale consentire la sperimentazione su animali, sino ad allora di fatto libera e senza regole. Fondamentale la previsione dell'art. 4 che individuava già il principio secondo cui gli esperimenti su

<sup>33</sup> L. 12 giugno 1931, n. 924, *Modificazione delle disposizioni che disciplinano la materia della vivisezione sugli animali vertebrati a sangue caldo (mammiferi ed uccelli)*, in G.U. 6 agosto 1931, n. 180, e così l'art. 1 del provvedimento.

animali sono possibili “solo quando, per ottenere il risultato ricercato, non sia possibile utilizzare altro metodo alternativo scientificamente valido, ragionevolmente e praticamente applicabile che non implichi l’impiego di animali”. Peraltro, a fronte di tale enunciato di obiettivo, la realtà vedeva una sostanziale libertà di azione da parte della ricerca, poiché la procedura prevedeva un modello autorizzatorio fondato sul silenzio assenso, che si traduceva nei fatti nel sistematico ostracismo da parte del Ministero della salute. La strada era, dunque, aperta a qualunque forma di esperimento, su qualunque animale, in campo clinico-didattico o di ricerca, con o senza anestesia e con un qualunque grado di sofferenza inferta<sup>34</sup>. D’altro canto, allo stesso tempo il modello del silenzio assenso per l’avvio della sperimentazione esponeva gli stessi ricercatori – in caso accertamenti *ex post* – a rischi di valutazione in chiave di reato delle attività svolte (esito peraltro statisticamente del tutto irrilevante, come dimostrano i dati disponibili)<sup>35</sup>.

Si è giunti così all’approvazione del D.Lgs. 4 marzo 2014 n. 26, di attuazione della Direttiva 2010/63/UE sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici. La normativa di recepimento introduce novità rilevanti rispetto alle modalità di autorizzazione alla sperimentazione su animali vivi. Innanzitutto, si conferma il carattere derogatorio di tale disciplina rispetto alla presenza di fattispecie di reato che incriminerebbero comportamenti diretti a infliggere sofferenza psicologica agli animali, tali da integrare maltrattamento o uccisione. Ciò determina l’individuazione di rigorosi limiti, tra cui in particolare quelli previsti dall’art. 2, comma 2: “Non possono essere autorizzate le procedure: a) per la produzione e il controllo di materiale bellico; b) per i test tossicologici con i protocolli della Lethal Dose – LD50 e della Lethal Concentration – LC50, tranne i casi in cui risulti obbligatorio da legislazioni o farmacopee nazionali o internazionali; c) per la produzione di anticorpi monoclonali tramite l’induzione dell’ascite, qualora esistano corrispondenti altri metodi di produzione e non risulti obbligatorio da legislazioni o farmacopee nazionali

<sup>34</sup> Cfr. M. KUAN, *La normativa sulla sperimentazione animale*, in S. CASTIGLIONE; L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Trattato di biodiritto. La questione animale*, Milano, 2012, p. 494.

<sup>35</sup> Ovviamente in quel periodo il rischio maggiore era che l’attività si svolgesse, in definitiva, senza controllo alcuno ed affidandosi esclusivamente alla discrezionalità dei ricercatori coinvolti. Cfr. ancora il contributo di M. KUAN, *supra*, ed ivi riferimenti.

o internazionali; d) per le ricerche sugli xenotrapianti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera q); e) per le ricerche sulle sostanze d'abuso; f) nel corso delle esercitazioni didattiche svolte nelle scuole primarie, secondarie e nei corsi universitari, ad eccezione della formazione universitaria in medicina veterinaria nonché dell'alta formazione universitaria dei medici e dei medici veterinari”.

La normativa, inoltre, rende vincolante il già citato principio delle “3R” che individua i tre limiti metodologici chiave che devono essere rispettati ogniquale volta si debba dar luogo ad una sperimentazione su animali: *Replacement, Reduction and Refinement*. Tali concetti, elaborati da William Russel e Rex Burch già nel 1959 ed espressi in un'opera rivolta innanzitutto alla comunità scientifica dei ricercatori (*The Principles of Humane Experimental Technique*)<sup>36</sup>, sono stati elevati a vincoli giuridici dalla Dir. 2010/63/UE sino a rappresentare oggi l'impalcatura attorno alla quale deve costruirsi la legittimità della sperimentazione su animali vivi. Si ricorderà ancora una volta ed in termini più completi come con il termine (*Replacement*) si individua una scelta di metodo, che limita la libertà di autonomia del ricercatore, tenuto a verificare sempre e in via analitica la possibilità di sostituzione dell'animale vivo con metodologie alternative; *Reduction*, a sua volta, individua il dovere di riduzione, ossia di limitare al minimo il numero di animali utilizzati nella sperimentazione, tale comunque da ottenere una quantità di dati statisticamente significativa; *Refinement* fissa il dovere di raffinare le condizioni sperimentali, anche confrontando ed esaminando ricerche già svolte, sino a ridurre al massimo la sofferenza provocata all'animale, tenendo conto che si opera su essere senzienti e vivi<sup>37</sup>. Di particolare rilievo appare, in tale ambito, il criterio di *replacement*, che non è rimesso solo alla competenza del ricercatore, come gli altri principi, ma implica un vero e proprio dovere dello

<sup>36</sup> M.S. RUSSELL, R.L. BURCH, *The principles of Human Experimental Technique*, London, 1959. Si vedano inoltre più ampiamente le attività e le risorse messe a disposizione dal Centro Interuniversitario per la Promozione dei Principi delle 3R nella Didattica e nella Ricerca, costituito mediante un consorzio universitario nel dicembre 2017 con lo scopo di promuovere i citati principi: <[www.centro3r.it](http://www.centro3r.it)>. Per valutazioni di ordine scientifico su sperimentazione animale e vivisezione cfr. S. CAGNO *Antivivisezionismo scientifico*, in S. CASTIGLIONE; L. LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *Trattato di biodiritto. La questione animale*, Milano, 2012, p. 219 ss. ed ivi ampia bibliografia.

<sup>37</sup> Si veda su questi temi per un dialogo a più voci C. CAMPANARO; M. V. FERRONI (a cura di), *Metodi alternativi alla sperimentazione*, Torino, 2017.

Stato, attraverso i suoi strumenti ed incentivi anche finanziari, a coadiuvare la transizione. Ciò dovrebbe condurre a ridurre progressivamente, sino ad eliminarlo ove possibile e indipendentemente da una valutazione di costi, l'impiego di animali vivi valorizzando soluzioni che si avvalgano di metodi alternativi, ormai ampiamente resi disponibili dal progresso scientifico e tecnologico. Il che implica che tale preferenza non deve soccombere per ragioni pragmatiche ovvero economiche ma solo laddove non vi sia un'alternativa possibile a fronte di una essenzialità del risultato della ricerca. A questo proposito, lo stesso art. 37 del D.Lgs., 4 marzo 2014, n. 26 stabilisce che il Ministero della Salute è chiamato a promuovere lo sviluppo e la ricerca di approcci alternativi, che non prevedono l'uso di animali o utilizzano un minor numero di animali o che comportano procedure meno dolorose, nonché la formazione e aggiornamento per gli operatori degli stabilimenti autorizzati.

Tale vincolo allo Stato ed ai ricercatori non può, del resto, che interpretarsi in ottica ampia ed evolutiva, tenuto conto che parlando di sperimentazione preservare il benessere dell'animale è un falso scientifico e declamatorio, tanto che la normativa richiede che esso sia sacrificato "*il meno possibile*", essendo ovvia la compressione di tale benessere per ogni ricerca che non si limiti all'osservazione in natura dell'animale. In altri termini, sarebbe ipocrita ritenere che le norme richiamate consentano di conciliare benessere e ricerca. Occorre piuttosto dire che, posta la volontà del legislatore di riconoscere la legittimità della ricerca condotta su animali vivi, questa deve necessariamente svolgersi all'interno dei parametri individuati, che sono tesi non a salvaguardare il benessere, irrimediabilmente leso, dell'animale, quanto piuttosto a limitarne la privazione e la compressione. È solo riconoscendo tale scelta di campo del legislatore, italiano ed europeo – scelta peraltro dotata di un portato democratico, per coloro che la sostengono – che si comprendono meglio le norme sulla sperimentazione animale, la quale si costruisce dunque attorno ad un procedimento di legittimazione "in deroga" al dovere di rispettare il benessere degli animali come esseri senzienti e, come tale, da attuarsi rigidamente e rigorosamente nel rispetto dei limiti descritti da legislatore<sup>38</sup>. In altri termini, poiché, dunque, come visto ogni sperimentazione determina sofferenza (psichica o fisica) per gli animali coinvolti,

<sup>38</sup> S. POLLO, *Manifesto per un animalismo democratico*, Roma, 2021, p. 77 ss.

la costruzione del quadro di legittimità dell'attività di sperimentazione rappresenta un parametro imprescindibile. La normativa sulla sperimentazione delinea l'ambito di scriminanti per la legittimità dell'uso di animali e la loro sottoposizione a trattamenti che darebbero altrimenti luogo, inevitabilmente, ai reati di maltrattamento e uccisione sanzionati dal codice penale. La normativa, dunque, va letta nella sua dimensione di eccezione ad una regola generale che impone, invece, il rispetto del benessere degli animali e, laddove possibile, la salvaguardia della loro vita.

La prospettiva entro la quale collocare la sentenza resta comunque quella per la quale è un dovere procedere con la ricerca di metodi alternativi alla sperimentazione su animali vivi, promuovendo procedure per ridurre o sostituire l'uso di animali, o comunque limitarne od eliminarne le sofferenze laddove sia strettamente necessario procedere. La sentenza conferma la cruciale rilevanza del rispetto delle c.d. "3R", ma non solo: letta insieme all'ordinanza CdS n.230/2020 già citata, la decisione appare fondamentale nel ribadire che si tratta di bilanciare il diritto/dovere della ricerca scientifica in rapporto ad un altro interesse anch'esso presidiato da tutela normativa nazionale ed europea e cioè il benessere animale. La prevalenza dell'interesse alla ricerca – ma lo stesso si potrebbe dire per altri interessi – non può mai essere data per scontata o presunta proprio in ragione della presenza di un altro interesse presidiato sul piano normativo, quello del rispetto del benessere degli animali, che viene inevitabilmente leso.

#### 4. *Conclusioni: l'esigenza di bilanciare il diritto alla ricerca e il benessere degli animali*

È in questo quadro che immediatamente rivela i suoi fianchi conflittuali che la sentenza in esame potrebbe contribuire a fare un po' di chiarezza.

Traspare, infatti, in modo inedito rispetto alla discrezione tipica del giudice amministrativo rispetto ai temi più sensibili, la consapevolezza di un contrasto intrinseco tra le esigenze della ricerca e dell'evoluzione scientifica, a servizio della vita e della salute umana, da un lato, e l'esigenza di proteggere il benessere degli animali che comunque, a fronte delle norme legittimanti, siano inseriti in un processo di sperimentazione che

provoca loro inevitabili danni e sofferenze. La sentenza conferma inoltre la necessità che il bilanciamento di interessi *non sia ridotto ad un passaggio teorico e formale e con esiti già predefiniti*, ma resti sempre attuale e concreto proprio perché si parla della posizione di animali, dunque di esseri senzienti, individui, che di volta in volta soffrono e debbono essere tutelati: “Vale infatti rammentare che la sperimentazione è effettuata con primati vivi, senzienti, ai quali è indotta la cecità, con indubbia sofferenza. Pertanto, se è vero che è stata dimostrata la necessità di tale sperimentazione per la messa a punto di protocolli per la riabilitazione della cecità corticale nell’uomo, nondimeno tale sperimentazione non può non essere condotta nel pieno rispetto delle cavie utilizzate, esseri dotati di particolare sensibilità neurologica, ancora di più considerando la tutela rafforzata dalla speciale protezione accordata ai primati non umani. In altri termini, se per la ricerca scientifica – che, come chiarito nell’ordinanza della terza Sezione n. 5914 del 9 ottobre 2020, costituisce ‘valore come tale universale e in generale non suscettibile di compressione’ – è necessario sacrificare animali dotati di elevata sensibilità fisica e, dunque, alta percezione del dolore, è doveroso e imprescindibile condurre gli esperimenti assicurando di infliggere alle cavie la minore sofferenza possibile. Solo con tale impegno, che deve essere posto a presupposto dell’inizio dell’attività, è possibile accettare il sacrificio di animali, esseri senzienti” (cfr. p. 24 s.).

La sentenza indica chiaramente che i due interessi – ossia quello del benessere degli animali in quanto esseri senzienti e quello della ricerca scientifica – assumano entrambi carattere di priorità se non di equi-ordinazione. E da ciò secondo i giudici occorre valutare di volta in volta quale riceverebbe il danno più grave e irreparabile (cfr. ordinanza del CdS in sede giurisdizionale (Sezione Terza) pubblicata il 9.10.2020 p. 5<sup>39</sup>).

Il sacrificio del benessere dell’animale deve essere sempre un’eccezione e dunque deve soccombere rispetto ad altri interessi minori, anche quelli economici (nel caso di specie, il rischio di perdere eventuali fondi di ricerca già erogati).

<sup>39</sup> Si ricorderà ancora come già nel procedimento cautelare si era osservato che le esigenze della ricerca, pur protette, non possono portare a negligere il rispetto delle garanzie che la legge fissa per l’esercizio della sperimentazione. Da qui deriva e si rafforza l’obbligo di valutare ogni volta la necessità della sperimentazione ed il rispetto delle regole delle “3R”.

In attesa di un inquadramento giuridico più coerente con la senzietà dell'animale e la sua alterità dalle cose (e dunque anche dai beni), che comunque non cambierà la possibilità per il legislatore di introdurre limitazioni ai diritti del "soggetto" non umano, la sentenza sembra segnare un passo importante, anche per l'attenzione che ha richiamato sulla posizione degli animali in un momento tanto delicato sul piano giuridico come quello attuale, in cui si discute di importanti futuri cambiamenti sia a livello di normativa costituzionale che di normativa civilistica. L'auspicio è che, muovendo dall'attenzione (anche mediatica) per la vicenda dei macachi, vi sia spazio per una riflessione più generale sulla condizione dei molti milioni di animali che quotidianamente, e con assai meno clamore, continuano ad essere oggetto di sfruttamento e privazione del benessere in ambito di processi di allevamento specialmente a fini alimentari.

*Abstract**Animal rights – 3R – Test on animals legislation*

*The article offers a comment on a recent judgment of the Highest Administrative Court concerning tests on living animals. This is the chance for a wider analysis of the position of animals and their legal status in the Italian system and in the EU Treaty, also in the light of the discussions for an amendment of the Italian Constitution, with the mention of provision animals, and the Civil Code. The paper also addresses the issue of the limits of the legitimacy of experimentation on animals.*

Italia, Consiglio di Stato, Sezione terza, sentenza 8 febbraio 2021, n. 1186, Pres. Frattini, Est. Ferrari, *L. A. V. Lega Antivivisezione ente morale Onlus c. Ministero della Salute, Università degli Studi di Parma e Università degli Studi di Torino*

Il Consiglio di Stato ha pronunciato la presente sentenza (...)

1. Come esposto in narrativa, la L.A.E. Onlus ha impugnato dinanzi al Tar Lazio l'autorizzazione del progetto di ricerca "Meccanismi anatomico-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale", rilasciata dal Ministero della Salute.

Al fine di chiarire le questioni sottese alla vicenda contenziosa giova premettere che gli esperimenti oggetto dell'autorizzazione rientrano - come è dato evincere dalla presentazione del progetto stesso - nel più ampio contesto di un progetto di ricerca traslazionale quinquennale, finanziato dallo European Research Council - Consolidator Grant 2017, che comprende anche una linea di ricerca su pazienti umani con lesioni alla corteccia visiva primaria. Per la sperimentazione è previsto l'impiego di sei animali (Macaca mulatta), di cui quattro destinati ad essere sottoposti a tutte le fasi della sperimentazione e due, invece, tenuti come "riserva". Dei quattro animali sottoposti a tutte le fasi della sperimentazione, dopo la fase di addestramento e successiva ablazione omolaterale di VI, due saranno sottoposti a neurostimolazione diretta e due a stimolazione magnetica transcranica (TMS), con obiettivo ultimo di individuare e valutare un protocollo riabilitativo traslabile nell'uomo.

Il fine sotteso al progetto - che ha la durata di sessanta mesi - è di for-

nire una risposta al quesito di come si possa rendere consapevoli abilità visive residue rese inconsce dalla lesione della corteccia visiva primaria; è, in altri termini, la ricerca sulla possibilità di recuperare la funzione visiva nella forma della cecità corticale al fine di migliorare la qualità di vita nei pazienti emianoptici.

La problematica sorge perché la lesione della corteccia visiva primaria (VI) in un singolo emisfero rende il soggetto clinicamente cieco rispetto agli stimoli presentati nella porzione controlaterale del campo visivo. Tuttavia, la maggior parte dei pazienti con lesioni di questo tipo, testati in compiti nei quali si richiede di discriminare tra stimoli in un paradigma di scelta forzata o di svolgere azioni guidate visivamente (come muoversi in un ambiente in cui vi sono diverse tipologie di ostacoli), mostrano capacità visive residue che dimostrano abilità percettive preservate, sebbene in assenza di consapevolezza (Poeppel et al. 1973, *Nature*; Weiskrantz et al. 1974, *Brain*; Weiskrantz 1986, Oxford University Press; Ajina et al. 2015, *Elife*). Questa condizione è nota come “blindsight” o “visione cieca” ed indica che, nonostante i pazienti siano clinicamente ciechi nella parte lesionata del campo visivo, in cui affermano di non vedere nulla, mostrano la presenza di preservate capacità visive nei test o in alcune situazioni quotidiane.

La risposta al quesito se sia possibile rendere consapevoli abilità visive residue rese inconsce dalla lesione della corteccia visiva primaria si può ottenere promuovendo processi di plasticità neuronale riconducibili a regioni corticali già responsabili delle funzioni percettive risparmiate nel paziente, le quali possono essere portate a vicariare l'assenza di VI nel recupero della consapevolezza visiva. In particolare, il fenomeno potrebbe dipendere da strutture nervose non compromesse (aree visive extrastriate) che acquisiscono e vicariano le proprietà di risposta della corteccia danneggiata (VI), oppure potrebbe derivare dal recupero delle proprietà funzionali pre-lesionali delle regioni extrastriate connesse con la corteccia (VI) danneggiata. Il progetto dirimerà la questione poiché le risposte delle stesse aree neurali agli stessi stimoli in condizione di presenza vs. assenza di consapevolezza visiva verranno comparate direttamente, permettendo di esaminare e confrontare il modo in cui queste risposte cambiano quando lo stesso stimolo viene elaborato con o senza consapevolezza visiva.

Dalla presentazione del progetto risulta che per il conseguimento

dell'obiettivo manca: lo sviluppo e la validazione di un modello animale idoneo a studiare e comprendere i meccanismi neurofisiologici e neuroanatomici soggiacenti i processi che portano uno stimolo a superare la soglia dell'elaborazione inconscia, e che quindi possono essere sfruttati nel processo di recupero; lo sviluppo, la validazione e l'ottimizzazione sul modello animale, di interventi riabilitativi in grado di ripristinare la consapevolezza visiva nell'animale affetto da blindsight (visione cieca o non conscia), per poi passare all'applicazione dei protocolli risultati più validi sui pazienti.

Il protocollo riabilitativo utilizzerà in modo congiunto la stimolazione magnetica transcranica (TMS), per modulare la plasticità neurale tra le regioni visive risparmiate dalla lesione, e procedure comportamentali per la selezione di stimoli ecologicamente rilevanti e idonei ad evocare risposte specifiche anche quando proiettati nel campo cieco: le tipologie (es. espressioni emotive) e i parametri (es. alto contrasto, bassa frequenza spaziale) di questi stimoli visivi saranno ottimizzati per indurre la massima risposta nelle aree visive risparmiate e determinare una ulteriore plasticità neurale a supporto del recupero funzionale.

L'obiettivo ultimo del progetto comprende 3 principali sotto-obiettivi: sviluppo del modello sperimentale di primate non-umano per lo studio della consapevolezza visiva: la mappatura dettagliata del campo visivo cieco e delle risposte neurali associate; il recupero della consapevolezza visiva mediante attivazione di processi di plasticità cerebrale.

Come chiarito dalla Prof.ssa G.P., componente e relatrice pro tempore della Sezione IV del Consiglio Superiore di Sanità nella Relazione tecnico scientifica redatta ai sensi dell'art. 31, D.Lgs. n. 26 del 2014, il ricorso ad un modello animale chirurgicamente indotto è ampiamente riconosciuto in letteratura e rappresenta la metodologia di studio più idonea per esplorare i meccanismi soggiacenti al fenomeno blindsight in prospettiva di una ricerca di traslazione in clinica umana. Il modello viene riportato in letteratura come "blindsight in VI lesioned monkeys" e prevede l'induzione di una lesione unilaterale VI. Scimmie con lesioni unilaterali VI mostrano una elaborazione visiva residua comprovata. Questi dati fanno presagire che una parte delle competenze visive residue siano mediate dal Collicolo Superiore (CS). Pertanto, i soggetti portatori di simili lesioni sono capaci di discriminare e localizzare stimoli visivi presentati nel campo visivo controlaterale se il compito diviene un

esercizio interattivo e con una scelta forzata. Cowey e Stoerig confermano che questi pazienti si comportano come se non fossero coscienti di fronte alla richiesta di rispondere agli stimoli Si/No in cui sono posti, ma sottoposti ad un quesito ripetitivo localizzano l'oggetto.

2. Delineati i contorni del progetto oggetto di autorizzazione, il Collegio può passare all'esame delle eccezioni sollevate dalle Amministrazioni resistenti.

Non è suscettibile di positiva valutazione l'eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata sul rilievo che la Lega Antivivisezione non sarebbe legittimata ad impugnare l'autorizzazione alla sperimentazione.

È sufficiente leggere lo Statuto della L. per verificare che si tratta di associazione che ha per fine la liberazione animale, l'affermazione dei diritti degli animali non umani e la loro protezione, la lotta alla zoomafia e la difesa dell'ambiente. Si batte per l'abolizione della vivisezione, della pesca, della caccia, delle produzioni animali, dell'allevamento, del commercio, degli spettacoli con animali e dell'utilizzo di qualsiasi essere vivente (art. 2 dello Statuto). Tale essendo lo scopo statutario della Lega, le questioni dedotte in giudizio – che, contrariamente a quanto affermano le Amministrazioni resistenti, sono tutt'altro che generiche – sono volte alla tutela della salute degli animali e non sono un “manifesto politico” finalizzato alla mera diffusione dei propri orientamenti in materia di benessere del mondo animale.

Non è suscettibile di positiva valutazione neanche l'eccezione relativa all'uso strumentale del ricorso, che sarebbe volto solo all'acquisizione del parere del Consiglio Superiore della Sanità, già acquisito dalla L.

Infine, non è condivisibile neanche l'eccezione di inammissibilità dell'atto di motivi aggiunti, correttamente depositati dopo che la L. aveva acquisito documentazione ostesa dal Ministero della salute a seguito di accesso ai documenti ex art. 22 L. 7 agosto 1990, n. 241 e, dunque, solo in quel momento conosciuta dalla O.O.L. Onlus, co-ricorrente nel giudizio n. 10394/2019.

3. Passando al merito, nell'atto di appello la L. ha precisato che erroneamente il Tar ha inteso il gravame come volto a censurare i ragionamenti svolti dall'Organismo preposto al benessere animale o dal Consiglio Superiore di Sanità, essendo stata invece contestata la modalità con cui si è svolto il procedimento e la totale assenza di motivazione dell'autorizzazione, in palese violazione della direttiva 2010/63/UE del Parlamento

europeo e del Consiglio del 22 settembre 2010 sulla protezione degli animali utilizzati a fini scientifici e del D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 26, che l'ha recepita. In altri termini, la L. ha inteso sollecitare l'accertamento sul se il procedimento per il rilascio di un'autorizzazione alla sperimentazione, mediante uso di animali, si sia svolto secondo le regole dettate dal D.Lgs. n. 26 del 2014, quale disciplina di recepimento della direttiva 2010/63/UE, che ha introdotto l'autorizzazione espressa allo svolgimento di progetti di sperimentazione che coinvolgono animali, e del principio fondamentale dell'art. 13 del TFUE. Si è inteso, dunque, chiedere di verificare se il potere amministrativo, nell'ambito del procedimento che ha portato al rilascio dell'autorizzazione, sia stato esercitato in maniera corretta dal momento che il provvedimento finale è del tutto privo di motivazione e non è possibile quindi ricostruire l'iter logico che ha portato al suo rilascio (primo motivo). Ed invero, contrariamente a quanto tenta di sostenere il Tar Lazio, sia il parere dell'Organismo preposto al benessere animale che la valutazione del Consiglio Superiore di Sanità non contengono alcuna motivazione in ordine al progetto valutato, ma si limitano a riportare stralci della relazione di presentazione del progetto da parte del gruppo di ricerca, citandone alcuni passaggi sintetizzati senza ulteriore approfondimento (secondo motivo).

Ha aggiunto l'appellante che nella Relazione del Gruppo di Lavoro permanente, composto dalla dott.ssa E.D., dal dott. G.L., dal prof. R.L. e dal prof. G.L.M., allegata al parere del Consiglio Superiore di Sanità del 23 marzo 2020, sono state sollevate perplessità in ordine alla traslabilità dei risultati acquisiti sull'uomo, evidenziando che "...sono moltissime le variabili e gli studi che appaiono in letteratura (di cui molti eseguiti su primati, ma considerevoli anche direttamente sull'uomo) e pertanto non si può affermare con certezza che non esistano metodi od approcci alternativi allo studio del fenomeno, e che non sia possibile utilizzare altro metodo o una strategia di sperimentazione scientificamente valida, ragionevolmente e praticamente applicabile che non implichi l'impiego di animali vivi"; e ancora: "Si ritiene che prima di procedere ad un esame definitivo, che porti a riconsiderare tutti gli aspetti valutativi della Fase 1 del progetto, sia quantomeno necessario fornire, da parte dei proponenti, uno studio di metanalisi certificata, fornito da un ente di comprovata affidabilità, indipendenza e terzietà, sulla modellistica proposta rispetto alle finalità generali perseguite". Contrariamente

a quanto affermato dal giudice di primo grado tali perplessità, sempre ad avviso dell'appellante, non sono state adeguatamente superate dalla relazione del Prof. V.M. che, al contrario, pur prendendo atto delle criticità sollevate dal Gruppo di Lavoro afferma soltanto che, nonostante tutte queste criticità non si può rallentare la sperimentazione, perché si metterebbe a rischio il finanziamento europeo e che, comunque, i dubbi in ambito scientifico devono essere considerati perfettamente normali e non compromettenti l'intera ricerca. L'appellante, dal tenore della relazione evince che è stata evidenziata la necessità di dichiarare le necessità di svolgere ulteriori approfondimenti, senza i quali non sarebbe possibile affermare che suddetta attività di ricerca, sui primati non umani, sia indispensabile. Erroneamente, dunque, il Tar Lazio non avrebbe rilevato la contraddittorietà e illogicità della motivazione della relazione del Prof. M. che, da un lato evidenzia le criticità sollevate dal gruppo di lavoro e dall'altro, invece, le supera con argomentazioni tautologiche prive di rilievo scientifico (terzo motivo).

Infine, il Ministero della Salute non avrebbe garantito il rispetto degli altri due principi costituenti il principio delle 3R: sostituzione, riduzione e perfezionamento. Non sarebbe stato, ad esempio, approfondito in alcun modo il problema legato al numero di animali coinvolti. Il D.Lgs. n. 26 del 2014, all'art. 31, comma 4, lett. i), espressamente richiede l'utilizzo "del minor numero di animali per il raggiungimento delle finalità di progetto", mentre la sperimentazione autorizzata prevede l'impiego di ben sei primati non umani. Di conseguenza, oltre a provare l'assoluta necessità della ricerca (prova peraltro non fornita) si sarebbe dovuto anche svolgere un approfondimento sul rispetto del principio della riduzione, spiegando le ragioni per cui è necessario utilizzare ben sei primati non umani (terzo motivo).

Dall'esame dei primi tre motivi di appello emerge come, in effetti, ad essere contestato non è il merito del progetto di ricerca "Meccanismi anatomico-fisiologici soggiacenti il recupero della consapevolezza visiva nella scimmia con cecità corticale", presentato dall'Università degli Studi di Parma (con conseguente reiezione dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalle amministrazioni resistenti) ma il procedimento che ha condotto il Ministero ad autorizzarlo, asseritamente carente degli opportuni ed indispensabili approfondimenti.

Tale impostazione data dall'appellante alla difesa delle proprie ra-

gioni si fonda (correttamente) sul principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui le valutazioni condotte dal Ministero – e, prima ancora, dagli altri soggetti intervenuti nel procedimento – restano fuori dal sindacato del giudice amministrativo, essendo frutto di nozioni scientifiche e di valutazioni tecnico-discrezionali che non possono essere messe in discussione, se non in caso di manifesta irragionevolezza o di palese travisamento di fatti. Corollario obbligato di tale premessa è che il giudice amministrativo potrebbe essere adito solo per censurare un comportamento dell'Amministrazione irrispettoso delle regole dettate per il procedimento, che vede la necessità che l'autorizzazione alla sperimentazione sia data motivando sull'avvenuto rispetto del principio delle 3R contenuto al considerando n. 11 della direttiva 2010/63, in base al quale, al fine di svolgere una ricerca involgente la sperimentazione sugli animali (ed a maggior ragione per quelle autorizzate in deroga), sussiste l'obbligo di rispettare i principi della sostituzione, della riduzione e del perfezionamento nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi.

4. Per dare una risposta ai motivi dedotti dall'appellante, nei limiti del proprio sindacato, la Sezione ha disposto, nella fase cautelare (ordinanza n. 5914 del 9 ottobre 2020), una verifica, incaricando l'IRC-CS "Fondazione Bietti", nella persona del suo Presidente, Prof. M.S., coadiuvato dal Prof. E.G.

Ai verificatori la Sezione ha posto le seguenti domande: 1) il progetto in esame rispetta il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale "primati non umani" vivi? 2) il progetto in esame rispetta il principio di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile? 3) il principio eurounitario della sostituzione è rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca scientifica sui profili e risultati attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione? 4) ad avviso dei verificatori le risultanze scientifiche dei pareri tutti sopra indicati - sui quali l'autorizzazione si fonda per relationem - hanno considerato tutti e tre gli elementi (come indicati in motivazione) che la direttiva UE e il D.Lgs. n. 26 del 2014 pongono quali condizioni per la sperimentazione, altrimenti vietata, su primati vivi non umani?

L'incarico è stato eseguito e la verifica è stata depositata in data 18 dicembre 2020.

Le risposte date ai quattro quesiti consentono al Collegio di respingere i primi tre motivi di appello.

Peraltro, prima di esaminare l'esito della verifica, preme al Collegio - in considerazione delle osservazioni rivolte, prima ancora che sulle risposte date ai verificatori, sulla decisione della Sezione di disporla - fare alcune puntualizzazioni.

La verifica ha corrisposto alle esigenze di approfondire alcuni profili scientifici su cui gli atti impugnati, autorizzativi della ricerca, richiedevano una analisi più ampia dei censurati profili di incongruità e irragionevolezza: profili su cui il Collegio ha ritenuto di affidarsi a scienziati di profilo pienamente indiscusso su cui oggi può fondarsi una meditata decisione su materia di estrema delicatezza e tecnicità.

La complessità della verifica è confermata dal fatto che i verificatori di parte hanno contribuito depositando, per l'attenzione dei verificatori operanti presso l'Istituto Bietti, ben 10 documenti scientifici di indubbio rilievo, redatti da scienziati italiani e stranieri.

È in effetti evidente che la verifica non era affatto intesa, come invece erroneamente adombra la difesa erariale, ad un sindacato sul contenuto scientifico della contestata ricerca, bensì sugli atti che, autorizzandone l'avvio, erano stati attinti da plurime censure meritevoli di approfondimento tecnico con strumenti non in possesso della cognizione di questo Collegio, limitata alla legittimità e non alle caratteristiche scientifiche, pure evocate per negare la congruità delle motivazioni con cui diversi organi scientifici pubblici si erano espressi.

Anticipando le conclusioni alle quali il Collegio perviene in ordine al rilievo, di parte appellante, che i verificatori non avrebbero tenuto conto dei contributi scientifici dei tecnici di parte, vale osservare che la relazione conclusiva, che il Collegio ritiene esaustiva sui punti richiesti, non necessariamente avrebbe dovuto analizzare e confutare specificamente i documenti di parte, che certo sono stati considerati ancorché non condiziati nelle loro conclusioni.

L'utilità della verifica risulta nella specie pienamente confermata giacché, come chiarito dalla Sezione con l'ordinanza n. 5914 del 9 ottobre 2020, si trattava e si tratta di valutare un interesse - quale il diritto/dovere della ricerca scientifica - in rapporto ad altro interesse, anch'esso

presidiato da tutela normativa nazionale ed europea, cioè il benessere animale e le condizioni che, per la sperimentazione su talune specie di animali vivi, la stessa ricerca deve rispettare per poter essere legittimamente condotta e autorizzata, e per questo profilo sindacata, valutando gli atti autorizzativi e non, ovviamente, il contenuto scientifico del progetto, dal giudice naturale che per nessuna materia può mancare in un ordinamento basato sulle regole del diritto.

Sfugge, ancora, alla difesa erariale, nella propria “vis polemica” avverso l'impostazione asseritamente ideologica dell'associazione appellante, che in realtà una verifica di altissimo profilo scientifico, quale quella depositata in giudizio, nella fattispecie ha corroborato, esprimendosi sui censurati profili motivazionali degli atti autorizzatori della ricerca, proprio la contestata ricerca, permettendo di far cadere argomenti che, per le emozioni suscetibili dal tema della sperimentazione animale, si sarebbero, essi sì, potuti prestare a facili strumentalizzazioni da entrambe le parti in causa: la “sacralità della ricerca”, come tale insindacabile da ogni Autorità giudicante, da un lato; la natura di esseri senzienti degli animali scelti per la sperimentazione, con i conseguenti appelli alla emozione di larghi strati di popolazione del tutto inconsapevole del corretto equilibrio tra effetti positivi di una ricerca medico-scientifica sulla salute umana e il presidio legale volto a garantire anche nella sperimentazione – che dalla legge vigente è consentita a determinate condizioni – il benessere animale.

Ritiene perciò il Collegio che l'obiettivo cui era indirizzato l'ordine di verifica sia stato ampiamente raggiunto.

5. Tutto ciò doverosamente chiarito per sgomberare il campo sul profilo della utilizzabilità o meno dell'esito della disposta verifica, vale rilevare che al primo quesito – e cioè se il progetto in esame rispetti il principio di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale “primati non umani” vivi – i due verificatori hanno dato risposta affermativa.

Ha chiarito la relazione che ai fini del rispetto del principio della “sostituzione” occorre fornire risposte a due interrogativi. Deve innanzitutto chiedersi se l'obiettivo del progetto possa essere realizzato con metodologie effettuate direttamente sull'uomo.

Alla domanda è stata data risposta negativa, sul rilievo che le metodologie proposte nel progetto permettono di ottenere nel Macaco Mu-

latta informazioni non ottenibili, allo stato attuale delle conoscenze, con metodologie effettuate direttamente sull'uomo. Infatti, per caratterizzare l'attività funzionale e le connessioni cerebrali, dalle evidenze della letteratura, non sono ad oggi riportate metodologie non invasive applicabili direttamente all'uomo che possano fornire informazioni totalmente esaustive.

Sia la "risonanza magnetica funzionale" (fMRI) che la "trattografia e tensori di diffusione" sono metodologie che presentano limiti rispetto a quanto ottenibile con le metodologie proposte nel progetto sperimentale nel modello animale. Quanto alla risonanza magnetica funzionale, ha chiarito la relazione che la risoluzione spaziale e temporale rilevabile nell'uomo è incomparabile con quella raggiungibile nel macaco in cui si ottengono informazioni relative a singoli neuroni. Quanto, invece, alla trattografia e tensori di diffusione, diversamente dalle tecniche neuroanatomiche applicate nel progetto, tali metodiche non misurano direttamente le reali connessioni tra le diverse aree del cervello ma forniscono una loro ricostruzione probabilistica.

Pertanto, le metodologie proposte nel progetto permettono di ottenere nel Macaco Mulatta informazioni non ottenibili, allo stato attuale delle conoscenze, con metodologie effettuate direttamente sull'uomo.

L'altro interrogativo è se il progetto potrebbe essere realizzato ricorrendo a modelli animali a minor sviluppo neurologico. Anche in questo caso la risposta è negativa, dal momento che né i roditori né le scimmie del Nuovo Mondo dispongono di aree visive associative che potrebbero essere considerate in alternativa a quelle presenti nel macaco nel quale invece hanno caratteristiche del tutto simili a quelle dell'uomo. Aggiungasi che i roditori e le scimmie del Nuovo Mondo presentano dimensioni del cervello troppo piccole per un campionamento sufficientemente accurato dell'attività cerebrale attraverso la risonanza magnetica funzionale. Tali piccole dimensioni potrebbero dar luogo ad "aggregazione di dati" provenienti dalle regioni cerebrali adiacenti, con mancanza di una valutazione selettiva delle aree visive oggetto delle valutazioni; infine, i roditori e le scimmie non sono in grado di eseguire compiti di discriminazione percettiva e rilevazione della consapevolezza visiva previsti dal progetto, con la conseguenza che sarebbe pregiudicato il raggiungimento dell'obiettivo.

6. Il secondo quesito posto ai verificatori è relativo al rispetto del

principio di “riduzione”, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile.

A questo quesito i verificatori hanno dato risposta affermativa, alla luce della complessità del progetto, dell’importanza dei risulti attesi e della loro validazione in ambito scientifico, dall’analisi della letteratura rilevante. È stata chiarita la necessità di condurre le due tipologie di disegni sperimentali, di valutazione dell’attività cerebrale e di neurostimolazione, su animali diversi. Al fine di valutare l’attività cerebrale, nel progetto sono infatti previste due differenti metodiche, entrambe necessarie e complementari per le informazioni ottenute: una di carattere neurofisiologico (registrazione di risposte dell’attività cerebrale attraverso elettrodi intracranici) ed una di carattere morfo-funzionale (esecuzione di risonanza magnetica funzionale). Poiché la presenza di elettrodi in corteccia altera i dati ottenuti con la risonanza magnetica funzionale, le due differenti valutazioni devono essere condotte su differenti animali. Quanto al numero di animali da coinvolgere nella sperimentazione, nella relazione i verificatori hanno chiarito che nella letteratura neurofisiologica, e richiesta come standard di base, la dimostrazione di un effetto analogo a quello osservato sul primo animale in base ai dati ottenuti da un secondo animale. Pertanto, il numero minimo di animali necessario e sufficiente per ciascuno dei due esperimenti è pari a due (per un totale di quattro Macachi) ai quali devono aggiungersi due animali di riserva

7. Il terzo quesito posto ai verificatori è se il principio eurounitario della “sostituzione” è rispettato in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani, considerato lo stato attuale della ricerca scientifica sui profili e risultati attesi dalla ricerca posta a base della impugnata autorizzazione.

I verificatori hanno dato risposta affermativa a tale interrogativo, sul rilievo che i risultati attesi riguardano: la comprensione dei meccanismi neurofisiologici e neuroanatomici; l’integrazione delle analisi delle proprietà dell’attività corticali; la mappatura dettagliata del campo visivo cieco e delle risposte neurali associate; l’ottimizzazione di innovative metodologie degli interventi riabilitativi. Tutti questi risultati hanno tutti carattere di originalità scientifica e sono ottenibili esclusivamente utilizzando un modello animale.

Quanto alla trasferibilità dei risultati ottenuti con la sperimentazione agli uomini, i verificatori hanno premesso che il progetto prevede di

definire un protocollo efficace nell'animale per la riabilitazione visiva. Ciò permetterà di ottimizzare i parametri di stimolazione magnetica transcranica più idonei in relazione a specifiche strutture bersaglio. L'identificazione di tali parametri, potrà migliorare quanto oggi esistente in termini di neurostimolazione nei pazienti con deficit visivi emianoptici riducendo così il numero delle sperimentazioni condotte nell'uomo che finora non hanno fornito, con certezza, protocolli con caratteristiche di efficacia riabilitativa.

Ciò chiarito, la relazione ha affermato che la ricerca - sia basata su sperimentazione animale che condotta nell'uomo - non sempre riesce a fornire i risultati attesi.

Data la premessa, la conseguenza è che lo svolgimento del progetto non assicura con certezza il raggiungimento dei risultati attesi, ma saranno i risultati ottenuti a far sì che tutta la procedura sperimentale prevista possa essere considerata valida dalla comunità scientifica per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Peraltro, poiché il modello animale permetterà sia di valutare i cambiamenti nel sistema visivo indotti dalla stimolazione tramite TMS che di delineare dei protocolli di stimolazione altamente specifici per lo sviluppo preclinico di paradigmi avanzati di neuroplasticità, le informazioni ottenute potrebbero ridurre l'uso eccessivo dei test pilota sui soggetti umani con conseguente aumento di benefici per i pazienti. Quanto esposto pone delle solide basi per la trasferibilità dei risultati del progetto nella pratica clinica nell'ambito della riabilitazione visiva.

8. I verificatori, infine, in relazione all'ultimo quesito hanno affermato che alla luce della complessità del progetto, dell'importanza dei risultati attesi e della loro validazione in ambito scientifico, dall'analisi della letteratura rilevante, dopo aver incontrato gli esperti delle parti, dopo aver esaminato le integrazioni scritte fatte prevenire dagli esperti delle parti, giungono alla conclusione che le risultanze scientifiche dei pareri dell'Organismo preposto al benessere animale, del Consiglio Superiore della Sanità e dello stesso Css in risposta all'Ordinanza del Consiglio di Stato n. 230 del 2020, sui quali l'autorizzazione si fonda per relationem, hanno considerato tutti e tre gli elementi che la direttiva UE e il D.Lgs. n. 26 del 2014 pongono quali condizioni per la sperimentazione su primati vivi non umani, elementi la cui mancanza sarebbe ostativa alla sperimentazione stessa, ad eccezione del parere del Css in risposta all'Ordinanza

del Consiglio di Stato n. 230 del 2020, che su specifica richiesta dello stesso Consiglio di Stato, si è espresso solo uno dei tutti i criteri.

9. L'esito della verifica consente di superare i primi tre motivi di appello.

Giova premettere che, contrariamente a quanto afferma l'appellante, il progetto sarebbe astrattamente assentibile perché la sperimentazione sui macachi mulatti non è ex se vietata dalla normativa europea ed italiana, purché siano rispettate determinate condizioni; prescrizioni che, grazie alla verifica, si è accertato essere state rispettate dal progetto elaborato dall'Università di Parma.

Si è dimostrato, infatti, non assecondabile l'assunto secondo cui non sarebbe stato provato che la sperimentazione rispetta i principi della sostituzione, unitamente a quello della riduzione e del perfezionamento nel rigido rispetto della gerarchia dell'obbligo di ricorrere a metodi alternativi, e ciò in palese violazione dell'art.13 del TFUE, secondo il quale occorre tenere pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, che è ormai diventato, proprio grazie al suo inserimento nel Trattato, principio vincolante per tutti gli Stati membri.

I verificatori hanno infatti puntualmente argomentato come il progetto presentato dall'Università degli Studi di Parma rispetti il principio delle 3R, e cioè sostituzione, riduzione e perfezionamento.

Ed invero, sebbene la motivazione sottesa all'autorizzazione ministeriale sia effettivamente scarna, e non consenta di evincere con immediata evidenza le ragioni che hanno condotto a ritenere suscettibile di positiva valutazione il progetto, la verifica disposta dalla Sezione - dimostrata essenziale al fine del decidere - ha consentito di avere la conferma della correttezza della conclusione alla quale erano pervenuti il Consiglio Superiore della Sanità e l'Organismo preposto al benessere animale, e cioè che il progetto rispetta i principi di sostituzione, nel senso che i risultati attesi sono perseguibili soltanto mediante sperimentazione sulla specie animale "primati non umani" vivi; di riduzione, nel senso che il numero di sei primati è quello minimo indispensabile; della sostituzione, in relazione alla originalità scientifica dei risultati attesi dal progetto, e della trasmissibilità dei risultati agli esseri umani.

Come più volte chiarito dallo stesso appellante, il thema decidendum del ricorso "era, ed è, quello di controllare che il procedimento per il rila-

scio di un'autorizzazione alla sperimentazione, mediante uso di animali, si sia svolto secondo i dettami del D.Lgs. n. 26 del 2014, della direttiva 2010/63/UE e del principio fondamentale dell'art. 13 del TFUE" (memoria depositata dalla L. il 28 dicembre 2020).

Tale essendo il presupposto da cui muove l'appellante e accertato, attraverso la verifica, che l'obiettivo del progetto non potrebbe essere raggiunto con metodologie effettuate direttamente sull'uomo e che non sussistono metodi alternativi o la possibilità di effettuare la sperimentazione su un numero inferiore di macachi, non può che concludersi per la legittimità della sperimentazione. La verifica disposta dalla Sezione ha dimostrato, infatti, che la sperimentazione oggetto del progetto rispetta tutti i requisiti per essere autorizzata, con la conseguenza che non può e non deve essere annullata solo perché non esterna congruamente le ragioni per cui il progetto è assentibile, una volta dimostrato, come è stato dimostrato, che è effettivamente autorizzabile.

10. Con il quarto motivo di appello si deduce che il Consiglio Superiore di Sanità aveva rilasciato un parere favorevole c.d. condizionato in base al quale l'autorizzazione poteva essere rilasciata solamente a condizione che, ogni sei mesi, venissero inviati "All'Ufficio 6 della DGSAF Direzione generale della Sanità Animale e dei Farmaci Veterinari dei dati relativi alle condizioni di stress rilevate durante le singole fasi del progetto, nonché le misure intraprese per limitare gli effetti avversi".

Si tratta di una prescrizione resasi evidentemente necessaria in considerazione della delicatezza del progetto e delle possibili conseguenze negative che potrebbe avere sui primati non umani coinvolti.

L'appellante deduce che dalla lettura dei suddetti report si evince la mancanza di adeguate informazioni sulle condizioni in cui versano gli animali; sarebbero rese, infatti, notizie estremamente generiche che non forniscono alcun elemento sulla reale condizione degli animali, sul loro livello di interazione e di adattamento al nuovo ambiente, violando quindi la condizione posta dal Consiglio Superiore di Sanità e quanto descritto nel progetto autorizzato.

Rileva il Collegio che, contrariamente a quanto dedotto dalle Amministrazioni negli scritti difensivi, il motivo è ammissibile, atteso che ad essere denunciato è l'asserito mancato rispetto delle condizioni alle quali era stata sottoposta l'autorizzazione.

Nel merito, il motivo è suscettibile di positiva valutazione.

Ed invero, i report effettuati sono effettivamente scarni. Manca, ad esempio, una fotografia dello stato dei macachi, che puntualizzi anche i parametri di monitoraggio dello stress. Appare dunque condivisibile, anche alla luce dei pareri resi dagli esperti in particolare della dott.ssa F.A. e della Dott.ssa B.) come da un lato tali report risultino carenti proprio su quanto avrebbero dovuto documentare in ordine alle condizioni fisiche, ma soprattutto psichiche dei macachi oggetto di sperimentazione.

Leggendo attentamente i report depositati agli atti di causa emerge come gli stessi rappresentino piuttosto un diario delle attività svolte e dell'ambiente circostante. Ferma restando la necessità di conoscere anche tali dati, emerge con tutta evidenza come gli stessi non possano considerarsi sufficienti, mancando la "reazione" dei macachi ad ogni "azione" esercitata su di essi dall'uomo. In altri termini, occorre registrare lo stato fisico e psichico dei macachi ad ogni singola attività o stimolazione o terapia ai quali sono sottoposti.

Vale infatti rammentare che la sperimentazione è effettuata con primati vivi, senzienti, dei quali è indotta la cecità, con indubbia sofferenza. Pertanto, se è vero che è stata dimostrata la necessità di tale sperimentazione per la messa a punto di protocolli per la riabilitazione della cecità corticale nell'uomo, non di meno tale sperimentazione non può non essere condotta nel pieno rispetto delle cavie utilizzate, esseri dotati di particolare sensibilità neurologica, ancora di più considerando la tutela rafforzata dalla speciale protezione accordata ai primati non umani. In altri termini, se per la ricerca scientifica – che, come chiarito nell'ordinanza della Sezione n. 5914 del 9 ottobre 2020, costituisce "valore come tale universale e in generale non suscettibile di compressione" – è necessario sacrificare animali dotati di elevata sensibilità fisica e, dunque, alta percezione del dolore, è doveroso e imprescindibile condurre gli esperimenti assicurando di infliggere alle cavie la minore sofferenza possibile. Solo con tale impegno, che deve essere posto a presupposto dell'inizio dell'attività, è possibile accettare il sacrificio di animali, esseri senzienti.

Corollario obbligato di tale premessa è l'obbligo imprescindibile, che fa capo all'Università di Parma, di effettuare e depositare rapporti periodici e frequenti, che includano – considerato che i macachi hanno una intelligenza sviluppata – gli aspetti di competenza dell'etologo, e che si soffermino anche sulle condizioni di stress e di possibile interazione tra specie animali che basano uno dei cardini della loro esistenza sulla

interazione reciproca; i report da effettuare devono cioè attestare che, nonostante le pratiche condotte sui macachi, è rispettato il “benessere animale” di cui all’art. 13 del vigente Trattato europeo; del contenuto di questi report il Ministero della salute deve fare attento studio, per rilevare tutte le eventuali criticità e per porvi tempestivo rimedio.

11. Non è invece ravvisabile un interesse attuale al quinto motivo, con il quale si deduce la violazione dall’art. 19, D.Lgs. n. 26 del 2014 sul rilievo che i due primati non più utilizzabili per la sperimentazione perché malati sono stati riconsegnati al fornitore (RC Hartelust), che ha sede in Olanda, invece di essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato.

Risulta agli atti di causa che i due primati sono stati effettivamente restituiti al fornitore, provider internazionale, europeo, autorizzato. Ne consegue che una pronuncia di merito non avrebbe alcun effetto giacché “factum infectum fieri nequit”, e dunque L. denuncia una violazione che esiste ma alla quale non potrebbe più essere posto rimedio.

Unica alternativa a tale conclusione in rito sarebbe una pronuncia che ordinasse ai responsabili della ricerca di richiedere la restituzione dei due primati – se ancora vivi – per destinarli ad idonea struttura in Italia, ma tale soluzione costringerebbe i due macachi ad affrontare un nuovo viaggio dall’Olanda per venire in Italia, gravandoli quindi di quello stress psico-fisico che l’appellante denuncia essere stato illegittimamente inflitto ai due primati con la loro riconsegna al fornitore olandese.

Peraltro, stante l’importanza delle questioni dedotte e al fine di informare la futura attività dell’amministrazione, preme chiarire che, come correttamente rilevato dall’appellante, l’art. 19, D.Lgs. n. 26 del 2014 non prevede il reinserimento nell’habitat naturale dei soli animali utilizzati per la sperimentazione ma anche per quelli “destinati a essere utilizzati”, tali dovendo intendersi quelli che erano stati scelti come cavie ma sui quali non è stato poi possibile iniziare la ricerca.

È ben vero che la norma prevede la “possibilità” e non l’“obbligo” di reinserire questi animali nell’habitat naturale (“gli animali utilizzati o destinati a essere utilizzati nelle procedure ... ‘possono’ essere reinseriti o reintrodotti in un habitat adeguato...”) ma è altresì vero che la scelta di come esercitare tale facoltà (id est, restituitone al fornitore o reinserimento nell’habitat naturale) richiede una seppur minima motivazione, non essendo alcuna delle due opzioni automatiche.

Nonostante le conclusioni alle quali il Collegio è pervenuto nel me-

rito del motivo dedotto, vale chiarire che non è correttamente invocato dall'appellante l'art. 544 ter cod. pen, secondo cui: "Chiunque, per crudeltà o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche è punito con la reclusione da tre mesi a diciotto mesi o con la multa da 5.000 a 30.000 Euro". Non è infatti provato che l'aver scelto di restituire al fornitore i due macachi abbia comportato "lesione ... sevizie o ... comportamenti o ... fatiche o a lavori insopportabili", che costituiscono presupposti per la rilevanza penale dei comportamenti, non integrandosi tali fattispecie per il solo fatto che i due animali sono stati restituiti al fornitore. Diversamente opinando, infatti, si arriverebbe a considerare consumati gli estremi della condotta penalmente rilevante con riferimento a tutti gli animali da questi detenuti.

12. L'appello, in conclusione, deve essere: a) accolto con riferimento al quarto motivo, ai fini della messa a punto delle prescrizioni dettate; b) dichiarato carente di interesse in relazione al quinto motivo; c) respinto per la restante parte.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità della vicenda contenziosa e tenuto della non totale infondatezza dell'appello, come chiarito in motivazione, per compensare tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Quanto al compenso per l'attività di verifica, si dispone la liquidazione a ciascun verificatore di un importo di diecimila Euro, che si aggiunge all'acconto di Euro tre mila a ciascun professionista, già liquidato con ordinanza della Sezione n. 5914 del 9 ottobre 2020.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) accoglie il quarto motivo, ai fini delle prescrizioni di cui in motivazione;

b) dichiara improcedibile il quinto motivo di appello;

c) respinge per la restante parte l'appello.

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Liquida a ciascun verificatore un importo di diecimila Euro, che si aggiunge all'acconto di Euro tre mila a ciascun professionista, già liquidato con ordinanza della Sezione n. 5914 del 9 ottobre 2020.

Le spese della verifica, che con l'ordinanza n. 5914 del 2020 erano state poste, in pari misura, a carico delle due parti, sono definitivamente poste per il 75% a carico dell'appellante e per il 25% a carico del Ministero della salute.

Ordina alla segreteria della Sezione di provvedere alla comunicazione della presente sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021 (...).

Pubblicata l'8 febbraio 2021.

## Attenti... ai lupi! La tutela delle specie animali prevista dalla Direttiva Habitat e la possibilità di autorizzare la cattura di un numero limitato di esemplari\*

FLAVIA ROLANDO

Nota a Corte di giustizia dell'Unione europea – Sezione II – 10 ottobre 2019, causa C-674/17 – Pres. K. Lenaerts, presidente della Corte, facente funzione di giudice della Seconda Sezione, Rel. A. Arabadjiev, su rinvio pregiudiziale del Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema, Finlandia)

### **Conservazione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatiche – Direttiva 92/43/CEE – Regime di rigorosa tutela delle specie animali – *Canis lupus* (lupo) – Deroga che consente la cattura di un numero limitato di determinati esemplari – Caccia di gestione – Valutazione dello stato di conservazione delle popolazioni della specie interessata**

*L'articolo 16, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'adozione di decisioni che concedono deroghe al divieto di uccisione deliberata del lupo, sancito all'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), in combinato disposto con l'allegato IV, lettera a), di tale direttiva, a titolo di caccia di gestione, il cui obiettivo è la lotta al bracconaggio, se:*

*- l'obiettivo perseguito da tali deroghe non è comprovato in modo chiaro e preciso e se, alla luce di dati scientifici rigorosi, l'autorità nazionale non riesce a dimostrare che siffatte deroghe sono idonee a raggiungere tale obiettivo;*

*- non è debitamente dimostrato che l'obiettivo da esse perseguito non possa essere raggiunto mediante un'altra soluzione valida, posto che la mera esistenza di un'attività illecita o le difficoltà incontrate nell'effettuazione del controllo di quest'ultima non possono costituire un elemento sufficiente a tal riguardo;*

\* Commento sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

- non è garantito che le deroghe non pregiudicheranno il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella loro area di ripartizione naturale;

- le deroghe non sono state oggetto di una valutazione dello stato di conservazione delle popolazioni della specie interessata nonché dell'impatto che la deroga prevista può avere su quest'ultimo, a livello del territorio di tale Stato membro o, eventualmente, a livello della regione biogeografica interessata qualora le frontiere di tale Stato membro coprano più regioni biogeografiche o, ancora, se l'area di ripartizione naturale della specie lo richiede, e, nella misura del possibile, sul piano transfrontaliero, e

- non sono soddisfatte tutte le condizioni relative alla base selettiva e alla misura limitata delle catture di un numero limitato e specificato di taluni esemplari delle specie indicate nell'allegato IV della suddetta direttiva in condizioni rigorosamente controllate, il cui rispetto deve essere accertato con riferimento, segnatamente, al livello della popolazione, del suo stato di conservazione e delle sue caratteristiche biologiche.

Spetta al giudice del rinvio verificare se ciò avviene nel procedimento principale.

1. Premessa. – 2. Il caso portato all'esame della Corte di giustizia ed i quesiti del giudice nazionale. – 3. Il regime di salvaguardia introdotto con la Direttiva Habitat. – 4. L'interpretazione del regime di deroga stabilito dall'art. 16 della Direttiva Habitat. – 5. La valutazione delle misure nazionali adottate con la finalità di ostacolare il bracconaggio. – 6. Conclusioni.

## 1. Premessa

La sentenza resa dalla Corte di giustizia qui in esame rileva per l'interpretazione di alcune disposizioni che rappresentano i pilastri della tutela garantita dalla direttiva 92/43/CEE (d'ora in avanti Direttiva Habitat<sup>1</sup>). Come noto, tale direttiva è stata adottata con lo scopo di salvaguardare la biodiversità attraverso la conservazione degli habitat naturali nonché della flora e della fauna selvatiche nel territorio degli Stati membri. Nel caso sot-

<sup>1</sup> Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, in GU 22.7.1992, L 206/7, da ultimo modificata dalla Direttiva 2013/17/UE del Consiglio del 13 maggio 2013, GU 10.6.2013, L 158/193.

toposto all'attenzione della Corte di Lussemburgo, una associazione ambientalista finlandese aveva impugnato due provvedimenti nazionali con i quali era stata autorizzata la caccia di 7 esemplari di *canis lupus*, ovvero lupi, sia a titolo di prevenzione dei danni sia con l'obiettivo di ridurre il fenomeno del bracconaggio attraverso la cosiddetta "caccia di gestione". La Corte ha dunque chiarito il contenuto dell'articolo 16 della Direttiva Habitat, che introduce alcune deroghe al regime di rigorosa tutela delle specie animali che meritano una particolare protezione. Per poter cogliere appieno l'importanza della pronuncia e le sue conseguenze sulle specie protette, verranno innanzitutto esaminati l'oggetto della controversia e i quesiti pregiudiziali sollevati dall'organo giurisdizionale rimettente (par. II). Verrà dunque descritta, seppure brevemente, la tutela garantita dalla Direttiva in esame (par. III), per poi soffermare l'attenzione sull'interpretazione dell'art. 16 della Direttiva Habitat resa dalla Corte di giustizia (par. IV) e sull'applicazione dei principi espressi nella sentenza alla cosiddetta caccia di gestione (par. V).

## 2. *Il caso portato all'esame della Corte di giustizia ed i quesiti del giudice nazionale*

La Corte amministrativa suprema finlandese (Korkein hallinto-oikeus) ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea per chiedere la corretta interpretazione dell'art. 16, in particolare di quanto disposto nel par. 1, lett. e), della Direttiva Habitat.

La Corte finlandese era stata a sua volta adita da una associazione ambientalista, la Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola – Pohjois-Savo Kainuury (d'ora in avanti "la Tapiola"), la quale aveva impugnato due decisioni emesse dall'Agenzia finlandese per la fauna selvatica, il Suomen riistakeskus (d'ora in avanti "l'Agenzia"), con le quali due abitanti erano stati autorizzati ad abbattere un totale di 7 esemplari di *canis lupus* nell'anno venatorio 2015/2016. Più precisamente, l'abbattimento poteva essere effettuato a danno di sei lupi che vivevano in tre diversi territori della Finlandia, due per ognuno, e di un lupo che viveva in un quarto territorio<sup>2</sup>. Tali provvedimenti erano stati adottati dalla Agenzia competente

<sup>2</sup> In particolare, la prima decisione autorizzava l'abbattimento di due lupi nel

in attuazione del piano della gestione dei lupi in Finlandia, predisposto dal Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste. Secondo tale piano era necessario garantire un minimo di 25 coppie riproduttive per poter mantenere un soddisfacente stato di conservazione della popolazione dei lupi. Tuttavia, per una gestione efficiente di tale specie in Finlandia, si riteneva necessario considerare nel contempo le esigenze delle persone che vivono nel territorio in cui insistono anche i branchi e, in particolare, la crescente accettazione sociale del fenomeno del bracconaggio. Il piano nazionale prevedeva, quindi, la possibilità di adottare delle "deroghe di gestione", finalizzate a consentire l'intervento dell'uomo contro esemplari che arrecano danno e prevenire, così, l'abbattimento illegale dei lupi. Secondo il piano nazionale, le deroghe potevano essere accordate solo per zone in cui si registrava una forte presenza di lupi e non potevano comunque eccedere un numero massimo stabilito a livello nazionale. I provvedimenti dell'Agenzia dovevano, poi, precisare la selezione degli esemplari da cacciare. Potevano essere uccisi animali giovani, in modo da ridurre le ripercussioni sul branco, che provocavano danno o comunque arrecavano disturbo.

A tal proposito, è opportuno sottolineare che nei provvedimenti dell'Agenzia tale prescrizione era formulata come un invito: si *raccomandava* di evitare di abbattere un maschio dominante e di indirizzare la caccia su esemplari giovani o nocivi. Inoltre, si *raccomandava* di evitare di abbattere un esemplare sul quale fosse stato apposto un dispositivo di marcatura e si *esortavano* i destinatari a ridurre il numero di catture a seconda della mortalità subita da esemplari dei branchi oggetto della deroga, così come constatata dalle autorità prima della data di inizio della caccia autorizzata. Pertanto, si mirava a non superare il numero massimo stabilito, neanche sommando il numero degli animali morti per altre cau-

territorio del branco di Juudinsalo e di due altri nel territorio situato tra Sukeva e Laakajärvi e la seconda l'abbattimento di un lupo nel territorio del branco di Vieremä-Kajaani-Sonkajärvi e di due lupi nel territorio del branco di Kiuruvesi-Vieceä. Per inciso, secondo quanto riportato nel par. 23 delle conclusioni rese dall'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe l'8 maggio 2019, nella causa qui in commento Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, causa C-674/17, ciascuno dei branchi indicati nella decisione comprendeva tra i cinque e i sette esemplari ed era considerato vitale e stabile. Nella medesima zona erano stanziati anche altri branchi.

se e quello previsto nel permesso<sup>3</sup>. Nel provvedimento di autorizzazione, l'Agenzia avvalorava la propria decisione affermando che non vi era una soluzione valida differente dall'adozione di deroghe di gestione nelle zone interessate<sup>4</sup>. Essa precisava, anzi, che la forma di tutela più rigorosa stabilita nel precedente piano di gestione, in virtù della quale erano state concesse deroghe solo "a titolo di prevenzione di danni", non aveva portato al raggiungimento degli obiettivi descritti<sup>5</sup>.

La Tapiola ha impugnato le citate decisioni dinanzi al Tribunale amministrativo della Finlandia orientale, che però ha dichiarato irricevibili i ricorsi presentati per carenza di interesse ad agire. A seguito di appello, le decisioni del giudice di prime cure sono state annullate dalla Corte amministrativa suprema finlandese. Quest'ultima ha sospeso il proprio procedimento per sottoporre alla Corte di giustizia dei quesiti pregiudiziali sulla corretta interpretazione dell'art. 16 della Direttiva Habitat, ritenuti necessari per poter risolvere la controversia.

La Tapiola aveva addotto, tra i motivi di illegittimità delle decisioni adottate dall'Agenzia finlandese, la violazione degli articoli 12 e 16 della Direttiva Habitat. Secondo l'organizzazione ambientale, la caccia di gestione comprometterebbe la conservazione della specie del *canis lupus* mentre non sarebbe dimostrato che la stessa possa favorire il raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano di gestione dei lupi. Peraltro, ogni deroga accordata dall'Agenzia è stata valutata con riferimento al singolo territorio, senza considerare l'incidenza cumulativa dell'insieme delle deroghe relative a vari territori sullo stato di conservazione del lupo.

D'altra parte, secondo l'Agenzia, il livello rispetto al quale dev'essere valutato l'impatto di una deroga dipende dalla biologia della specie. Nel caso dei lupi, tale livello non corrisponderebbe al branco ma all'insieme

<sup>3</sup> Si vedano in merito le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe l'8 maggio 2019, cit., par. 25, nonché Corte UE, Sez. II, 10 ottobre 2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, causa C-674/17, punto 19.

<sup>4</sup> Si veda Corte UE, Sez. II, 10 ottobre 2019, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, causa C-674/17, punto 18 e le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe l'8 maggio 2019, cit., par. 26. Era anche previsto che la caccia si sarebbe svolta in condizioni rigorosamente controllate e che il carattere selettivo e limitato si sarebbe concretizzato mediante restrizioni geografiche e quantitative stabilite nelle decisioni impuginate.

<sup>5</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 17.

delle popolazioni, incluse quelle che si spostano al di là dei confini nazionali.

Nell'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* parte dalla premessa che il lupo rappresenta in Finlandia una specie gravemente minacciata. Il numero di esemplari di tali animali è infatti considerevolmente diminuito nel corso degli anni, probabilmente a causa del bracconaggio, ed in ogni caso la dimensione ridotta della popolazione la rende vulnerabile agli imprevisti<sup>6</sup>. In un simile contesto, il giudice ha posto una serie di quesiti pregiudiziali che, per sintesi, possono essere ricondotti a tre questioni principali.

*In primis*, il giudice *a quo* chiede se l'art. 16, par. 1, lett. e), della Direttiva Habitat ammetta il rilascio, su richiesta di singoli cacciatori, di permessi di caccia circoscritti a livello regionale per consentire la c.d. caccia di gestione. A tal riguardo, il giudice domanda anche se rilevi il fatto che il potere discrezionale dell'Agenzia è esercitato in attuazione di un piano nazionale di gestione e se possano essere considerati altri obiettivi come quello di prevenire aggressioni ad altri animali.

*In secundis*, il giudice rimettente interroga la Corte di giustizia sulla correttezza della deroga per la caccia di gestione applicata in Finlandia e, più specificatamente, sul se possa ritenersi soddisfatta la condizione prevista dall'art. 16, per la quale non devono esistere altre valide soluzioni, nel caso in cui vi siano difficoltà a controllare il fenomeno del bracconaggio o in ragione dell'obiettivo di impedire aggressioni a danno di cani ed incrementare così il senso di sicurezza generale.

*In tertiis*, il giudice chiede come debba essere interpretato, ai fini della concessione della deroga ai sensi dell'art. 16 della Direttiva Habitat, il presupposto relativo allo stato di conservazione delle popolazioni della specie e, in particolare, se questo debba essere valutato al livello di un determinato territorio o in una area maggiore e cosa debba intendersi per soddisfacente conservazione della popolazione. Come vedremo *infra*, la Corte ha esaminato congiuntamente le questioni pregiudiziali. Per comprendere appieno quanto disposto dall'art. 16 della Direttiva Habitat e come tale norma debba essere interpretata secondo la giurisprudenza comunitaria, si ritiene opportuno premettere dei brevi cenni sul sistema di tutela garantito attraverso la direttiva qui in esame.

<sup>6</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 30.

### 3. *Il regime di salvaguardia introdotto con la Direttiva Habitat*

La tutela del *canis lupus* è garantita, al livello internazionale, dalla Convenzione di Berna<sup>7</sup>, in virtù della quale tale animale è considerato una specie strettamente protetta e gli Stati aderenti sono tenuti ad adottare misure appropriate per vietare, tra l'altro, ogni forma di cattura e uccisione deliberata. La Convenzione prevede, tuttavia, la possibilità di concedere delle deroghe per prevenire gravi danni al bestiame e ad altre forme di proprietà nonché nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica o di altri interessi pubblici prevalenti<sup>8</sup>. Alla Convenzione di Berna è ispirata in gran parte la Direttiva Habitat<sup>9</sup>, adottata con lo scopo di contribuire alla salvaguardia della biodiversità attraverso la conservazione degli habitat naturali, della flora e della fauna selvatiche, tenendo conto delle esigenze economiche, sociali e culturali oltre che delle specificità locali. La Direttiva Habitat mira, dunque, a introdurre un sistema di misure necessarie a mantenere o ripristinare in uno stato soddisfacente gli habitat naturali e le popolazioni delle varie specie selvatiche di fauna e flora<sup>10</sup>. Insieme alla direttiva sulla conservazione degli

<sup>7</sup> Convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa, firmata a Berna il 19 settembre 1979, conclusa a nome della Comunità con decisione 82/72/CEE del Consiglio, del 3 dicembre 1981, in GU 1982, L 38/1.

<sup>8</sup> Si vedano, in particolare, gli artt. 6 e 9 della Convenzione di Berna, cit.

<sup>9</sup> Così l'Avvocato generale Øe nelle conclusioni rese nel caso Tapiola, cit., nota 57.

<sup>10</sup> Così l'art. 2 della Direttiva Habitat.

Sulla direttiva in esame, in dottrina si vedano tra gli altri P. THIEFFRY, *Manuel de droit européen de l'environnement*, 2° edition, Bruxelles, 2017, J. H. JANS, H. H.B. VEDDER, *European Environmental law*, Fourth Edition, Groningen, 2012, p. 513 ss.; L. KRÄMER, *EU Environmental Law*, seventh edition, London, 2012, p. 181 ss.; R. MACRORY (Edited by), *Reflections on 30 Years of EU Environmental law. A High Level of Protection?*, Groningen, 2006, p. 351 ss.; C-H. BORN, A. CLIQUET, H. SCHOUKENS, D. MISONNE, G. VAN HOORICK (Edited by), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context. European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2017; A. TROUWBORST, *Wolves not welcome?: zoning for large carnivore conservation and management under the Bern Convention and EU Habitats Directive*, in *Review of European, comparative and international environmental law*, Vol. 27, 2018, no. 3, p. 306 ss.

Per un esame della Direttiva Habitat e della questione anche con riferimento all'ordinamento nazionale si vedano, in questa Rivista, M. C. MAFFEI, *Orsi e lupi in due sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, 1/2020, p. 91 ss. e G. GARZIA, *Quale tutela per il lupo (Canis lupus)? Il quadro normativo vigente e le possibili prospettive*, 2/2020, p. 279 ss.

uccelli selvatici<sup>11</sup> (d'ora in avanti: Direttiva Uccelli), la Direttiva in esame rappresenta la pietra angolare della tutela della biodiversità nel territorio dell'Unione europea.

Per garantire il mantenimento e, se necessario, il ripristino degli habitat e delle specie protette in uno *stato di conservazione soddisfacente* è stata istituita la rete «Natura 2000»: una rete ecologica europea di siti designati per tutelare aree che hanno un'importanza cruciale per la conservazione di tipi di habitat, elencati nell'Allegato I, o di specie animali e vegetali, elencati nell'Allegato II<sup>12</sup>. Lo stato di conservazione potrà dirsi *soddisfacente* quando i dati relativi all'andamento della popolazione della specie protetta indicano che questa può continuare ad esistere a lungo termine, che l'area in cui vive non è in declino e che non lo rischia in un futuro prevedibile e l'habitat, infine, esiste e continuerà probabilmente ad esistere affinché le sue popolazioni si mantengano a lungo termine<sup>13</sup>.

A tal proposito, è importante sottolineare che il *canis lupus* figura nell'allegato II. Inoltre, come il *canis lupus*, molte delle specie elencate

<sup>11</sup> Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, GU 26.1.2010, L 20/7.

<sup>12</sup> La rete «Natura 2000» comprende anche le zone di protezione speciale classificate dagli Stati membri a norma della Direttiva Uccelli, citata nella precedente nota. Essa rappresenta quasi un quinto della superficie terrestre dell'UE e più di 250 000 km<sup>2</sup> di superficie marina. È possibile visionare tutte le aree protette in <https://natura2000.eea.europa.eu/#>.

A norma dell'art. 4 della Direttiva Habitat, in base ai criteri di cui all'allegato III, ogni Stato membro propone un elenco di siti, indicando quali tipi di habitat naturali di cui all'allegato I e quali specie locali di cui all'allegato II si riscontrano in detti siti. Inoltre, gli Stati membri devono stabilire le misure di conservazione necessarie, che implicano anche piani di gestione specifici o integrati, per le zone speciali di conservazione.

<sup>13</sup> Si veda l'art. 3 e le definizioni di *stato di conservazione soddisfacente* stabilite dall'art. 1, ed in particolare dalla lettera i, della Direttiva 92/43/CEE. Sull'interpretazione del concetto di stato di conservazione soddisfacente, in particolare con riferimento ai lupi, si veda Y. EPSTEIN, *Favourable conservation status for species: examining the Habitats Directive's key concept through a case study of the Swedish wolf*, in *Journal of environmental law*, Vol. 28, 2016, no. 2, p. 221 ss. Sulla attuazione dell'art. 6 della Direttiva Habitat si rinvia a L. SQUINTANI, J. ZIJLMANS, *Mitigation and compensation measures under the EU Habitats Directive in selected Member States*, in *European energy and environmental law review*, Vol. 28, 2019, no. 1, p. 2-16. Sulla attuazione della rete «Natura 2000» si veda anche H. SCHOUKENS, *Habitat restoration measures as facilitators for economic development within the context of the EU Habitats Directive: balancing no net loss with the preventive approach?*, in *Journal of environmental law*, Vol. 29, 2017, no. 1, p. 47 ss.

nell'allegato II sono anche espressamente considerate nell'Allegato IV, che include le specie animali e vegetali di interesse comunitario che richiedono una protezione rigorosa.

Per tali specie, gli Stati membri hanno l'obbligo di adottare provvedimenti necessari a garantire una *rigorosa* tutela. L'art. 12 della Direttiva Habitat stabilisce l'espresso divieto di «qualsiasi forma di cattura o uccisione deliberata di esemplari di tali specie nell'ambiente naturale», oltre che di perturbare tali specie e di deteriorare o distruggere i siti di riproduzione o le aree di riposo<sup>14</sup>. Gli Stati sono anche tenuti a definire un sistema di sorveglianza continua delle specie faunistiche da proteggere rigorosamente e ad adottare misure di conservazione che assicurino che le catture o uccisioni accidentali non abbiano un impatto negativo sulle specie in questione.

L'articolo 16 della Direttiva Habitat, oggetto del rinvio pregiudiziale qui in esame, stabilisce le deroghe ai divieti stabiliti dall'art. 12 e dagli articoli 13, 14 e 15<sup>15</sup>. In proposito, la Corte ha affermato che gli articoli 12, 13 e 16 della Direttiva Habitat formano «un complesso coerente di norme volte alla tutela delle popolazioni delle specie interessate». Ne deriva che ogni deroga stabilita dagli Stati membri che non rispetti le condizioni previste dall'art. 16, par. 1, di tale direttiva comporta contestualmente una violazione degli articoli 12 o 13 di questo atto dell'Unione<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Secondo l'art. 12 della Direttiva 92/43/CEE, gli Stati membri sono tenuti ad adottare i provvedimenti necessari atti ad istituire un regime di rigorosa tutela delle specie animali di cui all'allegato IV, lettera a), precisando anche il divieto di perturbare deliberatamente tali specie, in particolare durante il periodo di riproduzione, di allevamento, di ibernazione e di migrazione; distruggere o raccogliere le uova nell'ambiente naturale. Gli Stati devono anche vietare il possesso e la commercializzazione delle medesime specie.

<sup>15</sup> Rinviano al testo della direttiva per un esame compiuto del regime di tutela istituito dalla Direttiva Habitat, sinteticamente si permetta di evidenziare che l'art. 13 definisce il regime di tutela delle specie vegetali; l'art. 14 stabilisce le condizioni che devono essere rispettate perché possa essere effettuato un prelievo nell'ambiente naturale di esemplari delle specie della fauna e della flora selvatiche elencati nell'Allegato V per motivi attinenti alla sorveglianza dello stato di conservazione delle specie e degli habitat. Infine, secondo l'art. 15, gli Stati membri vietano tutti i mezzi non selettivi suscettibili di provocare localmente la disparizione o di perturbare gravemente la tranquillità delle popolazioni delle specie faunistiche selvatiche elencate nell'allegato V, lettera a).

<sup>16</sup> V. Corte UE, Sez. II, 20 ottobre 2005, Commissione c. Regno Unito, causa C-6/04, punto 112.

Secondo il primo paragrafo della disposizione in esame, gli Stati membri possono derogare agli articoli sopra citati a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento delle popolazioni della specie interessata in uno stato di conservazione soddisfacente. L'articolo 16 elenca, poi, le cinque finalità per le quali, nel rispetto delle condizioni generali sopra riportate, è possibile introdurre delle misure dannose per le specie protette:

«a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali;

b) per 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 motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente;

d) per 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) per 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.»

Le misure finlandesi oggetto dei ricorsi della Tapiola sono state adottate in virtù della deroga prevista dalla lettera e) dell'art. 16 della Direttiva Habitat. Per questo motivo i quesiti del giudice *a quo*, e conseguentemente la sentenza della Corte di giustizia, si concentrano sull'esame di questa particolare eccezione, oltre che sulle condizioni generali espresse nella prima parte dell'articolo in esame. Peraltro, l'applicazione pratica di questa disposizione è stata esaminata dalla Corte di giustizia, per la prima volta, con una sentenza del 2006 che concludeva una procedura di infrazione contro la Finlandia nella quale la Commissione contestava la prassi amministrativa nazionale in materia di autorizzazione della caccia ai lupi<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Corte UE, Sez. II, 14 giugno 2007, Commissione c. Finlandia, causa C-342/05. Si vedano anche le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Juliane Kokott, 30 novembre 2006, Commissione c. Finlandia, causa C-342/05, paragrafo 2.

Si noti che, attualmente, in Finlandia sono ancora accordati permessi per la caccia dei lupi. Tuttavia, tali deroghe sono adottate sulla base della lettera c) dell'articolo 16 della Direttiva Habitat, e dunque sulla base di un interesse connesso alla pubblica sicurezza, piuttosto che in virtù della deroga generale espressa dalla lettera e). Ciononostante, la pronuncia in esame è comunque attuale dal momento che ad oggi sono consentite deroghe per caccia di gestione in altri Stati membri, come la Svezia, la Slovenia e la Lituania<sup>18</sup>. Inoltre, la sentenza è destinata a rappresentare un importante precedente per il futuro dato che chiarisce in generale il regime di applicazione della deroga, dunque con riferimento a qualsiasi misura che possa rientrare nell'articolo 16 della Direttiva Habitat, oltre che per quelle adottate sulla base della lettera e), con riguardo a qualsiasi specie che meriti una tutela particolare in quanto inclusa nell'Allegato IV alla Direttiva<sup>19</sup>.

#### 4. *L'interpretazione del regime di deroga stabilito dall'art. 16 della Direttiva Habitat*

Venendo al nocciolo della questione, occorre evidenziare che la Corte di giustizia, così come l'Avvocato generale nelle sue conclusioni, ha innanzitutto precisato che l'art. 16, par.1, lett. e) della Direttiva Habitat introduce delle eccezioni ad un sistema di tutela rigorosa, ed in quanto tale deve essere interpretata in senso restrittivo. In considerazione del fatto che si tratta di una deroga, grava in capo all'Autorità che assume una simile decisione l'onere di provare la sussistenza dei requisiti prescritti<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Secondo quanto riportato in Y. EPSTEIN, G. CHAPRON, *The hunting of strictly protected species: the Tapiola case and the limits of derogation under Article 16 of the Habitats Directive*, in *European energy and environmental law review*, Vol. 27, 2018, no. 3, p. 78-87, spec p. 79. Sulla caccia di gestione e sui possibili motivi che generano l'insofferenza di alcune popolazioni nei confronti dei lupi si rinvia oltre, al paragrafo V.

<sup>19</sup> La pronuncia in esame è stata già citata in più punti nella sentenza Corte UE, Sez. II, 11 giugno 2020, *Alian a pentru combaterea abuzurilor*, causa C-88/19.

<sup>20</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, punto 30. Si vedano anche le conclusioni rese dall'Avvocato generale Øe nella medesima causa, paragrafi 43 e 44.

Sul punto la Corte ha applicato analogicamente i principi stabiliti con riferimento all'art. 9 della Direttiva Uccelli, cit., secondo cui gli Stati possono derogare agli obblighi di protezione delle specie di uccelli selvatici in presenza di condizioni paragonabili a

Quanto all'interpretazione dell'articolo 16 della Direttiva Habitat, la Corte ha chiarito che il primo paragrafo prevede la possibilità di adottare delle deroghe ai divieti espressi negli articoli 12, 13, 14 e 15, lettere a) e b) purché siano rispettate due condizioni: per un verso, non deve esistere un'altra soluzione valida per raggiungere il medesimo obiettivo e, per altro verso, la misura adottata non deve pregiudicare il mantenimento delle popolazioni della specie interessata, nella propria area di ripartizione naturale, in uno stato di conservazione soddisfacente.

La disposizione in esame elenca cinque ipotesi in cui le deroghe possano essere adottate. Le prime quattro, dalla lettera da a) a d), sono relative a particolari motivazioni: a) la protezione della fauna e la flora o la conservazione degli habitat; b) la prevenzione di gravi danni alle colture, agli allevamenti, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque; c) per la tutela della sanità pubblica e della pubblica sicurezza o comunque per motivi imperativi di interesse generale; d) per finalità didattiche e di ricerca, per il ripopolamento o per la riproduzione.

La quinta ipotesi, quella definita alla lettera e) ed oggetto dei quesiti pregiudiziali, si differenzia da quelle sopra citate in quanto non include al suo interno un obiettivo che giustifichi la relativa deroga<sup>21</sup>. Forse proprio per questo motivo prevede delle condizioni supplementari<sup>22</sup>. Secondo la disposizione in esame, infatti, le misure nazionali possono essere introdotte «per 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». Dunque, le amministrazioni nazionali dovranno anche predisporre un sistema di controllo rigoroso che garantisca che la cattura o la detenzione sia limitata ad un numero determinato di animali o piante protette.

Giova precisare che per *cattura* dovrà intendersi non solo il mero

quelle previste all'articolo 16, paragrafo 1, della Direttiva Habitat. Si veda Corte UE, Commissione c. Regno Unito, punto 25.

La Corte, ed in particolare l'Avvocato generale, hanno anche fatto esplicito riferimento al citato documento di orientamento della Commissione, pag. 53, punto 4.

<sup>21</sup> Si veda Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 34.

<sup>22</sup> Sul punto si vedano le critiche di J. DARPÖ, *Anything Goes, but... Comment on the Opinion by Advocate General Saugmandsgaard Øe in the Tapiola Case (C-674/17)*, in *Journal for European Environmental & Planning law*, Vol. 16, 2019, p. 305 ss., spec. p. 314.

atto di limitazione forzosa della libertà ma anche l'uccisione degli animali delle specie interessate. Il punto è stato espressamente trattato dalla Corte in quanto la Tapiola aveva sostenuto nelle proprie memorie che la nozione di «cattura» deve essere interpretata restrittivamente e dunque nel senso di non includere anche l'uccisione di esemplari. A suo parere, infatti, non potrebbe essere mai giustificata la morte di specie sottoposte a particolare tutela. In merito, i giudici del Lussemburgo hanno seguito le conclusioni dell'Avvocato generale secondo il quale, invece, tale termine deve essere inteso in senso generico dal momento che le specie incluse nell'Allegato IV possono essere sia di tipo animale che vegetale. Di qui la scelta di un termine che potesse essere adeguato ad entrambi i casi<sup>23</sup>. D'altronde, questa interpretazione era stata anche sostenuta dalla Commissione europea nel Documento di orientamento sulla protezione rigorosa delle specie animali di interesse comunitario in forza della Direttiva Habitat<sup>24</sup> ed è supportata da una applicazione analogica dei principi espressi nella giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo alla Direttiva Uccelli, che condivide il medesimo obiettivo di tutela. Infatti, l'art. 9, par. 1, lett. c), della Direttiva Uccelli<sup>25</sup> ha una formulazione simile alla disposizione qui in esame ed è stata interpretata dalla Corte di giustizia nel senso che può giustificare l'autorizzazione alla caccia di uccelli selvatici<sup>26</sup>.

Possiamo sinteticamente premettere che la Corte, nella sentenza in esame, ha sviluppato un'analisi delle cinque condizioni che una misura nazionale adottata sulla base dell'art. 16, par. 1, lett. e, della Direttiva Habitat deve rispettare. Quale quinto requisito, oltre alle due condizioni

<sup>23</sup> Nello stesso senso avevano preso posizione sia il governo danese che il governo svedese. Si veda la nota n. 5 delle conclusioni rese dall'Avvocato generale nel caso Tapiola.

<sup>24</sup> Documento reperibile in <http://ec.europa.eu/environment/nature/conservation/species/guidance/pdf/guidancefr.pdf>, si veda spec. pag. 59, punto 33.

<sup>25</sup> Secondo l'art. 9, par. 1, lett. c), della Direttiva 2009/147/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, cit., sempre che non vi siano altre soluzioni soddisfacenti, gli Stati membri possono derogare alle disposizioni sulla tutela delle specie di uccelli incluse nell'Allegato I per consentire in condizioni rigidamente controllate e in modo selettivo la cattura, la detenzione o altri impieghi misurati di determinati uccelli in piccole quantità.

<sup>26</sup> Si veda, Corte UE, Sez. VI, 16 ottobre 2003, *Ligue pour la protection des oiseaux* e a., causa C-182/02, punto 10.

generali previste nel primo paragrafo (che non esista un'altra condizione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento delle popolazioni in uno stato di conservazione soddisfacente) ed alle due previste dalla deroga specifica (cattura consentita in condizioni rigorosamente controllate, su base selettiva e in misura limitata), la Corte ha infatti verificato che l'obiettivo della misura nazionale non coincidesse con le motivazioni espresse nelle lettere da a) a d) della medesima disposizione e che fosse conforme alla tutela predisposta in generale dalla Direttiva.

A tal proposito, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che la disposizione in esame può giustificare esclusivamente delle deroghe la cui finalità sia diversa da quelle previste nelle lettere da a) a d) dell'art. 16 e che sia coerente con il regime di protezione garantito attraverso la Direttiva Habitat<sup>27</sup>. Diversamente, infatti, la tutela rigorosa predisposta dalla Direttiva e la formulazione stessa dell'articolo 16 verrebbero private del loro effetto utile<sup>28</sup>.

La Corte di giustizia ha altresì precisato che gli obiettivi invocati quale motivazione di una deroga «devono essere definiti in maniera chiara, precisa e documentata nella decisione di deroga»<sup>29</sup>. In effetti, anche su questo punto i giudici hanno applicato analogicamente dei principi già espressi con riferimento alla omologa eccezione prevista dalla Direttiva Uccelli, in particolare nella sentenza *WWF*. Tuttavia, nella richiamata sentenza la Corte aveva considerato necessario che la normativa nazionale applicabile enunciasse i criteri di deroga in modo *chiaro e preciso* e che le decisioni che adottavano le relative misure contenessero una *motivazione precisa e adeguata* che si riferisse ai motivi, alle condizioni e alle prescrizioni di cui all'art. 9, nn. 1 e 2, della Direttiva<sup>30</sup>.

Il principio espresso nella sentenza in esame richiede che le decisioni nazionali che introducono delle deroghe debbano rispettare un ulteriore requisito: essere documentate. I giudici sembrano voler concretizzare maggiormente l'onere della prova a carico delle amministrazioni nel sen-

<sup>27</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punti 38 e 25.

<sup>28</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 36 e ss.

<sup>29</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 41. La Corte prosegue affermando che una deroga basata sull'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva «habitat» può costituire unicamente un'applicazione concreta e puntuale per soddisfare precise esigenze e situazioni specifiche.

<sup>30</sup> Corte UE, Sez. II, 8 giugno 2006, *WWF Italia e a.*, causa C-60/05, punto 34.

so di dover supportare la propria scelta, lesiva della tutela delle specie protette, con dei dati scientifici che ne comprovino l'idoneità a raggiungere gli obiettivi prefissati e la necessità. Ed infatti, la Corte ha precisato che le autorità nazionali sono tenute ad avvalorare la propria decisione con dei dati scientifici rigorosi e, possibilmente, anche dei dati che comparino lo scenario che si sarebbe realizzato senza l'intervento con quello che invece si prevede in conseguenza all'adozione delle misure<sup>31</sup>.

Sulla base di questi dati le autorità giurisdizionali potranno valutare l'idoneità della misura a raggiungere l'obiettivo perseguito.

Come vedremo più approfonditamente nel successivo paragrafo, la Corte ha statuito che la lotta al bracconaggio costituisce un obiettivo che può essere perseguito attraverso le misure adottate in virtù dell'art. 16, par. 1, lett. e) ed ha precisato che sarà il giudice della controversia a valutare se un'autorizzazione a cacciare legalmente i lupi possa essere considerata una misura idonea a ridurre questo fenomeno.

La Corte ha poi specificato tutti gli altri elementi utili al giudice nazionale perché possa verificare il rispetto delle altre condizioni previste dall'art. 16 della Direttiva Habitat. I giudici del Kirchberg hanno *in primis* definito il contenuto delle condizioni generali espresse nel primo paragrafo dell'articolo 16 della Direttiva Habitat, poi quelle contenute nella lettera e) del medesimo articolo.

La prima condizione da esaminare è dunque quella relativa all'esistenza di un'altra soluzione valida. Sotto questo punto di vista, il giudice nazionale è in qualche modo chiamato ad effettuare una valutazione della necessità e della proporzionalità della misura. Più precisamente, la Corte ha chiarito che una deroga del genere potrà essere concessa solo in assenza di misure alternative che possano raggiungere il medesimo obiettivo in maniera soddisfacente, nel rispetto di tutte le prescrizioni introdotte con la Direttiva<sup>32</sup>. Le autorità sono tenute a fornire anche sotto questo profilo una motivazione *precisa ed adeguata*, che possa essere confortata almeno dalla menzione relativa all'inesistenza di altre soluzioni valide o comunque da un rinvio a relazioni tecniche, giuridiche o scientifiche a supporto<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 45.

<sup>32</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 47.

<sup>33</sup> La necessità di una motivazione chiara ed adeguata era già stata stabilita in Corte

Il giudice deve poi verificare che la deroga non violi la seconda condizione prevista dal primo paragrafo dell'art. 16 della Direttiva Habitat, ovvero che questa non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni delle specie interessate nella loro area di ripartizione naturale. Come espressamente affermato dalla Corte già nella sentenza *Commissione c. Austria*<sup>34</sup>, lo stato di conservazione soddisfacente delle popolazioni protette costituisce un presupposto necessario per la concessione delle deroghe previste dall'art. 16 della Direttiva Habitat. In effetti, a norma dell'art. 1, lett. i), la conservazione può dirsi *soddisfacente* quando a) i dati relativi all'andamento delle popolazioni della specie interessata indicano che questa possa continuare ad essere per un lungo termine vitale; b) l'area di ripartizione naturale di tale specie non è in declino né rischia un declino in un futuro prevedibile; c) esiste e continuerà ad esistere un habitat sufficiente affinché le sue popolazioni si mantengano a lungo termine. I giudici hanno quindi concluso che la deroga nazionale dovrà essere fondata su criteri che siano idonei a garantire la preservazione a lungo termine dell'andamento e della stabilità della specie protetta<sup>35</sup>.

Per rispondere ad uno specifico quesito del giudice del rinvio, la Corte ha anche precisato che la determinazione dell'ampiezza della area all'interno della quale dovrà essere effettuata la valutazione degli impatti geografici e demografici è rimessa all'autorità nazionale. Tuttavia, sarà innanzitutto necessario analizzare gli effetti della deroga sulla popolazione locale per poi determinare quelli sullo stato di conservazione per la popolazione su più larga scala, ossia a livello nazionale o a livello transfrontaliero, se la regione biogeografica lo richieda. Da un lato, infatti, le esigenze specifiche che giustificano tali deroghe dovrebbero determinare delle conseguenze che si avvertano più agevolmente sull'area locale interessata. Dall'altro, però, la valutazione non potrà non tener conto dell'impatto della misura nazionale su più ampio rag-

UE, Sez. II, 14 giugno 2007, *Commissione c. Finlandia*, causa C-342/05, punto 31, ed ha ripreso in via analogica i principi espressi in Corte UE, *Ligue pour la protection des oiseaux e a.*, punto 14, nonché in Corte UE, Sez. III, 21 giugno 2018, *Commissione c. Malta*, causa C-557/15, punti 50 e 51.

<sup>34</sup> Corte UE, Sez. IV, 20 maggio 2007, *Commissione c. Austria*, causa C-508/04, punto 115

<sup>35</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, punto 57.

gio<sup>36</sup>. In ogni caso, la concessione, in via eccezionale, di deroghe alla tutela predisposta dalla Direttiva Habitat dovrà essere analizzata anche alla luce del principio di precauzione: lo Stato dovrà astenersi dall'adottare delle misure che, sulla base dei migliori dati scientifici disponibili, rischiano di pregiudicare il mantenimento o il ripristino delle popolazioni di una specie minacciata di estinzione in uno stato di conservazione soddisfacente. Il principio di precauzione è espressamente citato nel TFUE con riferimento alla politica ambientale<sup>37</sup>, e ne è stata sempre garantita una ampia applicazione, in particolare in tutti i casi in cui vi sono ragionevoli motivi di temere che i possibili effetti nocivi sull'ambiente e sulla salute degli esseri umani, degli animali e delle piante possano essere incompatibili con l'elevato livello di protezione prescelto dall'Unione europea<sup>38</sup>. Passando all'esame delle deroghe previste dalla lettera e) dell'articolo 16 della Direttiva Habitat, nella sentenza è precisato che il *numero limitato e specificato di catture* o di detenzioni di esemplari delle specie interessate dipenderà dal livello di conservazione della specie e dalle caratteristiche biologiche. Anche in tal caso la Corte ha applicato analogicamente dei principi già espressi in relazione alla Direttiva Uccelli ed ha stabilito che tale numero deve essere determinato in base ad informazioni scientifiche rigorose di ordine geografico, climatico, ambientale e biologico, nonché alla luce di dati che consentano di valutare la riproduzione e la mortalità annua totale per causa naturale della specie interessata<sup>39</sup>. Il numero di catture non dovrà quindi comportare neanche un *rischio* di impatto negativo sulla popolazione interessata.

<sup>36</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsojeluyhdistys Tapiola*, punto 58 ss., spec. punto 61. Si vedano in anche le conclusioni dell'Avvocato generale Øe, paragrafi 77 ss.

<sup>37</sup> Secondo l'art. 191, par. 2, TFUE, la politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga». Per un approfondimento sul principio di precauzione si permetta di rinviare a F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, 2021, spec. p. 43 ss. e alla dottrina ivi citata.

<sup>38</sup> Si veda a tal proposito la Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, COM/2000/0001.

<sup>39</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsojeluyhdistys Tapiola*, punto 71, citando per analogia Corte UE, *WWF*, punti 25 e 29, nonché Commissione c. Malta, punto 62.

Quanto alle *condizioni di selettività* e di *limitazione della cattura* o della detenzione di taluni esemplari delle specie protetta, la Corte di giustizia ha statuito che la deroga deve riguardare un numero di esemplari «determinato nel modo più restrittivo, specifico e opportuno possibile, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dalla deroga in questione»<sup>40</sup>. Se dovesse essere necessario per particolari esigenze di tutela della specie, la deroga potrebbe interessare anche esemplari identificati individualmente.

Infine, l'art. 16, par. 1, lett. e) stabilisce che le deroghe debbano essere circoscritte da condizioni rigorosamente controllate. Secondo la Corte ciò determina che le autorità nazionali dovranno sia verificare il rispetto delle regole prima della adozione delle eccezioni, sia vigilare sull'impatto di queste ultime nel momento in cui entrano in vigore. Anche le modalità con cui dette decisioni sono applicate – ad esempio le limitazioni relative a luoghi, date, quantità e tipi di esemplari presi in considerazione – devono essere oggetto di un controllo efficace e tempestivo.

Con la sentenza qui in commento la Corte di giustizia ha precisato per la prima volta il contenuto dell'onere a carico delle autorità nazionali che intendono adottare una deroga alle disposizioni previste dalla Direttiva Habitat che sia finalizzata alla cattura di un limitato numero di esemplari, così come previsto dalla lettera e) dell'art. 16 della medesima direttiva. Questo aspetto innovativo è stato agevolato dal fatto che la pronuncia è stata resa a seguito di un rinvio pregiudiziale, in cui il giudice *a quo* aveva chiesto sotto vari profili come dovesse essere verificato il rispetto della deroga in esame. Precedentemente la Corte aveva fatto riferimento alla disposizione citata nell'ambito di procedure di infrazione, in cui la violazione dello Stato era stata accertata senza che fosse necessaria una analisi così approfondita<sup>41</sup>.

Per garantire l'effettività del sistema di tutela predisposto, i giudici

<sup>40</sup> Così in Corte UE, Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola, punto 73.

<sup>41</sup> Fa eccezione la sentenza della Corte UE, Sez. II, 14 giugno 2007, Commissione c. Finlandia, causa C-342/05, si veda in particolare il punto 31. Tra le altre sentenze rese a seguito di procedura di infrazione per la violazione dell'art. 16 della Direttiva Habitat si vedano Corte UE, Sez. II, 11 gennaio 2007, Commissione c. Irlanda, causa C-183/05; Corte UE, Sez. IV, 10 maggio 2007, Commissione c. Austria, causa C-508/04; Corte UE, Sez. VIII, 15 marzo 2012, Commissione c. Polonia, causa C-46/11.

del Kirchberg hanno definito, sia per le condizioni previste in generale dall'art. 16, sia per quelle particolari stabilite per la precisa eccezione in esame, in cosa si concretizza l'obbligo di motivazione che deve essere assolto per provare la conformità della misura nazionale alla Direttiva Habitat. Le amministrazioni competenti devono provare in maniera precisa ed adeguata, anche sulla base di dati ed analisi scientifiche rigorose, che non sia messa a rischio la sopravvivenza della specie protetta. Sarà poi l'autorità giudiziaria eventualmente adita a verificare il rispetto delle condizioni previste dalla direttiva, così come interpretate e specificate dalla Corte. Nell'ottica di fornire al giudice nazionale elementi quanto più possibile utili alla soluzione della controversia, la Corte ha anche esaminato nel merito le decisioni adottate dall'Agenzia finlandese.

5. *La valutazione delle misure nazionali adottate con la finalità di ostacolare il bracconaggio*

Come sopra anticipato, il piano della gestione dei lupi in Finlandia, emanato dal Ministero dell'Agricoltura e delle Foreste, prevedeva la possibilità che l'Agenzia adottasse delle deroghe di gestione con le quali si consentiva l'uccisione di alcuni lupi in zone in cui si registrava una forte presenza di questi animali. Tali permessi di caccia avevano l'obiettivo di ridurre il bracconaggio: secondo l'amministrazione, permettendo l'uccisione di esemplari potenzialmente pericolosi, sarebbe aumentato il senso di tolleranza sociale e ciò avrebbe portato anche ad una riduzione spontanea del fenomeno del bracconaggio.

In effetti, l'insofferenza delle popolazioni locali nei confronti di animali predatori è un problema condiviso con altri Stati membri, che può essere originato da molteplici motivazioni<sup>42</sup>. In via generale, questo sen-

<sup>42</sup> Per una analisi più completa del fenomeno si rinvia a V. SALVATORI, J. LINNELL, *Report on the conservation status and threats for wolf (Canis lupus) in Europe*, Ottobre 2005, in cui gli autori sostengono che è importante non sottovalutare questi conflitti, o credere che siano solo legati al bestiame. Al contrario, comprendere le ragioni per cui l'accettazione varia così tanto tra i Paesi potrebbe essere importante per trovare delle soluzioni al problema. L'articolo è disponibile al link <https://www.researchgate.net/publication/228641574>. Si veda anche M. DELIBES, *Status and conservation needs of the wolf Canis lupus in the Council of Europe member states*, 1990, Strasbourg.

timento sembrerebbe essere più frequente laddove si verificano eventi di depredazione degli animali allevati o degli animali domestici. La Commissione europea monitora l'attuazione della Direttiva Habitat da parte degli Stati ma anche le altre istituzioni europee si sono occupate della questione attraverso vari strumenti<sup>43</sup>.

Nella pronuncia in commento la Corte di giustizia ha statuito che la lotta al bracconaggio può essere considerata un obiettivo che può giustificare delle misure nazionali lesive delle specie protette ai sensi dell'art. 16, par. 1, lett. e) della Direttiva Habitat. Tale statuizione è stata oggetto di critica<sup>44</sup> dal momento che normalmente la lotta al bracconaggio dovrebbe mirare a salvare gli animali: sembra un controsenso autorizzare l'abbattimento degli stessi in nome di una battaglia contro l'uccisione illegale. In effetti, un riequilibrio deriva dalla valutazione sull'idoneità delle misure nazionali di autorizzazione alla caccia di gestione a raggiungere l'obiettivo menzionato, analisi imprescindibile nell'esame sulla legittimità di decisioni derogatorie. Secondo la Corte di giustizia, infatti, le decisioni di deroga devono essere avvalorate da dati scientifici rigorosi, eventualmente anche da dati comparativi che dimostrino come la caccia di gestione possa dissuadere dalle uccisioni illegali, portando nel complesso ad un effetto positivo sullo stato di conservazione della specie. Nel caso concreto, considerando che le misure erano state assunte nel contesto di una sperimentazione, la prova sull'idoneità "non era scevra

<sup>43</sup> Si veda la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale europeo *Lo stato della natura nell'Unione europea. Relazione sullo stato e sulle tendenze delle specie e dei tipi di habitat protetti dalle direttive Uccelli e Habitat nel periodo 2013-2018*, COM/2020/635, o anche la Risoluzione del 3 maggio 2018 sulla situazione attuale e le prospettive future per i settori ovino e caprino nell'UE (2017/2117(INI)), p.ti 105 e ss., in cui il Parlamento europeo ha esortato gli Stati membri di impedire la proliferazione degli ibridi cane-lupo che minacciano la conservazione della specie *Canis lupus* e che molto spesso sono responsabili degli attacchi ai danni delle greggi di ovini e caprini, proponendo la designazione di un "difensore dei lupi" per mediare tra i diversi interessi nonché nell'ambito delle dispute in merito allo status di protezione e alla necessità di risarcire le perdite derivanti dagli attacchi dei lupi, seguendo l'efficace modello del "difensore dagli orsi" attuato in alcuni Stati membri.

<sup>44</sup> Si veda J. DARPÖ, *Anything Goes, but...Comment on the Opinion by Advocate General Saugmandsgaard Øe in the Tapiola Case (C-674/17)*, cit., p. 317 e Y. EPSTEIN, G. CHAPRON, *The hunting of strictly protected species: the Tapiola case and the limits of derogation under Article 16 of the Habitats Directive*, cit., p. 81.

da incertezze<sup>45</sup>. Soprattutto, i giudici hanno sottolineato che, in presenza di una attività illegittima, lo Stato membro è innanzitutto tenuto a privilegiare forme di controllo rigorose ed efficaci<sup>46</sup> e che l'eventuale difficoltà a combattere tale fenomeno non è sufficiente a dispensare dall'obbligo di attuare il sistema di protezione delle specie definito dalla Direttiva Habitat. L'affermazione iniziale controversa, quindi, deve essere contestualizzata anche alla luce del complesso delle giustificazioni che le amministrazioni nazionali sono tenute a fornire per assolvere alle condizioni stabilite nel primo paragrafo dell'art. 16 e nella lettera e) del medesimo articolo.

Come detto, la citata disposizione richiede che le deroghe possano essere adottate a condizione che non esistano altre soluzioni valide. Dunque, oltre a predisporre sistemi di controllo delle attività illegali, gli Stati devono dimostrare che, anche tenendo conto delle migliori conoscenze scientifiche e tecniche pertinenti<sup>47</sup>, non sia possibile perseguire il medesimo obiettivo in altro modo.

Sotto questo profilo, la Corte ha evidenziato di non aver rinvenuto una motivazione precisa ed adeguata nelle decisioni dell'Agenzia, tale da poter considerare assoluta questa condizione<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, punto 44, si vedano anche i punti 45 e 46.

<sup>46</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, punto 48. In merito, l'Avvocato generale Øe, nelle conclusioni rese nella medesima causa, ha precisato che, dalla decisione impugnata non emerge che l'Agenzia abbia proceduto a un'analisi dettagliata delle difficoltà pratiche che accompagnano il controllo del bracconaggio che abbia potuto indurla a concludere che una politica di controllo e di penalizzazione più rigorosi, unitamente ad altre misure di prevenzione, non rappresentasse un'opzione soddisfacente. L'Agenzia, d'altro canto, ha sostenuto che l'inasprimento delle sanzioni non avrebbe potuto dissuadere dal bracconaggio in quanto esse sono percepite come ingiuste. Inoltre, il piano di gestione prevedeva anche misure complementari necessarie per prevenire il bracconaggio in un più lungo periodo, tra cui campagne informative, la consultazione delle popolazioni locali e il risarcimento dei danni causati dai lupi. Si veda il paragrafo 73 ss.

<sup>47</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, punto 51.

<sup>48</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, punto 52. La Tapiola suggeriva, tra le misure alternative, l'aumento dei crediti concessi per la fornitura di recinzioni elettrificate e la realizzazione di più attive politiche di informazione delle popolazioni locali. La Tapiola ha anche evidenziato che altri Stati membri hanno adottato deroghe volte a prevenire il bracconaggio senza abbattere lupi. Nelle conclusioni rese nella causa in esame, l'Avvocato generale Øe ha evidenziato che la circostanza che altri Stati membri

È interessante notare che proprio per il medesimo motivo la Finlandia era stata condannata in una procedura di infrazione circa dieci anni prima. Anche allora, con due decisioni era stata autorizzata la caccia ad un numero determinato di lupi, in un'area geografica delimitata, senza fornire alcuna motivazione precisa e adeguata quanto all'assenza di altre soluzioni valide e senza addurre una valutazione dello stato di conservazione della specie.

La Corte aveva statuito che tali atti non contenevano una motivazione precisa e adeguata quanto all'assenza di altre soluzioni valide e che si ponevano in contrasto con l'art. 16, par. 1 della Direttiva Habitat, in quanto non si fondavano su una valutazione dell'impatto dell'abbattimento dei lupi da esse autorizzato sul mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente della popolazione di detta specie<sup>49</sup>.

Nella pronuncia in commento, la Corte si è soffermata a esaminare l'idoneità della definizione di un numero massimo di esemplari che possono essere catturati nel corso dell'anno venatorio a soddisfare la condizione secondo la quale deve essere garantito uno stato di conservazione della specie soddisfacente. Da un lato, infatti, il numero massimo garantisce che la somma delle singole deroghe individuali non arrechi pregiudizio al mantenimento delle popolazioni degli animali interessati. Tuttavia, in concreto, secondo i dati della Tapiola e della Commissione, la caccia di gestione avrebbe comportato l'uccisione di 43 o 44 lupi in Finlandia, mentre sarebbero stati 30 gli esemplari che si stimava sarebbero stati uccisi illegalmente. Considerato che la caccia di gestione avrebbe determinato l'uccisione di 13 o 14 esemplari in più, la Corte dubita che il piano di gestione consenta di mantenere uno stato soddisfacente di conservazione della specie<sup>50</sup>.

Peraltro, le decisioni risultavano poco efficaci, poiché prevedevano delle mere raccomandazioni volte ad evitare l'abbattimento degli animali riproduttori, ma dai documenti depositati risultava che 20 maschi dominanti erano stati abbattuti nell'ambito della caccia di gestione. Ciò, secondo i giudici, porta a dubitare della natura selettiva delle deroghe

abbiano potuto risolvere un problema identico senza far ricorso a una deroga, costituisce un forte indizio dell'esistenza di una soluzione alternativa alla misura.

<sup>49</sup> Così nelle conclusioni dell'Avvocato generale, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, paragrafo 31.

<sup>50</sup> Così in Corte UE, *Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola*, punti 63-65.

concesse, dell'efficacia del controllo della loro attuazione nonché del carattere limitato delle catture.

## 6. Conclusioni

Con la sentenza in commento, per la prima volta la Corte ha definito compiutamente gli obblighi che incombono in capo alle autorità nazionali nel caso in cui intendano adottare delle deroghe alle disposizioni stabilite dalla Direttiva Habitat a tutela delle specie che richiedono una protezione rigorosa. Precedentemente alcuni principi relativi alla corretta trasposizione e al rispetto della Direttiva Habitat erano stati definiti in pronunce rese a seguito di ricorsi per infrazione, ma rimanevano aperte diverse questioni. Per tale motivo, il giudice *a quo* ha chiesto ai giudici di Lussemburgo di chiarire l'interpretazione dei requisiti previsti dall'art. 16, lett. e) della direttiva per l'adozione di autorizzazioni alla caccia di taluni esemplari di lupi, in particolare per la caccia di gestione. La Corte ha dunque precisato in cosa si sostanzia l'obbligo di motivare gli eventuali provvedimenti nazionali affinché si possa considerare adeguatamente provata la sussistenza delle condizioni stabilite nell'atto dell'Unione. Essa si è soffermata sia sulle due condizioni espresse nella prima parte del paragrafo dell'art. 16, sia su quelle specificatamente introdotte nella lettera e). Per ognuna di esse la Corte ha ritenuto necessario che l'autorità nazionale fornisca motivazioni chiare, precise ed adeguate che giustifichino la misura nazionale, suffragate da dati ed analisi scientifiche che ne avvalorino la scelta politica. Ciò, evidentemente, agevola anche l'attività di verifica da parte dell'autorità giudiziaria eventualmente adita, spostando la valutazione da un piano meramente politico ad un piano scientifico. A monte, però, si richiede di dimostrare che l'obiettivo della misura sia coerente con il quadro di tutela predisposto dalla Direttiva Habitat. Ed infatti, mentre le eccezioni previste dalle lettere da a) a d) dell'art. 16 sono esplicitamente mirate a salvaguardare interessi pubblici, come la protezione della fauna e della flora, la sicurezza e la sanità pubblica, la lettera e) non prevede una particolare esigenza da salvaguardare e può quindi consentire l'adozione di misure nazionali finalizzate a raggiungere qualsiasi obiettivo, sia pure nel rispetto delle condizioni aggiuntive.

La Corte di giustizia ha statuito che la lotta al bracconaggio può esse-

re invocata come metodo che contribuisce al mantenimento o al ripristino, in uno stato di conservazione soddisfacente, della specie interessata. Pertanto, essa può rappresentare un obiettivo che giustifichi l'adozione di deroghe ai sensi dell'art. 16, par. 1, lett. e), della Direttiva Habitat.

Sebbene questa affermazione presti il fianco a delle critiche – dal momento che autorizzare ad uccidere degli animali per evitare che lo stesso venga fatto illegalmente sembra una sconfitta per le specie protette – le rigorose prove a supporto dell'idoneità della misura, della necessità della stessa e della adeguatezza rassicurano sulla opportunità delle misure nazionali che potrebbero essere adottate. Di certo la richiesta di predisporre delle forme di controllo rigorose ed efficaci rende necessaria la contestualizzazione di tali eventuali misure nell'ambito di un quadro più chiaro e completo, che sia funzionale al rispetto della legalità e della tutela delle specie protette. Infine, il necessario rispetto di uno stato soddisfacente di conservazione della specie, così come l'applicazione del principio di precauzione, determina che il bilanciamento di interessi propenda a favore della tutela degli animali che necessitano di una protezione rigorosa.

*Abstract*

*In the Luonnonsuojeluyhdistys Tapiola judgment the Court of Justice has interpreted some provisions which represent the pillars of the protection guaranteed by the Habitats Directive. In the case brought to the attention of the Court of Luxembourg, a Finnish environmental association had challenged two national measures authorizing the hunting of 7 canis lupus specimens, both to prevent damage and to reduce the phenomenon of poaching. The Court has therefore clarified the provisions of Article 16 of the Habitats Directive, which introduces some derogations to the regime of strict protection of animal species deserving special protection. In order to appreciate the importance of the judgment and its consequences on the protected species, we will first examine the subject of the dispute and the preliminary questions raised by the referring court. We will then briefly describe the protection guaranteed by the Habitat Directive, and then focus on the interpretation of art. 16 of this Directive given by the Court of Justice and on the application of the principles expressed in the judgment to the so-called Hunting for population management purposes.*



# Tutela del benessere animale, rispetto della libertà religiosa ed attuazione del giudizio antidiscriminatorio: il cammino della Corte di Giustizia dell'Unione europea 'dalle stelle alle stalle'<sup>\*</sup>

ELENA GUALCO<sup>\*\*</sup>

1. Introduzione – 2. Il caso di specie: inquadramento normativo e questioni pregiudiziali – 3. Il benessere degli animali quale obiettivo generale del diritto UE – 4. Tra rispetto dei valori (e diritti?) fondamentali e bilanciamento degli stessi: ode alla metodologia della Corte – 5. Il perseguimento 'selettivo' del benessere animale alla prova del principio di non-discriminazione: quando il fine giustifica i mezzi – 6. Riflessioni conclusive

## 1. *Introduzione*

Con la sentenza pubblicata in data 17 dicembre 2020<sup>1</sup>, la Corte di giustizia (CGUE) si è trovata ad affrontare un tema, quello del diritto alla libertà di religione e di manifestazione della stessa, che seppur oggetto di variegata pronunce in sede UE<sup>2</sup>, viene qui analizzato sotto un angolo visuale piuttosto insolito. Nell'ambito della pronuncia oggetto del presente commento, infatti, la libertà di religione, ed i confini della stessa, sono valutati in relazione non già ad una norma nazionale volta – dal punto di

<sup>\*</sup> Commento sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

<sup>\*\*</sup> Senior Lecturer in Law, University of Bedfordshire (Regno Unito).

<sup>1</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, causa C-336/19.

<sup>2</sup> In materia di non discriminazione in base alla religione nel contesto delle politiche sociali e del lavoro, cfr. Corte Ue, Grande Sez., 22 gennaio 2019, causa C-193/17; Corte Ue, Grande Sez., 17 aprile 2018, causa C-414/16; nonché Grande Sez., 14 maggio 2017, causa C-188/15; in materia di libertà religiosa ed attribuzione dello *status* di rifugiato, cfr. Corte Ue, Grande Sez., 5 settembre 2012, cause riunite C-71/11 e C-99/11.

vista formale – a regolamentarne l’esercizio, bensì ad un provvedimento normativo regionale volto ad implementare un obiettivo generale di diritto UE, quale la protezione degli animali durante l’abbattimento, che – in maniera apparentemente incidentale – coinvolge anche alcuni profili legati al *forum externum* della libertà religiosa<sup>3</sup>.

Come si avrà modo si approfondire nel corso della presente trattazione, la presente sentenza contiene diversi, ed interessanti, spunti di riflessione concernenti tanto la portata della libertà di religione e della manifestazione di suddetta libertà, anche in base alle norme comunitarie – segnatamente la Carta dei diritti fondamentali dell’UE – che si prefiggono di tutelare un codesto diritto; quanto l’operatività del principio di non-discriminazione e del sindacato antidiscriminatorio.

## 2. *Il caso di specie: inquadramento normativo e questioni pregiudiziali*

La controversia, da cui ha tratto origine la sentenza in commento, vedeva il giudice del rinvio, in questo caso la Corte costituzionale belga, interrogarsi sulla conformità di una legge regionale, entrata in vigore il primo gennaio 2019 nella regione delle Fiandre (Belgio), ad alcune disposizioni di diritto dell’Unione europea e segnatamente al regolamento (CE) n. 1099/2009 sulla protezione degli animali durante l’abbattimento<sup>4</sup>.

La normativa europea in oggetto si prepone l’obiettivo di tutelare tanto gli animali allevati o detenuti per la produzione di alimenti, lana, pelli, pellicce o altri prodotti analoghi durante la macellazione e l’abbattimento, quanto gli animali abbattuti a fini di spopolamento. Essa, inoltre, si delinea intorno all’osservazione che il benessere animale rappresenta un valore condiviso nell’Unione europea<sup>5</sup>, che per di più rileva a titolo di questione di interesse pubblico.

<sup>3</sup> A titolo di precedenti, v. Corte Ue, Grande Sez., 26 febbraio 2019, causa C-497/17; Corte Ue, Grande Sez., 29 maggio 2018, causa C-426/16.

<sup>4</sup> Regolamento (CE) n. 1099/2009 del Consiglio, del 24 settembre 2009, relativo alla protezione degli animali durante l’abbattimento (Testo rilevante ai fini del SEE), GU dell’Unione europea L 303, 18.11.2009, pp. 1-30.

<sup>5</sup> Come testimonia il Protocollo (n. 33) sulla protezione ed il benessere degli animali (1997), GU dell’Unione europea C 321 E, 29.12.2006, p. 314.

In tale contesto, la disciplina UE in tema di benessere animale durante la macellazione e l'abbattimento ha introdotto norme comuni per lo svolgimento di suddette pratiche che, prevedendo l'obbligo del previo stordimento irreversibile dell'animale<sup>6</sup>, dovrebbero escludere o minimizzare il rischio che l'animale provi dolore, ansia o altre sofferenze evitabili.

Stante l'obbligo di cui sopra, il regolamento stesso ammette una deroga al previo stordimento irreversibile laddove l'abbattimento e la macellazione dell'animale avvengano in conformità a riti religiosi: in tali circostanze, sempre che la macellazione avvenga in un macello e che opportuni e sistematici controlli sullo stato dell'animale siano garantiti, sono perciò consentite modalità di abbattimento alternative conformi al precetto religioso rilevante.

A mente dell'art. 26, infine, è lasciata facoltà agli Stati membri di introdurre disposizioni nazionali che dettino una disciplina più rigorosa per l'abbattimento e la macellazione, ciò con l'intento di incrementare nella misura più ampia possibile il benessere animale.

Nell'ambito del contesto normativo qui brevemente ricostruito, la legislazione fiamminga si prefiggeva proprio l'obiettivo da ultimo menzionato, ovvero introduceva una disciplina sull'abbattimento e la macellazione più restrittiva volta a "vietare nelle Fiandre qualsiasi sofferenza animale evitabile"<sup>7</sup>. Sulla scorta di tale obiettivo, ma altresì tenendo in debito conto la necessità di trovare un equilibrio tra il perseguimento del benessere animale e la libertà di religione, la normativa fiamminga prevedeva che la macellazione rituale dovesse effettuarsi ricorrendo all'elettro-narcosi. Tale pratica, da un lato, causerebbe lo stordimento dell'animale eliminando quindi ogni sofferenza ingiustificata dello stesso; dall'altro lato, essendo tale stordimento reversibile, non pregiudicherebbe la libertà religiosa in quanto garantirebbe comunque che la morte dell'animale avvenga, come prescritto da alcuni riti religiosi, per dissanguamento. Ne consegue, secondo il legislatore fiammingo, che la pratica da questo individuata sia un compromesso equilibrato tra i due valori in rilievo.

Di contrario avviso i ricorrenti nel procedimento principale, i quali presentavano ricorso contro la legge regionale fiamminga dinanzi alla Corte costituzionale belga al fine di ottenerne l'annullamento. Nello spe-

<sup>6</sup> Art. 5, Regolamento (CE) n. 1099/2009, cit.

<sup>7</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, cit., punto 13.

cifico, i ricorrenti ravvisavano nella normativa fiamminga una violazione di alcuni articoli del regolamento (CE) n. 1099/2009, segnatamente l'art. 4, paragrafo 4, e l'art. 26, paragrafo 2, nonché l'art. 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Adita in relazione alla legittimità comunitaria della normativa regionale, la Corte costituzionale si trovava pertanto a dover valutare se quest'ultima comportasse una compressione sproporzionata di un diritto fondamentale, la libertà di religione, custodito e protetto dal diritto dell'Unione europea. Ravvisando la necessità di ottenere alcuni chiarimenti interpretativi sulle disposizioni di diritto UE qui rilevanti, la Corte costituzionale decideva pertanto di promuovere rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Due sono i profili interpretativi sottoposti al vaglio della Corte di giustizia: anzitutto, con riferimento alle prime due questioni pregiudiziali, si trattava di stabilire se la facoltà lasciata agli Stati membri di adottare disposizioni nazionali più rigorose volte ad incrementare il benessere animale, letta alla luce delle disposizioni di diritto primario concernenti il benessere animale (art. 13 TFUE) e la libertà di religione (art. 10, paragrafo 1, CDFUE), osti ad una normativa quale quella fiamminga che imponga lo stordimento dell'animale – seppur reversibile ed inidoneo a causarne la morte – anche nell'ambito della macellazione religiosa.

In secondo luogo, la Corte di giustizia era chiamata a rispondere ad una terza questione pregiudiziale vertente sull'operatività del principio di non-discriminazione. Nello specifico, si poneva alla Corte la domanda se, ed in che misura, gli articoli 20, 21 e 22 della Carta dei diritti fondamentali risultino violati dal regolamento (CE) n. 1099/2009, allorché, in caso di abbattimento tramite macellazione rituale, lo stesso prevede soltanto una deroga condizionata all'obbligo del previo stordimento, mentre, quando l'abbattimento di animali consegue ad attività venatoria o di pesca ricreativa, ovvero ancora avviene nell'ambito di eventi sportivi e culturali, il regolamento opera un'esclusione *tout court* di tali attività dal proprio campo di applicazione.

Questo secondo profilo di indagine, che, come si avrà modo di spiegare, solleva le maggiori perplessità, verrà analizzato nel corso del paragrafo n. 5; i paragrafi n. 3 e n. 4 del presente commento saranno invece dedicati all'esame del primo profilo di analisi, concernente le questioni pregiudiziali prima e seconda.

### 3. *Il benessere degli animali quale obiettivo generale del diritto UE*

Come sopra accennato, nell'ambito della prima e della seconda questione pregiudiziale, la Corte di giustizia è stata interrogata circa la compatibilità del regolamento (CE) n. 1099/2009, e segnatamente della deroga in esso contenuta concernente le macellazioni rituali, rispetto all'obiettivo generale di garantire il benessere animale, formalizzato nell'art. 13 TFUE, e la libertà di pensiero, coscienza e religione, invece codificata all'art. 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sebbene, come ricordato dallo stesso Avvocato Generale nell'ambito delle sue Conclusioni<sup>8</sup>, vi siano precedenti giurisprudenziali sul tema, nella pronuncia in esame la Corte di giustizia è per la prima volta chiamata a sindacare l'interpretazione e la validità dell'art. 26 del regolamento (CE) n. 1099/2009, relativo alla facoltà degli Stati membri di adottare disposizioni ulteriori "intese a garantire una maggiore protezione degli animali durante l'abbattimento".

Al fine di rispondere alle due questioni di cui sopra, la Corte, seguendo un ragionamento circolare, si sofferma anzitutto sull'ambito di operatività del regolamento in oggetto. Dopo di che, come si avrà modo di precisare nel prossimo paragrafo, la Corte si premura di rileggere suddetta operatività alla luce della necessità di rispettare i diritti fondamentali e le clausole generali della Carta, in modo tale da rivalutare il margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri a mente del regolamento (CE) n. 1099/2009 e da ultimo apprezzare la legittimità dell'attività di bilanciamento ad esso connessa.

Il primo punto del sindacato svolto dalla Corte è pertanto relativo all'operatività del regolamento (CE) n. 1099/2009: muovendo dalla premessa che il benessere animale è ormai a tutti gli effetti un obiettivo di interesse generale del diritto UE, la Corte rileva come, al fine di garantire il perseguimento di un tale interesse, agli Stati membri debba essere accordato un certo margine di azione che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, consenta agli stessi di mantenere o adottare misure più restrittive, volte ad innalzare il livello di protezione degli animali. Se, come menzionato, una tale facoltà – peraltro espressamente prevista dall'art.

<sup>8</sup> Conclusioni AG Hogan, presentate il 10 settembre 2020, nella causa C-336/19, punto 13.

26 del regolamento – si fonda sul principio di sussidiarietà, essa deve comunque rispettare il precetto di cui all'art. 10 della Carta, ovvero la libertà di religione.

A tale riguardo, la Corte prende atto che il regolamento stesso ammette una deroga all'obbligo del previo stordimento irreversibile – quale tecnica che allo stato dell'arte meglio consente di rispettare il benessere animale<sup>9</sup> – laddove tale modalità di macellazione sia incompatibile con un precetto religioso<sup>10</sup>. In tali circostanze ed a titolo derogatorio, prosegue la Corte, è possibile operare una macellazione senza previo stordimento purché la stessa sia comunque svolta secondo tecniche idonee ad attenuare il più possibile la sofferenza dell'animale. Nel solco delle linee guida dettate dalla Corte, spetta però agli Stati membri condurre un tale bilanciamento e quindi garantire la conciliazione tra i due valori poc'anzi menzionati<sup>11</sup>.

Nel caso di specie, il legislatore fiammingo aveva ritenuto che l'introduzione di una normativa secondo cui anche nell'ambito della macellazione rituale dovesse operarsi il previo stordimento *reversibile* dell'animale fosse un ragionevole compromesso dal momento che avrebbe senz'altro comportato una riduzione delle sofferenze agli animali macellati secondo tecniche di macellazione rituale, ma anche rispettato il nucleo di un precetto religioso, legato alle culture ebraica e musulmana, secondo cui l'abbattimento dell'animale deve avvenire per dissanguamento. Mette conto segnalare sin da ora come la valutazione del legislatore fiammingo fosse fondata sulla risposta negativa emessa ad esito di alcune indagini scientifiche finalizzate proprio a verificare se il previo stordimento reversibile dell'animale infici il suo abbattimento tramite dissanguamento, così interferendo con la modalità di macellazione prescritta dai riti musulmano ed ebraico.

#### 4. *Tra rispetto dei valori (e diritti?) fondamentali e bilanciamento degli stessi: ode alla metodologia della Corte*

Una volta chiarito che, in mancanza di armonizzazione a livello UE, l'attività di conciliazione rimane una prerogativa statale, la Corte volge la

<sup>9</sup> Cfr. Corte Ue, Grande Sez., 26 febbraio 2019, cit., punto 47.

<sup>10</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, cit., punto 43.

<sup>11</sup> *Ibidem*, punto 47.

propria attenzione alla Carta dei diritti fondamentali, al fine di valutare in che misura la normativa fiamminga *i)* interagisca ed eventualmente *ii)* interferisca con la Carta stessa.

In merito al primo aspetto, la Corte non manca di sottolineare come la libertà di religione ai sensi della Carta dei diritti fondamentali ricomprenda tanto il *forum internum*, ovvero la libertà di ciascun individuo di avere proprie convinzioni religiose, quanto il *forum externum*, da intendersi quale manifestazione pubblica della propria fede religiosa<sup>12</sup>. Proprio nell'alveo del *forum externum* possono ricondursi le pratiche legate alla macellazione rituale<sup>13</sup>. Stanti tali premesse, alla Corte non resta che rilevare come la normativa fiamminga – nell'imporre l'obbligo del previo stordimento anche nel corso di macellazioni rituali – rappresenti in effetti una limitazione all'esercizio della libertà religiosa.

Tale limitazione, al fine di essere compatibile con il diritto dell'Unione europea, deve soddisfare due ordini di requisiti. Anzitutto, occorre che la libertà religiosa sia compressa al fine di accomodare un valore, un principio ovvero un diritto di eguale tenore. A questo proposito, invece di esaminare se ed in che misura la tutela del benessere animale e la tutela della libertà religiosa possano giudicarsi di pari importanza<sup>14</sup>, il giudizio della Corte muove dal postulato – non del tutto condivisibile<sup>15</sup> – che “libertà religiosa” e “benessere animale” siano in effetti valori parimenti ordinati e quindi suscettibili di bilanciamento.

Sulla base della premessa appena delineata, la compressione dell'esercizio della libertà religiosa dovrà poi superare il test di legittimità previsto – in maniera più o meno diretta – dalla Carta stessa. Il valore della sentenza in esame emerge proprio sotto quest'ultimo profilo, allorché la Corte, soffermandosi su codesta valutazione, adotta un percorso metodologico chiaro e lineare che ha il valore aggiunto di essere fruibile in ulteriori ambiti applicativi della Carta.

La valutazione circa la compatibilità della normativa fiamminga con l'art. 10 CDFUE muove le fila dall'analisi della disposizione di di-

<sup>12</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, cit., punto 52.

<sup>13</sup> Come stabilito in Corte Ue, Grande Sez., 29 maggio 2018, cit.

<sup>14</sup> Sul punto, e da un angolo visuale giuspubblicistico, v. G. PELAGATTI, “Libertà alimentare religiosa”, *macellazione halal, protezione del “benessere animale”*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2021, 30 aprile 2021, pp. 623-641, spec. p. 638 ss.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 639.

ritto UE: in particolare, la Corte opportunamente rileva come l'art. 10 CDFUE faccia parte di quelle disposizioni 'fotocopia', che sono state elaborate – o meglio mutate – a partire da disposizioni già contenute nella CEDU. Quanto appena osservato – seppur in presenza di due previsioni normative, art. 10 CDFUE e art. 9 CEDU, il cui dettato normativo è lungi dall'essere identico – emerge dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali<sup>16</sup> ed in particolare da quella concernente l'art. 10, a mente della quale la corrispondenza dell'art. 10 CDFUE all'art. 9 CEDU implica che il primo abbia "significato e portata identici" al secondo.

Venendo perciò ad analizzare la portata dell'art. 9 CEDU, la Corte non manca di sottolineare come l'art. 9 CEDU faccia parte di quelle disposizioni a carattere 'relativo' della CEDU, ovvero disposizioni che pur affermando l'esistenza di un(a) diritto/libertà, ammettono compressioni alla sua efficacia nella misura in cui la restrizione *i*) sia dettata da misure necessarie in una società democratica, *ii*) persegua uno degli obiettivi di portata generale di cui all'art. 9 stesso, *iii*) sia stabilita per legge<sup>17</sup>.

Come noto, la corrispondenza<sup>18</sup> tra i diritti CEDU ed i diritti di cui alla Carta è altresì evocata dall'art. 52 della Carta stessa che si occupa, tra gli altri, di "garantire la necessaria coerenza tra i diritti contenuti [nella Carta] ed i diritti corrispondenti garantiti dalla CEDU"<sup>19</sup>. Oltre a ribadire come – in caso di corrispondenza – il significato e la portata dei diritti di cui alla Carta sia identico alle disposizioni CEDU, l'art. 52 rileva sotto due ulteriori profili.

In primo luogo, l'art. 52 precisa altresì che l'Unione europea si riserva la facoltà di attribuire una protezione più estesa ai diritti poc'anzi menzionati. Secondariamente, e nell'ambito delle Spiegazioni relative all'art. 52 CDFUE, si chiarisce che la piena corrispondenza Carta-CEDU opera

<sup>16</sup> Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, GU C 303, 14.12.2007, p. 17-35. Sul tema, per tutti, J. P. JACQUÉ, *The Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, p. 1715 ss.

<sup>17</sup> A tal proposito, *ex multis*, S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2012.

<sup>18</sup> V. A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 700 ss.

<sup>19</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, cit., punto 56.

anche con riferimento alle restrizioni ai diritti in questione. Mentre il primo profilo non rileva nel caso di specie, il secondo punto ha al contrario un ruolo di prim'ordine dal momento che la risoluzione della controversia *a quo* richiedeva proprio un accertamento sulla legittimità della restrizione all'esercizio di un diritto fondamentale quale la libertà religiosa.

Ebbene, nel proprio percorso argomentativo, la Corte non ha mancato di cogliere questa occasione per adattare i requisiti di legittimità previsti dall'art. 9 CEDU al contesto comunitario.

Il primo passaggio dell'analisi svolta dalla Corte attiene alla verifica che la restrizione al diritto fondamentale sia avvenuta per il tramite di una disposizione legislativa<sup>20</sup>: tale requisito può considerarsi rispettato dal momento che la limitazione al *forum externum* della libertà religiosa era stata prevista da una legge regionale adottata nella regione delle Fiandre.

Il secondo passaggio dell'analisi consiste nel valutare se la restrizione adottata comporti un'esclusione *tout court* del diritto fondamentale, ovvero soltanto una sua compressione. Nel primo caso, la restrizione sarebbe automaticamente illegittima, mentre nella seconda ipotesi – che rileva nel caso di specie – la restrizione imposta all'esercizio della libertà di religione non intacca il contenuto essenziale, ovvero il cuore pulsante, del diritto stesso<sup>21</sup>. In questo secondo caso, è pertanto possibile proseguire l'esame circa la legittimità della normativa regionale controversa.

Muovendo quindi al terzo passaggio dell'analisi, la Corte si trova dinanzi alla domanda se, ed in che misura, la disposizione regionale risponda ad un obiettivo di interesse generale. A tale proposito, la Corte ha nuovamente gioco facile nel rilevare che la protezione degli animali ed in particolare il loro benessere sia oramai diventato un valore ampiamente condiviso a livello UE, tanto da essere cristallizzato nell'art. 13 TFUE<sup>22</sup>.

Una volta completata l'analisi dei punti di cui sopra, la Corte volge lo

<sup>20</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, cit., punto 60.

<sup>21</sup> A tale riguardo si veda la brillante metafora suggerita da M. BRKAN, *The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: peeling the onion to its core*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, 14(2), pp. 332-368, p. 332, allorché afferma come “[e]stablishing an interference with a fundamental right in EU law can be compared to peeling an onion: the outer layer is the fundamental right as a whole, without its value being diminished in any way; the next layer comprises a justified interference with this right, followed by an unjustified interference. Even closer to the inside of the onion is a particularly serious interference with a fundamental right”.

<sup>22</sup> Corte Ue, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, cit., punto 63.

sguardo verso un quarto ed ultimo rilievo, attinente alla necessità che la misura regionale rispetti i confini del principio di proporzionalità.

Come noto, e come costantemente sottolineato tanto in dottrina<sup>23</sup> quanto – indirettamente – in giurisprudenza<sup>24</sup>, l'applicazione ed il rispetto del principio di proporzionalità in ambito UE richiede una valutazione attenta dei concetti di 'necessarietà' e 'ragionevolezza', che tenga parimenti conto della componente arbitraria, o quantomeno soggettiva, indissolubilmente legata all'operatività del principio di proporzionalità. Anche in relazione al caso di specie, pertanto, la Corte di giustizia è stata chiamata ad individuare quale fosse il punto di equilibrio tra due valori contrapposti, o, in altre parole, a sindacare entro quali confini la compressione della libertà religiosa a vantaggio della tutela del benessere animale potesse considerarsi necessaria, ragionevole e, da ultimo, proporzionata.

Il ragionamento interpretativo della Corte a tale riguardo si fonda su tre argomenti: innanzitutto, la Corte rileva come alcune ricerche scientifiche abbiano confermato che lo stordimento dell'animale non pregiudica il suo dissanguamento<sup>25</sup>. Ne consegue che, laddove lo stordimento sia reversibile, l'abbattimento dell'animale avverrebbe effettivamente per emorragia e, pertanto, il precetto religioso afferente alle culture ebraica e musulmana non risulterebbe violato.

Secondariamente, la Corte opportunamente ricorda che la Carta dei diritti fondamentali è uno strumento vivente, la cui operatività evolve in

<sup>23</sup> A tal proposito, in chiave critica nei confronti della Corte, proprio in virtù del mancato debito approfondimento sulla proporzionalità di una misura restrittiva del diritto alla libertà religiosa, v. J.H.H. WEILER, *Je suis Achbita!*, in *European Journal of International Law*, 2017, 28(4), pp. 989-1008, spec. p. 996 ss.; più in generale, v. L. BURGOGUE-LARSEN, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione. L'articolo 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ovvero la rivoluzione silenziosa*, in *Ragion Pratica*, 2011, p. 55 ss., nonché l'espressione utilizzata da G. STROZZI, *Limiti e controlimiti all'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 23 ss., a p. 36, allorché definisce il principio di proporzionalità "un altro dei 'grimaldelli' a disposizione della Corte per decidere sulla preminenza o meno di un certo principio comunitario, a seconda del caso concreto. Ma con ciò lasciando aperta la porta a una giurisprudenza spesso oscillante, ossia priva di parametri fissi di riferimento, variabili a seconda delle circostanze".

<sup>24</sup> Cfr. Corte Ue, 13 dicembre 1979, causa 44/79, punto 23.

<sup>25</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, cit., punto 75.

base al mutare delle “condizioni di vita e delle concezioni prevalenti”<sup>26</sup> negli Stati membri: dal momento che il benessere animale ha assunto un’importanza notevole in ambito UE, la Corte conclude che la protezione di un tale valore ha un ruolo attivo nel giustificare, in quanto proporzionata, una misura che comprime la libertà religiosa.

In terzo ed ultimo luogo, la Corte rileva che, ad ogni modo, la circolazione in ambito UE di animali macellati ritualmente senza previo stordimento rimane consentita e non è in alcun modo pregiudicata dalla normativa in esame: di conseguenza, ed anche tenuto conto che la maggior parte degli Stati membri autorizza macellazioni rituali senza previo stordimento, la misura fiamminga appare ragionevole<sup>27</sup>.

Sulla base delle argomentazioni qui brevemente richiamate, la Corte conclude affermando che “le misure contenute nella legge regionale di cui al procedimento principale consentono di garantire un giusto equilibrio tra l’importanza connessa al benessere degli animali e la libertà di manifestare la propria religione dai credenti ebraici e musulmani e che tali misure sono, di conseguenza, proporzionate”<sup>28</sup>.

Per le ragioni che si avrà immediatamente modo di illustrare, il quarto profilo di indagine della Corte si contraddistingue per essere il più complesso – ma non più controverso<sup>29</sup> – da risolvere.

Per quanto concerne l’indagine sulla proporzionalità della misura fiamminga, si ravvisa una stonatura da parte della Corte laddove la stessa richiama l’argomentazione che “ricerche scientifiche [...] hanno dimostrato l’infondatezza del timore secondo cui lo stordimento pregiudicherebbe negativamente il dissanguamento”<sup>30</sup>: il ricorso a tale argomentazione – quale primo punto affrontato oltretutto – pare non del tutto condivisibile. La Corte ha infatti scelto di analizzare una problematica legata non già a qualsivoglia diritto fondamentale bensì ad un diritto fondamentale, la libertà religiosa, connesso alla sfera più intima e personale di ciascun individuo, con una lente – quella delle risultanze scientifiche

<sup>26</sup> *Ibidem*, punto 77.

<sup>27</sup> *Ibidem*, punto 78.

<sup>28</sup> *Ibidem*, punto 80.

<sup>29</sup> Come si dirà *infra*, par. 5.

<sup>30</sup> Corte Ue, Grande Sezione, 17 dicembre 2020, cit., punto 75.

– quanto mai lontana dall’accomodare e persino concepire profili privati e soggettivi quali il credo religioso<sup>31</sup>.

Specialmente dal punto di vista dei soggetti interessati dalla normativa fiamminga, un’argomentazione di carattere scientifico è sicuramente percepita come discutibile e quindi scarsamente fondata: più opportunamente, la Corte avrebbe potuto invertire l’ordine dei fattori così da affrontare per primo proprio il punto sull’operatività della Carta e quindi sulla portata del diritto fondamentale in esso contenuto. Mette tuttavia conto segnalare come suddetta articolazione del sindacato giurisdizionale possa anche essere letta – e giustificata – quale tentativo della Corte di giustizia di accertare, in via preliminare e prioritaria, che il diritto alla libertà religiosa non fosse del tutto escluso dalla normativa in esame; circostanza, quest’ultima, che avrebbe portato la Corte a dichiarare *tout court* illegittima la normativa fiamminga senza che ulteriori valutazioni fossero richieste.

In ogni caso, nell’avvalersi di risultanze scientifiche a fondamento del proprio sindacato, la Corte ha sicuramente omesso di rilevare come vi siano altre, parimenti autorevoli, osservazioni scientifiche che non ravvisano un’immediata sofferenza dell’animale in caso di macellazione rituale senza previo stordimento<sup>32</sup>.

Stanti i profili non pienamente condivisibili qui esaminati, la prima parte del sindacato svolto dalla Corte di giustizia appare comunque comprensibile. Diversamente, e come si dirà nel prossimo paragrafo, vi è un ulteriore aspetto della pronuncia in esame che, all’apparenza, risulta incontestabile, salvo poi, in sede di valutazione, dare adito a numerose criticità.

##### 5. *Il perseguimento ‘selettivo’ del benessere animale alla prova del principio di non-discriminazione: quando il fine giustifica i mezzi*

Nell’ambito di una terza questione pregiudiziale, la Corte di giustizia viene adita in relazione all’articolo 26, paragrafo 2, primo comma,

<sup>31</sup> Una valutazione di pari tenore è mossa altresì dall’AG Hogan nelle proprie Conclusioni allorché afferma che “un giudice laico non può compiere scelte in materia di ortodossia religiosa” (Conclusioni AG Hogan, 10 settembre 2020, cit., punto 47).

<sup>32</sup> G. PELAGATTI, “Libertà alimentare religiosa”, *macellazione halal, protezione del “benessere animale”*, cit., p. 637.

lettera c) del regolamento (CE) n. 1099/2009 ed in particolare interrogata circa la compatibilità di tale previsione normativa con i principi di uguaglianza, non discriminazione, diversità culturale, religiosa e linguistica, protetti dagli articoli 20, 21 e 22 della Carta dei diritti fondamentali. Muovendo dal rilievo che il regolamento consente solo una deroga all'obbligo del previo stordimento irreversibile dell'animale per i casi in cui l'abbattimento e la macellazione seguano precetti rituali, mentre non si occupa di garantire il benessere animale allorché l'abbattimento avvenga nell'ambito di pratiche venatorie, sportive e/o culturali, il giudice del rinvio domandava alla Corte se una tale diversità di approccio rilevi a titolo di disparità di trattamento ed eventualmente discriminazione nei confronti della macellazione rituale.

La sintetica risposta della Corte, a riguardo, si articola intorno all'osservazione che il divieto di discriminazione, quale espressione specifica del principio di uguaglianza, impone "che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che un simile trattamento non sia obiettivamente giustificato"<sup>33</sup>.

Stante tale premessa, e rilevato come la produzione di carne e di prodotti di origine animale ha carattere prettamente incidentale, risulta inconfutabile come un evento culturale e/o sportivo non possa intendersi quale attività volta alla produzione di alimenti. L'aver, pertanto, riservato un trattamento differenziato alle attività concernenti eventi culturali e sportivi, rispetto alle pratiche di macellazione rituale non viola il principio di uguaglianza, ma semmai si allinea ad un precetto dello stesso, quello secondo cui situazioni diverse dovrebbero essere trattate in maniera diversa.

Venendo poi ad affrontare la domanda se il legislatore dell'Unione abbia invece violato il principio di non discriminazione allorché ha escluso dal campo di applicazione del regolamento in oggetto le attività venatorie di caccia e pesca, la Corte afferma che "non si può sostenere che tali attività possano essere praticate su animali previamente storditi"<sup>34</sup>, pertanto confermando anche in questa circostanza come la diversità delle situazioni considerate giustifichi il diverso trattamento a queste riservato.

<sup>33</sup> Corte Ue, Grande Sez., 17 dicembre 2020, cit., punto 85.

<sup>34</sup> *Ibidem*, punto 91.

Mentre la risposta alla prima parte della terza questione pregiudiziale pare ragionevole, non potendosi in effetti affermare che in linea di massima l'abbattimento dell'animale rappresenti l'obiettivo di eventi culturali e/o sportivi che prevedano un coinvolgimento degli stessi, l'approccio seguito dalla Corte con riferimento alla seconda parte della terza questione pregiudiziale desta qualche perplessità.

Innanzitutto, il benessere animale rileva non solo a titolo di obiettivo generale<sup>35</sup> del diritto dell'Unione europea ma può oramai ascrivarsi a questione di interesse pubblico<sup>36</sup> stante la crescente attenzione che il trattamento degli animali suscita nell'ambito dell'opinione pubblica<sup>37</sup>. Da ciò può facilmente desumersi che un tale obiettivo sia da perseguirsi non solo nell'ambito delle pratiche volte all'abbattimento e successiva macellazione degli animali, bensì in relazione a qualsivoglia pratica che comporti l'abbattimento degli stessi. Ne consegue che anche attività venatorie, quali la caccia e la pesca, sarebbero a giusto titolo ricomprese nell'alveo di tale obiettivo generale e idealmente nel campo di applicazione del regolamento (CE) n. 1099/2009.

La scelta, in senso contrario, del legislatore dell'Unione europea pare quindi discutibile nella misura in cui, in effetti, riserva un trattamento differenziato a due attività – entrambe finalizzate all'abbattimento – che, non conformandosi al precetto secondo cui l'abbattimento dell'animale richiede il previo stordimento irreversibile, incidono allo stesso modo sul benessere animale<sup>38</sup>. La circostanza che la *ratio* sottesa alle due attività sia di per sé differente – la necessità di seguire un precetto religioso, dando quindi attuazione alla libertà di religione di cui all'art 10 CDFUE, nell'ambito della macellazione rituale; e l'esercizio di un'attività di carattere ludico-ricreativo, peraltro non riconducibile ad un diritto soggettivo, nell'ambito dell'attività venatoria – non sembra sufficiente a giustifi-

<sup>35</sup> Cfr. art. 13 TFUE, nonché il Protocollo (n. 33) sulla protezione ed il benessere degli animali (1997), cit., p. 314

<sup>36</sup> Considerando 4, regolamento (CE) n. 1099/2009, cit., nonché il piano d'azione comunitario per la protezione e il benessere degli animali durante il periodo 2006-2010, COM (2006) 13 definitivo, GU C 49, 28 febbraio 2006.

<sup>37</sup> Si veda, ad esempio, l'iniziativa dei cittadini europei "End the Cage Age", volta ad abolire l'allevamento in gabbia, consultabile sulla rete interconnessa.

<sup>38</sup> In tal senso, v. D.M. BROOM, *Legally accepted pain and other poor welfare in animals*, in S. HILD, L. SCHWEITZER (ed.), *Animal Welfare: from Science to Law*, La Fondation Droit Animal, Éthique et Sciences (LFDA), 2019, p. 165.

care un così diverso inquadramento normativo delle stesse. La Corte di giustizia, peraltro, ha in più occasioni affermato come, nell'ambito del sindacato antidiscriminatorio, la *ratio* sottesa ad una disparità di trattamento sia di per sé irrilevante, dovendo infatti il sindacato concentrarsi sull'effettiva comparabilità delle situazioni sottoposte a trattamento differenziato e sugli effetti concreti che tale disparità comporta<sup>39</sup>.

Nella misura in cui i tratti salienti delle due pratiche – attività venatoria e macellazione rituale – coincidono, essendo le stesse finalizzate a realizzare l'abbattimento animale secondo modalità specifiche, esse rilevano quali situazioni tra loro comparabili e, pertanto, idealmente destinatarie del medesimo trattamento<sup>40</sup>. Di conseguenza, si ritiene che entrambe le pratiche avrebbero dovuto essere incluse nel campo di applicazione del regolamento, salvo poi rilevare a titolo di deroghe alla regola generale del previo stordimento irreversibile. La scelta del legislatore comunitario nel senso di assoggettare solo la macellazione rituale al regime derogatorio di cui al regolamento, lasciando del tutto priva di copertura normativa la tutela del benessere animale nel contesto delle attività venatorie, appare così discutibile, nella misura in cui si manifesta quale rinuncia al perseguimento di un obiettivo di carattere generale di diritto UE, ed istituzionalizza un trattamento differenziato.

Stante l'assenza – a livello di regolamento e nella sentenza della Corte di giustizia<sup>41</sup> – di qualsivoglia argomentazione a sostegno e quindi a giustificazione di tale disparità di trattamento, la stessa parrebbe pertanto ascrivibile a trattamento discriminatorio.

<sup>39</sup> V. a tale proposito, AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI (FRA), *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2011, p. 23 ss.

<sup>40</sup> A tale riguardo si notino le osservazioni di D.M. BROOM, *Le bien-être animal dans l'Union européenne*, Parlamento Europeo, Dipartimento tematico Diritti dei cittadini e affari costituzionali, PE 583.114, 2017, p. 39 secondo cui “[l]es codes suivis par les chasseurs, même si leur activité elle-même peut être condamnée (voir la pétition n° 1619/2013 adressée au Parlement européen), visent à éviter le plus mauvais état de bien-être. Le même objectif a donné lieu à des efforts en faveur d'une mise à mort sans cruauté des animaux dans les abattoirs”.

<sup>41</sup> Discussibile e finanche “sospetta” appare anche la scelta, effettuata dalla Corte, di richiedere all'Avvocato Generale di focalizzare le proprie Conclusioni unicamente sulle prime due questioni pregiudiziali, così tralasciando la terza. V. Conclusioni AG Hogan, 10 settembre 2020, cit., punto 43.

## 6. *Riflessioni conclusive*

Nel corso del presente commento si è cercato di illustrare i tratti salienti di una sentenza che, *prima facie*, non presenta alcun elemento di criticità. Quanto affermato può senz'altro applicarsi alla ricostruzione interpretativa operata dalla Corte nell'ambito delle prime due questioni pregiudiziali, laddove la Corte si è cimentata con l'operatività della Carta dei diritti fondamentali e con i confini dell'attività di bilanciamento tra diritti e valori contrapposti. La trattazione non ha infatti mancato di sottolineare i meriti di alcune argomentazioni svolte dalla Corte che non solo hanno il pregio di essere ampiamente intelleggibili, ma sono altresì suffragate da un puntuale e ragionato ricorso al disposto normativo, così come interpretato anche in dottrina e giurisprudenza.

Per queste ragioni, non sorprende che le primissime riflessioni svolte nei confronti della presente sentenza ne elogino il merito<sup>42</sup>.

Ferme restando le osservazioni mosse nei confronti della prima parte della sentenza, vi è tuttavia un aspetto della stessa che pare essere stato messo in secondo piano, ma che invece tradisce un limite significativo alla meritevolezza della pronuncia in oggetto. Si tratta, come emerso nel presente commento, dell'approccio interpretativo seguito dalla Corte con riferimento alla terza questione pregiudiziale, ovvero alla valutazione se – non la normativa fiamminga, bensì – la normativa comunitaria avesse di fatto introdotto una disparità di trattamento e, come qui si ritiene, una discriminazione.

Sebbene questo secondo profilo non fosse il cuore pulsante del procedimento *a quo*, occorre segnalare che una conclusione nel senso di ravvisare nel regolamento in oggetto un trattamento discriminatorio nei confronti della libertà religiosa, avrebbe certamente avuto un effetto anche nel procedimento principale dal momento che la Corte si sarebbe trovata a dover dichiarare illegittima – e quindi non (più) operativa – la normativa UE. Il *self-restraint* della Corte di giustizia, unitamente alla scelta di non fornire alcuna delucidazione a riguardo, apre senz'altro la via a speculazioni di varia natura sulle motivazioni per cui attività a carat-

<sup>42</sup> V. J. CALLEWAERT, *Applying the right to freedom of religion under the Charter, having regard to the Convention – judgment of the CJEU in the case of Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others*, reperibile sulla rete interconnessa.

tere ludico-ricreativo, quali la caccia e la pesca, che sicuramente impattano sul benessere animale, beneficiano di un regime preferenziale rispetto ad attività a carattere religioso. Tralasciando ogni valutazione di stampo non prettamente giuridico, può da ultimo svolgersi un'osservazione sul diverso *status* delle due attività e, nello specifico, sul paradosso che si crea allorché si prende atto come una pratica, la macellazione religiosa, il cui esercizio rientra nell'alveo dell'esercizio di un diritto fondamentale, sia sottoposta ad un attività di conciliazione *vis-à-vis* l'obiettivo di rispettare il benessere animale<sup>43</sup>, mentre una pratica, caccia e pesca, che si dubita finanche afferire ad un diritto soggettivo, sia invece esentata da qualsivoglia bilanciamento.

<sup>43</sup> A tale riguardo si noti come lo stesso Avvocato Generale afferma che, stante l'importanza di riconoscere ed accomodare il benessere animale, "esso debba piegarsi, in determinate circostanze, all'obiettivo ancor più importante di garantire le libertà e le convinzioni religiose [...]" (Conclusioni AG Hogan, 10 settembre 2020, cit., punto 62).

*Abstract*

*Animal welfare – Freedom of religion – Art. 10 EUCFR – Non-discrimination  
Ritual slaughter – Regulation (EC) No 1099/2009*

*In its recent ruling *Centraal Israëlitisch Consistorie van België and o.* (C-336/19), the Court of Justice of the European Union (CJEU) has been asked to solve a dual dilemma: first, whether – and to what extent – the EU objective of general interest to protect animals at the time of slaughter or killing can lawfully compress the right to manifest religion. Second, whether the EU goal to protect animal welfare only matters in particular circumstances – e.g. in case of ritual slaughter – but has yet to apply onto further activities equally leading to animal killing. In the scenario just described, the approach followed by the CJEU is at time convincing and very disappointing. With regard to the first aspect, the present contribution highlights how the CJEU has for once implemented a reasoned investigation of the circumstances where the right to freedom of religion can lawfully be outweighed by the need to protect an (almost) equivalent EU value, i.e. animal welfare. Concerning the second point, and in sharp opposition to the clear methodology followed in the first part of the ruling, the paper points out a major flaw in the Court's decision: when asked about the compliance with the principle of non-discrimination of Regulation (EC) No. 1099/2009, on the protection of animals at the time of killing, the CJEU opts for no actual investigation of the issue, thus leaving the door open to the query whether such self-restraint was in fact an attempt to dismiss a question that – if properly tackled – would most probably lead to a negative answer.*

## La tutela della biodiversità nelle aree umide artificiali: l'istituzione di una ZPS nel bilanciamento tra tutela dell'avifauna e interesse del privato\*

MICHELA LEGGIO

CONSIGLIO DI STATO, Sez. II – 24 novembre 2020, n. 7354 – *Pres.* Cirillo, *Est.* Manzione – Regione Puglia (avv. Cecchetti) c. Azienda Agricola Ba e Ba s.r.l., ora Società Agricola del Tavoliere S.r.l., (avv. Ruffolo) nei confronti del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato.

**Direttiva Uccelli – Zone di Protezione Speciale – Habitat naturale – Zona umida artificiale – Atto istitutivo – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Discrezionalità – Vincolo conformativo – Vincolo espropriativo – Onere reale – Obbligazione propter rem – Principio di proporzionalità**

*È illegittimo per eccesso di potere l'atto istitutivo di una Zona di Protezione Speciale ai sensi della Direttiva Uccelli, che, non avendo considerato la caratteristica artificiale dell'area, non esegue una corretta comparazione tra tutela della biodiversità e godimento della proprietà privata.*

*Il vincolo che deriva dall'inserimento di una zona umida artificiale nella lista delle Zone di Protezione Speciale non può considerarsi conformativo perché incide gravemente sul godimento del bene e crea un vincolo a palude ambulatorio e pro futuro, non dissimile da un'obbligazione reale.*

1. La sentenza del Consiglio di Stato – 2. La disciplina sulla biodiversità in ambito internazionale ed europeo – 3. La pianificazione territoriale per fini

\* Commento sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

ambientali: la natura dell'atto e del vincolo su aree umide artificiali – 4. La biodiversità e la valutazione degli interessi del privato

### 1. *La sentenza del Consiglio di Stato*

La Seconda Sezione del Consiglio di Stato, con pronuncia del 24 novembre 2020, n. 7354, ha rigettato l'appello proposto dalla Regione Puglia avverso la pronuncia del T.A.R. Bari n. 1362/2011, così confermando l'annullamento della deliberazione regionale con cui si estendeva l'area di una Zona di Protezione Speciale (ZPS).

La vicenda trae origine da un ricorso, presentato da un'azienda agricola faunistico – venatoria del foggiano, avverso la delibera della Giunta regionale con cui l'area di sua proprietà veniva qualificata area protetta poiché zona umida rilevante per la tutela dell'avifauna<sup>1</sup>. L'area dell'azienda, situata all'interno del complesso delle Paludi del Golfo di Manfredonia e chiamata "Valle San Floriano", veniva inserita tra le ZPS in quanto già qualificata come *Important Bird Area*, secondo i criteri internazionali delineati dall'associazione Birdlife<sup>2</sup>. La qualifica di zona protetta per la biodiversità veniva attribuita, però, senza considerare la sua origine artificiale. L'umidità dell'area, infatti, era stata creata appositamente dall'azienda per scopi imprenditoriali, grazie all'immissione di acqua proveniente da un canale finitimo e all'utilizzo di costose pompe idrovore.

Proprio questa mancanza, unita alla scarsa considerazione degli effetti che la qualifica di area protetta avrebbero prodotto sul regime di proprietà del bene, sono state addotte dal Consiglio di Stato come motivo di rigetto dell'appello, a conferma dell'annullamento dell'atto regionale

<sup>1</sup> Nello specifico, la Regione Puglia, con delibera n.1022 del 2005, istituiva e ampliava la Zona Protetta Speciale delle Paludi del Golfo di Manfredonia, già riconosciuta come *Important Bird Area* (IBA). Con una successiva delibera, la n.1622/2006, escludeva dall'elenco delle aree protette tutte le zone diverse dalle "Oasi di protezione" di cui al Piano faunistico venatorio regionale. L'anno seguente, con la delibera n. 1637 del 7.11.2006, disponeva la revoca della precedente delibera del 2006 e pertanto ripristinava l'inserimento nell'elenco delle Zone di Protezione Speciale dell'area di proprietà della ricorrente.

<sup>2</sup> Le *Important Bird Areas*, di seguito IBA, sono dei siti riconosciuti a livello internazionale come aree da tutelare per la protezione dell'avifauna. Le IBA sono individuate da *Birdlife International*, una global partnership di organizzazioni non governative. Sempre *Birdlife* stabilisce altresì criteri internazionalmente riconosciuti per identificare tali aree rilevanti.

## 2. *La disciplina sulla biodiversità in ambito internazionale ed europeo*

La disciplina per la tutela degli ecosistemi e il mantenimento della flora e della fauna ha vissuto un'evoluzione nel corso degli anni, che ha visto il passaggio da una visione prevalentemente antropocentrica a un approccio "ecosistemico"<sup>3</sup>.

Questo mutamento di prospettiva si coglie soprattutto in ambito internazionale, ove fin da subito si è andato sviluppando l'attenzione per il tema della biodiversità, dapprima attraverso accordi bilaterali e, successivamente, tramite vere e proprie convenzioni tra più Stati.

Nelle prime convenzioni, infatti, le specie, animali o vegetali, venivano tutelate solo in base alla loro utilità per l'uomo o, al più, solo se rare e sfruttate senza particolari cautele<sup>4</sup>. Successivamente, questa visione utilitaristica ha lasciato spazio a un'impostazione incentrata sulla tutela delle specie, relegate però a zone specifiche dette "di confinamento"<sup>5</sup>.

Si considera, invece, indice di una chiara evoluzione la Convenzione di Ramsar<sup>6</sup>. La Convenzione, che attiene alla tutela dell'ecosistema delle zone umide, naturali o artificiali<sup>7</sup> e del grande numero di animali da esse

<sup>3</sup> Così A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. III, *La tutela della natura e del paesaggio*, Milano, 2014, pp. 737 ss. e M. C. MAFFEI, *La protezione delle specie, degli habitat e della biodiversità*, in *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, a cura di A. FODELLA e L. PINESCHI, Torino, 2009, pp. 263 ss.

<sup>4</sup> Si veda, ad esempio, la Convenzione destinata ad assicurare la conservazione delle varie specie di animali in Africa, utili all'uomo o inoffensive, siglata a Londra il 19 maggio 1900.

<sup>5</sup> Ne sono esempio la Convenzione relativa alla preservazione della fauna e della flora nel loro stato naturale, firmata a Londra nel 1933, e la Convenzione sulla protezione della natura e la preservazione della vita selvatica nell'emisfero occidentale, conclusa a Washington nel 1940.

<sup>6</sup> Siglata a Ramsar il 2 febbraio 1971 ed emendata nel 1982 e nel 1987, con il Protocollo di Parigi e gli emendamenti di Regina. La Convenzione è stata portata ad esecuzione con il D.P.R. n. 448/1976 e il D.P.R. n. 184/1987.

<sup>7</sup> L'art. 1 della Convenzione, infatti, dispone che per zone umide "si intendono distese di paludi, di torbiere o di acque naturali o artificiali, permanenti o temporanee, dove l'acqua è stagnante o corrente, dolce, salmastra o salata, ivi comprese distese di acqua marina la cui profondità a marea bassa non superi sei metri". Particolarmente importante è anche l'art. 2 che istituisce una lista di zone umide di importanza internazionale, nella quale gli Stati firmatari iscrivono le aree che corrispondono ai requisiti specifici.

ospitato<sup>8</sup>, costituisce un primo tentativo di gestire le aree protette in forma integrata con le aree finitime e le attività umane.

Tuttavia, secondo la comune opinione, è solo con la Convenzione sulla Biodiversità, del 5 giugno 1992, firmata durante la Conferenza di Rio de Janeiro e ratificata dall'Italia con la L. n. 124/1994<sup>9</sup>, che è avvenuto il definitivo passaggio a una visione "ecosistemica". Qui, la definizione offerta di biodiversità impone di tenere conto dei diversi elementi di un habitat e di concepire l'ecosistema in una dimensione evolutiva e dinamica di cui l'uomo fa parte.

Rispetto alle precedenti convenzioni, è evidente il mutamento di prospettiva: non si tratta più di proteggere le singole specie o di conservare le aree protette, ma di garantire una molteplicità di elementi e la loro coesistenza nel medesimo ambiente.

In ambito europeo, la disciplina della biodiversità è indubbiamente più recente e si ritiene adotti anch'essa un approccio ecosistemico.

La normativa è composta innanzitutto dalla Direttiva n. 79/409/CEE del 2 aprile 1979, sulla conservazione degli uccelli selvatici detta Direttiva Uccelli, poi sostituita dalla Direttiva 2009/157/CE<sup>10</sup> e recepita con la L. n. 157/1992.

Obiettivo di questa direttiva è la protezione dell'avifauna selvatica e la conservazione del suo ambiente naturale, specialmente con riferimento alle specie migratrici che costituiscono la maggioranza di quelle presenti in Europa<sup>11</sup>. Questo scopo viene perseguito mediante l'istituzio-

<sup>8</sup> F. BOEZIO, *Le zone umide, assieme alle foreste tropicali, sono tra gli ecosistemi del pianeta con la più alta diversità biologica*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, pp. 757 ss., nota a Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2001, n. 4600.

<sup>9</sup> Come osservato da L. MARFOLI, *Biodiversità: un percorso internazionale ventennale*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2012, pp. 155 ss., con la Convenzione sulla Biodiversità si voleva realizzare una "umbrella convention" in grado di convogliare gli sforzi internazionali sostenuti sino a quel momento. Gli accordi precedentemente varati erano privi di collegamenti tra loro e molte volte non erano stati sottoscritti dalle medesime parti.

<sup>10</sup> Come osservato da F. CARPITA, *Aree protette e tutela della biodiversità*, Pisa, 2016, p. 37, l'attenzione dell'Unione europea per la biodiversità risale però ad alcuni anni prima: già nel 1974, la Commissione europea invitava gli Stati membri a aderire alla Convenzione di Parigi, per la protezione degli uccelli selvatici e a quella di Ramsar sulle zone umide di importanza internazionale.

<sup>11</sup> R. NARDELLI, A. ANDREOTTI, E. BIANCHI, M. BRAMBILLA, B. BRECCAROLI, C. CELADA, E. DUPRÉ, M. GUSTIN, V. LONGONI, S. PIRRELLO, F. SPINA, S. VOLPONI, L.

ne, da parte degli Stati membri, di Zone di Protezione Speciale (ZPS), soprattutto lungo i tragitti migratori<sup>12</sup>, in modo da salvaguardare il mantenimento delle specie.

Successiva alla Direttiva Uccelli è la Direttiva n. 92/43/CEE del 21 maggio 1992, sulla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, detta anche Direttiva Habitat<sup>13</sup>. Differentemente dalla prima, la Direttiva Habitat non riguarda uno specifico tipo di fauna, ma ha come scopo la tutela dei restanti gruppi tassonomici e dei loro ambienti naturali<sup>14</sup>. Come la Direttiva Uccelli, anche la Direttiva Habitat prevede l'istituzione di particolari aree protette, le c.d. Zone di Conservazione Speciale (ZSC), che insieme alle ZPS concorrono alla formazione della c.d. Rete Natura 2000.

Sebbene l'istituzione delle ZSC in parte differisca da quella delle ZPS<sup>15</sup>, entrambe risultano assoggettate allo stesso regime, dettato dal

SERRA, *Rapporto sull'applicazione della Direttiva 147/2009/CE in Italia: dimensione, distribuzione e trend delle popolazioni di uccelli (2008-2012)*, ISPRA, Serie Rapporti, 219/2015, di seguito Rapporto ISPRA 2015.

<sup>12</sup> A. CONIO, F. DINELLI, *Tutela della biodiversità e protezione della natura e del mare*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, 2017, pp. 379 ss.

<sup>13</sup> Il recepimento della Direttiva Habitat è stato alquanto tormentato. La direttiva, infatti, è stata contestuale alla emanazione della Legge n. 394/1991, la legge quadro sulle aree protette, che per un lungo periodo si è ritenuta sufficiente per dare piena attuazione alla normativa europea. Dopo l'avvio di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, sfociata nella causa C-142/97, la direttiva è stata recepita con il regolamento D.P.R. n. 357/1997 che, attualmente, costituisce il testo cardine per la convergente disciplina delle ZSC e ZPS. Così G. GRECO, *La Direttiva habitat nel sistema delle aree protette*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, pp. 1207 ss.

<sup>14</sup> Come si legge nel Rapporto ISPRA 2015, cit., la circostanza che il quadro normativo non sia unitario e che esista un'apposita direttiva dedicata all'avifauna ha motivazioni storiche: *“In primo luogo, l'estrema mobilità degli uccelli ha reso evidente la necessità di armonizzare le disposizioni di tutela vigenti nei diversi Paesi molto prima che per le altre specie selvatiche. In secondo luogo, il migliore livello di conoscenza sullo stato di conservazione delle popolazioni ornitiche ha permesso di intervenire con maggiore efficacia su questo gruppo di animali, aprendo la strada alle politiche per la tutela del patrimonio naturale europeo”*.

<sup>15</sup> Le ZPS sono istituite con provvedimento della Regione o della Provincia autonoma competente territorialmente, secondo una procedura nettamente più semplice rispetto a quella prevista per le ZSC. Quest'ultime, infatti, sono individuate dal Ministero dell'Ambiente, del Territorio e del Mare, ora Ministero per la Transizione Ecologica, con proprio decreto e su intesa con la Regione interessata, tra i siti di

D.P.R. n. 357/1997, che sottopone tali aree sia a misure preventive che a misure di conservazione. A tale regolamento si aggiunge il Decreto del Ministero dell' Ambiente n. 24626/2002 contenente le linee guida per la gestione dei siti Natura 2000.

In linea di massima si può osservare che, rispetto ad altre discipline, quella prevista dalle direttive si presenta piuttosto flessibile. La tutela della biodiversità non viene perseguita tramite vincoli generali di intangibilità delle aree protette, ma riposa “*sulla gestione degli equilibri delle specie*”, attraverso un procedimento di analisi dell'assetto dell'ecosistema e l'individuazione di misure caratterizzate<sup>16</sup>.

Le misure di conservazione, infatti, sono diverse a seconda delle caratteristiche del sito<sup>17</sup> e sono rimesse alla determinazione delle regioni e delle province autonome, sulla base dei criteri uniformi previsti dal Decreto del Ministero dell' Ambiente n. 28223/2007. Tuttavia accade normalmente che all'istituzione di una zona di protezione speciale si accompagni un rinvio alla previsione regionale, normalmente di tipo regolamentare, che contiene le misure generalmente previste per tipologia di sito.

Quanto alle misure preventive, invece, non vi è un divieto di svolgere qualunque attività umana sulle aree protette, bensì un obbligo di esaminare caso per caso eventuali piani, programmi, progetti o interventi, che incidano su tali siti, attraverso una valutazione di incidenza<sup>18</sup>.

importanza comunitaria, i c.d. SIC, inseriti nelle liste stilate dalla Commissione europea al termine di un processo di selezione.

<sup>16</sup> Così P. BRAMBILLA, *La trasposizione delle direttive 'Uccelli' e 'Habitat' negli Stati membri: profili di vincolo e discrezionalità statale nell'individuazione dei siti di protezione e nella previsione (od omissione) delle misure di tutela quali-quantitativa degli ecosistemi*, in questa *Rivista*, 2018, pp. 497 ss.

<sup>17</sup> Per esempio, con riferimento alle zone umide per quanto riguarda le aree umide le misure adottabili elencate all'art. 6, comma 8, del Decreto ministeriale n. 28223/2007. L'art. 6, comma 8, detta alcuni divieti, tra cui il divieto di bonifica idraulica delle zone umide naturali e il divieto di abbattimento di alcune specie animali, e sancisce l'obbligo per il proprietario del sito di monitoraggio del livello idrico delle zone umide. Inoltre, dispone la specifica regolamentazione di alcune attività considerate potenzialmente pericolose per il mantenimento e la conservazione dell'habitat e delle sue specie e, al contempo, indica alcune le attività da favorire, come ad esempio l'adozione di pratiche ecocompatibili.

<sup>18</sup> Si fa riferimento alla c.d. VINCA, il procedimento di valutazione di incidenza da svolgersi in caso di un intervento che possa avere incidenze significative sul sito rientrante

### 3. *La pianificazione territoriale per fini ambientali: la natura dell'atto e del vincolo su aree umide artificiali*

Nel panorama dottrinale non vi sono molti studi circa l'atto istitutivo di una ZPS<sup>19</sup> e, al contempo, relativamente poche sono le pronunce giurisprudenziali che se ne occupano.

Si può però partire da un dato noto: l'istituzione di una ZPS deriva dall'esercizio di un potere pianificatorio dell'Amministrazione e si sostanzia in un vincolo che consiste nell'obbligo di conservare e preservare lo stato dei luoghi, al fine di non alterare l'habitat di specie. Il concetto di vincolo, proprio per il suo contenuto generico<sup>20</sup>, si presta a essere usato anche in questo caso perché dall'istituzione di una ZPS derivano delle limitazioni, seppure indirette, a una posizione giuridica rilevante, quale è il diritto di proprietà.

Mancando riferimenti in ordine alla pianificazione e ai vincoli nel governo del territorio per fini eurounitari-ambientali<sup>21</sup>, può essere utile ricorrere, come d'altronde fa la sentenza in commento, all'elaborazione

in una ZSC o in una ZPS. Per maggiori approfondimenti sul tema della valutazione di incidenza si rinvia a A. GRATANI, *Direttiva "habitat": le misure compensative e la doppia fase della valutazione di incidenza ambientale*, in questa *Rivista*, 2018, pp. 518 ss.

<sup>19</sup> La maggior parte delle elaborazioni si sono concentrati sugli effetti dell'istituzione di una ZPS con particolare riferimento alla VINCA o ai suoi rapporti con la VIA, v. F. VANETTI, E. ALOTTO, *Effetti dell'istituzione di una Zona di Protezione Speciale (ZPS) e la VIA quale condizione di edificabilità*, in questa *Rivista*, 2011, pp. 829 ss.

<sup>20</sup> Come osservato da L. PISCITELLI, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive*, Padova, 1990, p. 1, "La nozione di vincolo, negli usi normativi e giurisprudenziali, connota diverse situazioni giuridiche, senza che peraltro all'impiego del termine corrisponda un'area di significati omogenea e definita nell'estensione. La mancanza di una definizione tecnico giuridica di validità generale giustifica anzi l'opinione che il concetto rappresenti unicamente un modo di designare alcuni regimi giuridici, i cui contenuti siano caratterizzati ed accomunati dall'essere in qualche modo limitativi di posizioni giuridicamente rilevanti."

<sup>21</sup> Secondo C. CACCIAVILLANI, A. POLICE, *Governo del territorio*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. SCOCA, Torino, 2019, pp. 607 ss., l'incidenza delle politiche dell'Unione europea può essere sia indiretta, determinata da un'allocazione territoriale di risorse, purché dagli atti europei sia ricavabile il "disegno futuro del suolo", sia diretta, quando cioè si adottino atti normativi contenenti misure incidenti sull'assetto del territorio. Per un approfondimento del ruolo dell'Unione europea nella materia del governo del territorio si veda M.P. CHITI, *Il ruolo della Comunità Europea nel governo del territorio*, in *Il governo del territorio: atti del sesto convegno nazionale*,

svolta dal diritto urbanistico, che più di tutti si è occupato di studiare i poteri dell'Amministrazione in materia. Questo confronto si renderà necessario con riguardo alle due questioni principalmente affrontate dal Consiglio di Stato: i caratteri dell'atto istitutivo della ZPS e la natura del potere esercitato, da cui discendono i caratteri del vincolo sull'area.

Procedendo così a un'analisi dei passaggi principali della sentenza, si osserva innanzitutto che il Consiglio di Stato esclude che il provvedimento di istituzione o estensione di una ZPS possa essere qualificato quale atto amministrativo generale<sup>22</sup>. Secondo i giudici, infatti, contrariamente agli altri atti di pianificazione, esso riguarderebbe aree concretamente individuate e appartenenti a proprietari specifici. Al pari della c.d. variante "puntuale" o "individuale" al piano urbanistico, quindi, anche l'atto istitutivo di una ZPS deve essere comunicato al proprietario dell'area<sup>23</sup>.

Questa affermazione, espressione della volontà di estendere le garanzie previste per il destinatario di un provvedimento individuale anche al proprietario dell'area qualificata come ZPS, non appare però del tutto convincente.

Difatti, nell'istituire una zona di protezione, l'Amministrazione agisce basandosi sull'importanza dell'area per la protezione e conservazione dell'avifauna e sulle sue caratteristiche morfologiche, indipendentemente dai soggetti proprietari dei siti. A ciò si aggiunge che dalla istituzione di una ZPS discendono misure conservative generali, per lo più di carattere regolamentare, che solo eventualmente sono accompagnate da misure amministrative dal contenuto concreto e attuale<sup>24</sup>.

Chiarito ciò, il Consiglio di Stato si sofferma sui caratteri del potere

*Pescara, 29-30 novembre 2002*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI e P. URBANI, Milano, 2003, pp. 159 ss.

<sup>22</sup> In questo senso anche due precedenti citati nella stessa sentenza in commento: Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3406 e 3407. In entrambi i casi si trattava di zone umide artificiali.

<sup>23</sup> V. Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2017, n. 622; Cons. Stato, Sez. IV, 27 luglio 2007, n. 4198; Cons. Stato, Sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5225; Cons. Stato, Sez. IV, 8 luglio 2003, n. 4040; Cons. Stato, Sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6436; Cons. Stato, Sez. IV, 30 luglio 2002, n. 4075.

<sup>24</sup> Traccia chiaramente la differenza tra misure regolamentari e misure amministrative e contrattuali, sebbene con riferimento all'istituzione di una Zona Speciale di Conservazione, T.A.R. Milano, Sez. II, 16 giugno 2020, n. 1077.

esercitato dalla Regione nell'individuazione delle zone di protezione speciale.

Sul tema della natura del potere dell'Amministrazione nella scelta delle aree da assoggettare a vincolo e delle misure di conservazione, si registrano due orientamenti. Secondo una prima tesi<sup>25</sup>, entrambi i momenti sarebbero riconducibili all'esercizio di una funzione di accertamento o al più di discrezionalità tecnica. All'opposto, un secondo orientamento<sup>26</sup> ritiene che l'individuazione delle misure di conservazione costituisca esercizio di un potere discrezionale.

Il primo orientamento trova peraltro conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>27</sup>, secondo cui né le esigenze economiche né quelle ricreative, che pure sono citate all'art. 2 della Direttiva Uccelli<sup>28</sup>, possono essere prese in considerazione nell'atto di scelta e delimitazione di una ZPS. All'opposto, secondo la Corte di giustizia, le stesse possono venire in rilievo solo successivamente, nella fase di individuazione delle misure conservative o di prevenzione applicabili all'area<sup>29</sup>.

Ciononostante, il Consiglio di Stato sembra discostarsi dalla tesi che ravvede nell'istituzione di una ZPS l'esercizio di un potere vincolato del-

<sup>25</sup> In questo senso M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2005, pp. 715 ss., il quale afferma che “*nell'imposizione dei vincoli per la tutela ambientale la pubblica amministrazione sarebbe dunque chiamata dalla legge ad accertare in concreto, sulla base di apprezzamenti o giudizi di natura esclusivamente tecnica, le condizioni intrinseche e le qualità essenziali di determinati beni [...]*”.

<sup>26</sup> Si veda A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2013 e G. GARZIA, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione*, Milano, 2003.

<sup>27</sup> Oltre alla pronuncia già citata, Corte UE, Sez. VI, 20 marzo 2003, C-378/01, Commissione c. Repubblica Italiana, ad analoga conclusione si è giunti anche in Corte UE, 19 maggio 1998, causa C-3/96, Commissione c. Paesi Bassi.

<sup>28</sup> L'art. 2 della Direttiva Uccelli dispone infatti che “*Gli Stati membri adottano le misure necessarie per mantenere o adeguare la popolazione di tutte le specie di uccelli di cui all'articolo 1 a un livello che corrisponde in particolare alle esigenze ecologiche, scientifiche e culturali, pur tenendo conto delle esigenze economiche e ricreative*”.

<sup>29</sup> L'interpretazione restrittiva offerta dalla Corte di giustizia deve leggersi alla luce della preferenza accordata dal diritto europeo alla tutela dell'ambiente rispetto agli altri interessi in conflitto. Difatti, sebbene ciò non si traduca mai in una sovraordinazione dell'interesse ambientale, si riconosce comunque all'interesse ambientale una valenza specifica che gli conferisce una portata derogatoria maggiore, in quanto scopo fondamentale dell'Unione europea.

la Pubblica amministrazione<sup>30</sup>. Si sostiene infatti che l'Unione europea non impone nessuna scelta agli Stati Membri quanto alle aree da qualificare come zone di protezione e che i criteri o liste IBA, c.d. *Important Bird Areas*<sup>31</sup>, possono al più fungere da suggerimenti operativi, senza mai divenire giuridicamente vincolanti<sup>32</sup>.

La posizione del Consiglio di Stato, secondo cui l'individuazione delle ZPS spetta liberamente alle Regioni, va però inquadrata nel contesto e quindi riletta alla luce dei successivi rilievi della sentenza.

Si è già osservato, infatti, che nella vicenda in esame il provvedimento regionale di istituzione della ZPS riguardava un'area umida artificiale. Ciò, secondo i giudici, non impedisce l'applicazione della disciplina, che ben può estendersi anche alle zone umide artificiali, bensì impone alla Regione di prendere in considerazione tale circostanza e di valutare le conseguenze di un eventuale vincolo sui diritti del proprietario del sito.

Difatti, nel caso di un sito con connotati "ontologici"<sup>33</sup>, l'istituzione di una ZPS costituisce esercizio del potere conformativo della Pubblica amministrazione, riconducibile alla previsione dell'art. 42, comma 2, della Costituzione<sup>34</sup>. Tali aree presentano, cioè, delle caratteristiche intrinseche e connaturate al perseguimento di una funzione sociale che consiste nel mantenimento della diversità biologica. Nascendo già conformate, il loro regime è determinato *a priori* dalla legge e il potere dell'Amministrazione, in questi casi, consiste unicamente nell'identificazione delle aree e

<sup>30</sup> Opinione autorevolmente sostenuta da M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, cit., p. 735.

<sup>31</sup> Come già osservato, Birdlife ha stilato il c.d. *Inventory of Important Bird Areas in the European Community*, nel quale si indicano i criteri ornitologici di selezione dei siti rilevanti per l'avifauna e che rappresenta, secondo la Commissione europea, il sistema di riferimento nella valutazione del grado di adempimento alla Direttiva Uccelli, in materia di designazione di ZPS.

<sup>32</sup> Lo stesso afferma Corte UE, 20 marzo 2003, C-378/01, già menzionata, emessa all'esito di una procedura di infrazione determinata dalla insufficiente istituzione di ZPS sul territorio italiano e dall'omissione di informazioni in merito alle zone di protezione già istituite. Ciononostante, secondo la Corte di giustizia, le *Important Bird Areas* possono fungere da parametro di valutazione dell'efficacia dell'azione di uno Stato membro e, quindi, dell'adempimento degli obblighi della direttiva.

<sup>33</sup> Utilizzando una terminologia riportata nella stessa sentenza.

<sup>34</sup> Art. 42, comma 2, Cost.: "La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti".

nella specificazione degli obblighi e dei divieti sulla base delle caratteristiche specifiche del sito<sup>35</sup>.

Diversamente avviene nel caso di aree con caratteristiche determinate dall'opera dell'uomo, come le zone umide artificiali.

Con riferimento a quest'ultime, il Consiglio di Stato osserva che il potere esercitato dalla Pubblica amministrazione e, di conseguenza, il vincolo apposto fuoriescono dal perimetro del potere conformativo e rischiano di essere attratti nell'orbita di quello espropriativo<sup>36</sup>.

Infatti, nel caso di aree artificiali, l'obbligo di mantenere inalterato lo stato del sito assume connotati peculiari: perché un conto è adoperarsi per mantenere inalterate le caratteristiche naturali di un sito, garantendo ad esempio il livello idrico preesistente, un altro è essere tenuti al proseguimento delle operazioni da cui è derivata l'alterazione dello stato originale del luogo, magari attraverso un'attività economicamente dispendiosa. Un vincolo di questo tipo potrebbe essere assimilato a quelli sostanzialmente espropriativi<sup>37</sup>, posto che avrebbe come conseguenza una diminuzione indiretta del valore dell'area. Conseguentemente, l'Amministrazione, sebbene sia chiamata a preferire l'interesse alla tutela dell'ambiente ai sensi dell'art. 3 *quater* del Codice dell'ambiente<sup>38</sup>,

<sup>35</sup> In questo senso, Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2001, n. 4600; Cons. Stato, Sez. VI, 7 dicembre 1993, n. 960, in questa *Rivista*, 1994, pp. 673 ss., con nota di S. CIVITARESE MATTEUCCI; T.A.R. Lazio, Sez. II, 22 settembre 1987, n. 1495, in *Foro Amm.*, 1988, pp. 1071 ss.

<sup>36</sup> Il potere espropriativo della Pubblica amministrazione è sancito dall'art. 42, comma 3, Cost., che prevede la possibilità di limitare il diritto di proprietà, nel perseguimento dell'interesse pubblico, previo obbligo di indennizzo. L'art. 42, comma 2, Cost.: "*La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*".

<sup>37</sup> Per "vincoli sostanzialmente espropriativi" si intendono quelle limitazioni incisive delle facoltà di godimento del proprietario, che possono anche non essere di tipo traslativo, ma riguardare anche solo un azzeramento del valore di scambio del bene o comunque superare, sotto un profilo quantitativo, la normale tollerabilità, v. Corte Cost. 29 maggio 1968, n. 55; Corte Cost. 20 maggio 1999, n. 179. Analizzano la distinzione tra vincoli conformativi ed espropriativi, anche se nell'ambito del diritto urbanistico, D. CHINELLO, *Vincoli conformativi o espropriativi: natura giuridica e criteri di distinzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, pp. 329 ss.; G. SCIULLO, *La distinzione fra vincoli conformativi ed espropriativi negli strumenti urbanistici*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, pp. 425 ss.

<sup>38</sup> L'art. 3 *quater*, comma 2, del Codice dell'ambiente sancisce il principio dello

dovrebbe prendere in considerazione gli effetti che discendono dall'istituzione di una ZPS e ponderarli con gli altri interessi in conflitto, onde evitare una scelta non ragionevole e sproporzionata<sup>39</sup>.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, non giunge mai ad affermare con chiarezza la natura espropriativa di tale vincolo, né tantomeno a vietarne l'apposizione. E anzi, individua nella qualifica dell'area come ZPS un vincolo a palude, consistente in un obbligo di irrigazione costante del suolo e quindi in una prestazione di *facere pro futuro*, senza corrispettivo, non dissimile dall'onere reale o dall'obbligazione *propter rem*<sup>40</sup>.

Tali categorie, spesso incerte, rispondono alla medesima *ratio* e cioè segnalare l'ambulatorietà dell'obbligazione che segue ovviamente la *res*. Esse tuttavia fuoriescono dalla logica del vincolo sostanzialmente espropriativo, motivo per cui sono soggette a principi diversi, primo tra tutti quello di cui all'art. 23 Cost., secondo il quale nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Pertanto, ci si dovrebbe interrogare sulla ammissibilità di tali fattispecie laddove nessuna norma di rango legislativo consenta alla Pubblica amministrazione la loro adozione<sup>41</sup>.

Questo problema, tuttavia, non viene analizzato poiché, nel caso di

sviluppo sostenibile e prevede che “*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*”.

<sup>39</sup> In questo senso, quindi, si aderisce alla tesi che identifica la discrezionalità dell'Amministrazione con la ponderazione degli interessi. In senso contrario S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 329.

<sup>40</sup> Nonostante l'uso promiscuo che a volte si fa dei due termini nella giurisprudenza, la dottrina ne fornisce una chiara definizione, v. L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Milano, 1984, p. 3, che distingue l'onere reale per essere un peso oggettivamente gravante su un immobile sul quale il creditore può agire per il soddisfacimento del proprio diritto, mentre nell'obbligazione *propter rem*, tale inerenza al fondo varrebbe solo ai fini della identificazione del soggetto passivo del rapporto creditizio. Entrambi, ad ogni modo, si caratterizzano per la loro ambulatorietà.

<sup>41</sup> Risponde negativamente a tale interrogativo T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 24 febbraio 2015, n. 543, con riferimento però a una previsione del Piano Territoriale di Coordinamento della Regione Lombardia, che sanciva l'obbligo in capo ai privati proprietari di effettuare interventi finalizzati alla conservazione ambientale delle zone umide.

specie, la Pubblica amministrazione è venuta meno all'obbligo di svolgere una completa istruttoria, di valutare le caratteristiche artificiali del sito e quindi di compiere un corretto bilanciamento con gli interessi del privato.

È noto, infatti, come l'Amministrazione sia tenuta nel proprio agire al rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità<sup>42</sup>. Quest'ultimo, di origine eurounitaria, ma divenuto ormai un principio generale dell'ordinamento, richiede che sia svolta una verifica in merito all'idoneità della scelta rispetto al fine perseguito, che il sacrificio imposto sia adeguato e che non vi sia un'altra misura, ugualmente efficace, ma meno incidente su altri interessi<sup>43</sup>.

Il principio di proporzionalità, per operare come regola di ponderazione tra interessi, presuppone però la completezza dell'istruttoria. Solo da un'istruttoria completa, infatti, può derivare una corretta valutazione degli interessi in conflitto e, quindi l'equa ponderazione degli stessi al fine di verificare la correttezza della misura e l'inevitabilità della stessa.

Proprio in questo sta il vero *punctum dolens* dell'intera vicenda. Il Consiglio di Stato, infatti, correttamente osserva che la Regione, non avendo considerato la natura artificiale dell'area umida<sup>44</sup>, è incorsa in un difetto di istruttoria da cui è derivato un vizio di annullabilità del provvedimento per eccesso di potere<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Approfondiscono il tema A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007, pp. 332 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

<sup>43</sup> Così G. LIGUGNANA, *Corte di giustizia, interessi ambientali e principio di proporzionalità. Considerazioni a margine della sent. 21 luglio 2011, C-2/10*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, pp. 1264 ss.; critico è invece M. MONTEDURO, *Principi del diritto dell'ambiente e conformazione della discrezionalità amministrativa: sviluppo sostenibile e non regressione*, in *Ambiente, paesaggio, territorio. Principi e vicende*, a cura di F. PUBUSA, D. MARONGIU, in *Quaderni di Diritto e processo amministrativo*, 2017.

<sup>44</sup> Come si legge nella sentenza: "Nessun riferimento, pertanto, è dato rinvenire negli atti impugnati alle valutazioni di fatto effettuate per addvenire alla nuova delimitazione, relativamente alla incisività delle misure di conservazione sull'area, alla situazione dei luoghi, agli effetti sulle peculiarità dei terreni, di cui neppure viene menzionato l'assetto artificiale, alla compatibilità con l'utilizzo attuale e le scelte future".

<sup>45</sup> La figura del vizio da eccesso di potere per difetto d'istruttoria è la conseguenza del non corretto adempimento dell'obbligo in capo all'Amministrazione di "accertare

#### 4. *La biodiversità e la valutazione degli interessi del privato*

La sentenza in commento è particolarmente interessante poiché spinge il lettore a soffermarsi sul rapporto tra tutela dell'ambiente, in particolare dell'avifauna, e interessi dei privati. Confronto che, se semplificato e portato su un piano astratto, può essere ricondotto al controverso rapporto uomo-ambiente.

Volgendo lo sguardo a questo binomio e concentrandosi sul concetto di “ambiente”, si osserva che esso assume un proprio contenuto e valore rispetto a un soggetto, a un termine di riferimento, individuato nell'essere umano<sup>46</sup>. In questo modo, la tutela apprestata dall'ordinamento al bene ambiente non è altro che il riflesso di una più ampia protezione dell'uomo del presente o delle future generazioni<sup>47</sup>.

Portando il discorso nel campo della biodiversità, si nota come questa, per quanto abbia come scopo la protezione dell'habitat naturale e di specie, è perseguita in quanto essenziale per il mantenimento della varietà genetica, a beneficio della condizione dell'uomo sul pianeta. In tal senso, quindi, la biodiversità continua a configurare un termine di riferimento rispetto all'uomo e a ricevere tutela in quanto funzionale al suo benessere<sup>48</sup>.

Ciò emerge chiaramente dal Considerando n. 7 della Direttiva Uccelli, dove l'avifauna viene definita come “*parte integrante del patrimonio dei popoli europei*” e dal Considerando n. 5, con cui si dichiara che la conservazione delle specie di uccelli, viventi nel territorio europeo degli Stati membri, è necessaria per raggiungere gli obiettivi comunitari in ma-

*in modo completo la situazione fattuale in relazione alla quale la scelta discrezionale è richiesta e parimenti di acquisire al procedimento tutti gli interessi rilevanti”,* così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 526.

<sup>46</sup> In questi termini M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 38.

<sup>47</sup> Secondo L. BOI, *Pensare la relazione complessa dell'uomo con la natura*, in *Agricoltura – Istituzioni – Mercati*, 2015, pp. 13 ss., nell'ottica convenzionale, l'uomo continua a porsi al di sopra dei processi naturali e ambientali, in posizione dominante, mentre si disconosce che gli altri esseri viventi abbiano un valore intrinseco indipendentemente dalla loro utilità per l'uomo.

<sup>48</sup> Si contrappone a questa visione G. BELLOMO, *I modelli di conservazione e valorizzazione nelle aree naturali protette: profili italiani e comparati*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 291 ss., che parla, invece, di “*ecocentrismo*”.

teria di miglioramento delle condizioni di vita dell'uomo e di sviluppo sostenibile.

La riconducibilità della tutela delle specie al benessere dell'uomo porta a chiedersi in che modo ciò si rifletta in sede di comparazione degli interessi. In altri termini, fino a che punto la tutela della biodiversità può incidere sull'interesse di un singolo privato, che si contrapponga al mantenimento di un habitat? Posto che, peraltro, il mantenimento della varietà genetica è imposto a beneficio delle sue stesse condizioni di vita, presenti e future?

Traslando questi interrogativi nella vicenda in commento, ove la mancata valutazione della posizione del privato è divenuta oggetto centrale della trattazione, ci si può chiedere cosa sarebbe accaduto se la Regione avesse invece considerato, in fase istruttoria e decisoria, l'umidità artificiale del sito.

A tal riguardo, si osserva innanzitutto che la Regione avrebbe potuto istituire una ZPS sull'area perché le sue caratteristiche artificiali non avrebbero costituito un limite all'applicazione della disciplina sulla biodiversità. Il Consiglio di Stato, infatti, ha ammesso espressamente che anche le aree con caratteristiche artificiali possono essere istituite come ZPS, considerando così l'habitat per la sua funzione, la tutela delle specie, e non per le sue caratteristiche.

Quanto agli effetti dell'apposizione del vincolo e, quindi, all'obbligo di mantenere l'umidità dell'area, si può osservare come non sia anomalo che il contenuto di vincoli ambientali si estenda fino a vere e proprie prestazioni che si sostanziano in interventi positivi a carico del privato<sup>49</sup>, come sarebbe stato nel caso di un obbligo di irrigazione. Peraltro, per quanto riguarda la fonte di questo obbligo, si ammette che la Pubblica amministrazione possa essere fonte, con un proprio provvedimento, di obbligazioni reali, ove tale potere le sia attribuito dalla legge<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Come accade, ad esempio, nel caso degli obblighi di rimboscimento o rinsaldamento dei terreni.

<sup>50</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni*, cit., p. 77, che cita, quali esempi di obbligazioni reali di origine provvedimentoale, l'art. 109, comma 1, n. 4, R.D. 297/1911, relativo agli obblighi di pulizia delle strade e di altri luoghi pubblici e di irrigazione delle relative aree verdi, e l'art. 836 c.c., che prevede l'imposizione di vincoli e obblighi "*purché di veri obblighi [...] e non di limitazioni si tratti*" di carattere temporaneo a carico di aziende commerciali e agricole.

Ciononostante, così per come oggi considerata, la biodiversità non può prevalere sull'interesse del privato nella ponderazione degli interessi. Lo afferma lo stesso Consiglio di Stato: l'istituzione di una ZPS su un sito umido artificiale inciderebbe troppo gravosamente sulla posizione del privato, imponendogli un'attività economicamente dispendiosa, quale è l'obbligo di irrigazione, e limitando in tal modo lo sfruttamento economico del sito.

Un vincolo di conservazione di un'area artificiale, quindi, avrebbe violato il principio di proporzionalità che, sebbene mai menzionato nella pronuncia, costituisce in fin dei conti il *leitmotiv* dell'intera vicenda.

*Abstract*

*Birds Directive – Special Protection Areas – Habitat – Artificial wetland  
Misuse of power – Discretion of the Public Authority – Land use control  
Land use limitations – Principle of proportionality*

*The article comments on a ruling by the Administrative Court about protected areas under the Birds Directive. The case concerned a deliberation of the Puglia Region with which an artificial wetland was qualified as Special Protection Areas (SPA) for the protection of the birdlife, without considering its man-made features. This essay explains and elaborates some passages of the judgement, especially, the one regarding the discretion of the Public Authority on land use limitation for environmental purposes and the consequences of such limitations.*



## Due recenti decisioni nazionali in materia di ambiente che richiamano il caso *Teitiota*

TULLIO SCOVAZZI

Le due recenti decisioni nazionali che, per la loro importanza, sono qui di seguito riprodotte, riguardano questioni diverse. Tuttavia, esse hanno in comune il richiamo delle constatazioni del Comitato dei Diritti Umani del 24 ottobre 2019 sul caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*<sup>1</sup>.

Nel primo caso, la Corte di Cassazione italiana decide con ordinanza su di una questione di riconoscimento del diritto di protezione umanitaria previsto dall'art. 19 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero)<sup>2</sup> che, ai commi 1 e 1.1, esclude il respingimento, l'espulsione o l'extradizione di una persona verso uno Stato dove essa possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali ovvero qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. La Corte di Cassazione aveva già precedentemente inteso in modo estensivo e favorevole all'individuo tali specifiche condizioni di vulnerabilità, così da configurare il più generale concetto di "mancanza delle condizioni minime per condurre un'esistenza nella quale non sia radicalmente compromessa la possibilità di soddisfare i bisogni e le esigenze ineludibili della vita personale, quali quelli strettamente connessi al proprio sostentamento

<sup>1</sup> Testo in questa *Rivista*, 2020, p. 203.

<sup>2</sup> *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* suppl. al n. 191 del 18 agosto 1998.

e al raggiungimento degli standards minimi per un'esistenza dignitosa", come nelle ipotesi di "esposizione seria alla lesione del diritto alla salute", di "situazione politico-economica molto grave con effetti d'impoverimento radicale riguardanti la carenza di beni di prima necessità" e di "situazione geo-politica che non offre alcuna garanzia di vita all'interno del paese di origine (siccità, carestie, situazioni di povertà inemendabili)" (le citazioni sono tratte dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 4455 del 23 febbraio 2018, richiamata nell'ordinanza di seguito riprodotta).

Il passo successivo, fatto con la stessa ordinanza, è di inserire nel concetto di condizioni minime per condurre un'esistenza dignitosa anche il fatto di poter vivere in un luogo dove non vi sia una situazione di disastro ambientale, come definito dall'art. 452-quater del codice penale<sup>3</sup>, ivi inclusi i casi "del cambiamento climatico e dell'insostenibile sfruttamento delle risorse naturali". È a questo riguardo che la Corte di Cassazione richiama due paragrafi delle constatazioni sul caso *Teitiota*:

"9.4 The Committee recalls that the right to life cannot be properly understood if it is interpreted in a restrictive manner, and that the protection of that right requires States parties to adopt positive measures. The Committee also recalls its general comment No. 36, in which it established that the right to life also includes the right of individuals to enjoy a life with dignity and to be free from acts or omissions that would cause their unnatural or premature death. The Committee further recalls that the obligation of States parties to respect and ensure the right to life extends to reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. States parties may be in violation of article 6 of the Covenant even if such threats and situations do not result in the loss of life. Furthermore, the Committee recalls that 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.

9.5 The Committee also observes that it, in addition to regional human rights tribunals, have established that environmental degradation can com-

<sup>3</sup> Secondo tale articolo, "costituiscono disastro ambientale alternativamente: 1) l'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema; 2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali; 3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo".

promise effective enjoyment of the right to life, and that severe environmental degradation can adversely affect an individual's well-being and lead to a violation of the right to life"<sup>4</sup>.

È significativo che la Corte di Cassazione italiana pervenga alla stessa concezione multipla del diritto umano alla vita fatta propria, anche prima del Comitato dei Diritti Umani, dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani: in primo luogo lo Stato ha l'obbligo di non uccidere gli individui; in secondo luogo, lo Stato ha l'obbligo di indagare sui casi di omicidio e di sanzionare coloro che ne siano responsabili; in terzo luogo, lo Stato ha l'obbligo di fornire agli individui le condizioni minime per cui essi possano condurre una vita dignitosa, con il paradossale, ma giustificabile, risultato che, nel terzo caso, il diritto alla vita potrebbe risultare violato anche se l'individuo che è vittima della violazione restasse ancora in vita (si vedano, come primi esempi di questo orientamento, le sentenze della Corte Interamericana del 19 novembre 1999 sul caso *Bambini di strada c. Guatemala* e del 17 giugno 2005 sul caso *Comunità Indigena Yakye Axa c. Paraguay*).

La seconda sentenza è stata resa dalla Corte Distrettuale dell'Aja il 26 maggio 2021 e si inserisce nella serie degli ormai numerosi giudizi in cui associazioni non governative per la difesa dell'ambiente chiedono a giudici nazionali di disporre misure per la riduzione obbligatoria delle emissioni nell'atmosfera di gas a effetto serra<sup>5</sup>, facendo valere il diritto umano alla vita o il diritto umano al rispetto della vita privata. In questo caso, le associazioni attrici hanno agito non contro uno Stato, ma contro un'impresa multinazionale che opera nel settore della produzione e commercializzazione del petrolio. In esito al procedimento, la Corte Distrettuale ha condannato l'impresa a ridurre del 45% alla fine del 2030 le emissioni di CO<sub>2</sub> nell'atmosfera rispetto ai livelli del 2019. In tali emissioni vanno calcolate quelle direttamente effettuate dall'impresa convenuta, quelle

<sup>4</sup> Va detto che però, nel caso specifico, il Comitato ha escluso che la situazione ricorresse e ha concluso che la Nuova Zelanda non era responsabile di una violazione del diritto alla vita a seguito dell'espulsione di Teitiotia verso Kiribati.

<sup>5</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza del 20 dicembre 2019 della Corte Suprema (*Hoge Raad*) dei Paesi Bassi sul caso *Stato dei Paesi Bassi c. Stichting Urgenda* (in questa *Rivista*, 2020, p. 422). In generale, cfr. POZZO, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in questo fascicolo della *Rivista*.

effettuate da altre imprese dalle quali l'impresa convenuta ha acquisito elettricità o energia per le sue operazioni e quelle effettuate da terzi consumatori che abbiano acquistato petrolio o gas dall'impresa convenuta<sup>6</sup>.

Anche la molto elaborata motivazione della sentenza della corte olandese ha modo di richiamare le constatazioni del Comitato dei Diritti Umani sul caso *Teitiota*<sup>7</sup>, per dimostrare come i disastri ambientali causati dal riscaldamento atmosferico possano costituire una violazione del diritto umano alla vita. Il passo successivo, nel ragionamento della Corte, è che anche le imprese, e non soltanto gli Stati, sono chiamate a rispettare i diritti umani<sup>8</sup>, come prospettato dai Principi guida sugli affari e i diritti umani, elaborati nel 2011 dal Rappresentante Speciale delle Nazioni Unite sul tema dei diritti umani e delle società transnazionali e altre imprese<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Quindi anche le emissioni di anidride carbonica provenienti dal tubo di scarico della mia automobile, se ho acquistato benzina dalla Shell.

<sup>7</sup> Par. 4.4.10.

<sup>8</sup> Par. 4.4.15 e seguenti.

<sup>9</sup> Testo in UNITED NATIONS, *Guiding Principles on Business and Human Rights – Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, 2011. Sui complessi problemi suscitati dall'applicabilità dei diritti umani alle imprese cfr., tra i molti, BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Milano, 2012; SCOVAZZI, *Considerazioni sulla responsabilità sociale d'impresa in materia di tutela dei diritti umani*, in CUTILLO, NOVAK & SCOVAZZI (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, Milano, 2014, p. 3; GALIZZI, *From Ignorance, to Indifference, to Limited Familiarity: An Analysis of the Relationship between International Environmental Law and Multinational Corporations*, *ibidem*, p. 101.

Italia, Corte di Cassazione, Seconda sezione civile, ordinanza 24 febbraio 2021, n. 5022, Pres. Di Virgilio, Rel. Oliva, *I. L. c. Ministero dell'Interno e c. Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Ancona*

La Corte Suprema di Cassazione (...) ha pronunciato la seguente ordinanza:

(...)

Con il primo motivo il ricorrente lamenta l'omesso esame di fatto decisivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, perché il Tribunale non avrebbe considerato la situazione di disastro ambientale esistente nel delta del Niger.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, perché il giudice di merito non avrebbe riconosciuto la protezione umanitaria, sulla base dell'esistenza del grave disastro ambientale di cui al primo motivo.

Le due censure, che per la loro intima connessione meritano un esame congiunto, sono fondate.

Il Tribunale, con ampia motivazione, ha dato atto dell'esistenza, nella zona del delta del Niger, di una grave situazione di dissesto ambientale, dovuta allo sfruttamento indiscriminato dell'area da parte delle compagnie petrolifere ed ai conflitti etnico-politici che la hanno interessata a partire dagli anni Novanta del secolo scorso. Il giudice di merito precisa che nell'area sono attivi diversi gruppi paramilitari e che a causa dei sabotaggi e dei furti, e nell'ambito del contesto di instabilità esistente, si

sono verificati numerosi sversamenti di petrolio, a causa dei quali vaste zone sono state contaminate. Richiama poi fonti internazionali, aggiornate al 2018, dalle quali emerge che il governo nigeriano si è risolto a contestare gli interessi delle principali società petrolifere nella zona del Delta, radicando tra l'altro un contenzioso all'esame di una corte federale americana. Questa situazione, caratterizzata da un lato dalla notevole povertà della popolazione locale, che non beneficia affatto dei proventi della principale risorsa naturale dell'area, e dall'altro dall'insicurezza legata a sabotaggi, danneggiamenti, rapimenti di personalità pubbliche e aggressioni anche contro le forze di polizia, non è stata tuttavia ritenuta sufficiente dal Tribunale ai fini della configurazione di una condizione di violenza generalizzata rilevante ai fini del riconoscimento della protezione sussidiaria ai sensi del D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 14, lett. c), sulla base della considerazione che il livello di violenza generalizzata non sia tale da integrare un conflitto armato o una situazione equivalente. Inoltre, il giudice di merito non ha in alcun modo considerato il contesto di dissesto ambientale e insicurezza diffusa ai fini della concessione della protezione umanitaria.

Sul punto, va osservato che il tema del disastro ambientale e climatico è stato affrontato, a livello internazionale, dal Comitato delle Nazioni Unite nell'ambito della decisione del ricorso avanzato da Ioane Teitiota (caso n. 2727/2016, decisione del 24 ottobre 2019), cittadino delle isole Kiribati, per il riconoscimento del diritto di asilo politico in Nuova Zelanda, a causa del pericolo per la sopravvivenza, sua e della sua famiglia, causata dai cambiamenti climatici che, causando un innalzamento del livello del mare nell'area del Pacifico, avevano posto a rischio di sommersione l'isola di Tarawa, nella Repubblica di Kiribati, nella quale il ricorrente abitava con i suoi congiunti. Il ricorrente lamentava, in particolare, l'estrema instabilità ed incertezza delle sue condizioni di vita, e proponeva un paragone tra la sua condizione e quella del migrante in fuga dalla guerra, posto che l'aumento del livello del mare aveva eroso l'area abitabile dell'isola, causato un aumento della densità di popolazione per chilometro quadrato, con conseguente scarsità delle risorse naturali (in primis, dell'acqua dolce, a causa dell'infiltrazione di acqua salata nelle falde, e dei terreni coltivabili) e creato quindi tensioni sociali prima inesistenti. Il Comitato ONU, adito dal Teitiota all'esito dell'esaurimento dei ricorsi interni al diritto neozelandese (stato nel quale egli

aveva chiesto asilo), pur rigettando la domanda a causa della mancata dimostrazione, da parte del richiedente, dell'effettivo ed imminente pericolo di sommersione dell'isola dalla quale egli proveniva, ha affermato il principio per cui gli Stati hanno l'obbligo di assicurare e garantire il diritto alla vita delle persone, e che tale diritto si estende anche alle minacce ragionevolmente prevedibili e alle situazioni potenzialmente letali che possono comportare la perdita della vita o comunque un sostanziale peggioramento delle condizioni dell'esistenza, inclusi il degrado ambientale, i cambiamenti climatici e lo sviluppo insostenibile, che costituiscono alcune delle minacce più gravi ed urgenti alla vita delle generazioni presenti e future (cfr. punto 9.4 della decisione) e che possono influire negativamente sul benessere di un individuo e causare, pertanto, una violazione del suo diritto alla vita (cfr. punto 9.5). In particolare, il Comitato ONU ha ritenuto che il principio generale del non refoulement, che vieta il rimpatrio di un richiedente asilo in un contesto territoriale in cui ci siano sostanziali rischi di danno irreparabile alla sua incolumità personale o a quella dei suoi familiari, si applica a tutte le condizioni di pericolo, poiché il diritto individuale alla vita comprende anche quello ad una esistenza dignitosa e alla libertà da ogni atto od omissione che possa causare una innaturale o prematura scomparsa della persona umana. Gli Stati, di conseguenza, sono vincolati ad assicurare agli individui condizioni di vita che rendano possibile la piena esplicazione del diritto alla vita, nella sua ampia declinazione, anche a prescindere dall'esistenza di un pericolo attuale per la sopravvivenza. Il degrado ambientale, nella prospettiva del Comitato ONU, può compromettere l'effettivo godimento dei diritti umani individuali, al pari del cambiamento climatico e degli effetti causati, in generale, dallo sviluppo insostenibile; ciò si verifica quando il governo locale non può, o non vuole, assicurare le condizioni necessarie a garantire a tutti l'accesso alle risorse naturali essenziali, quali la terra coltivabile e l'acqua potabile, con conseguente compromissione del diritto individuale alla vita.

Da quanto precede discende che qualora, come nel caso di specie, il giudice di merito ravvisi, in una determinata area, una situazione idonea ad integrare un disastro ambientale, o comunque un contesto di grave compromissione delle risorse naturali cui si accompagni l'esclusione di intere fasce di popolazione dal loro godimento, la valutazione della condizione di pericolosità diffusa esistente nel Paese di provenienza del

richiedente, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, va condotta con specifico riferimento al peculiare rischio per il diritto alla vita e all'esistenza dignitosa derivante dal degrado ambientale, dal cambiamento climatico o dallo sviluppo insostenibile dell'area. Il pericolo per la vita individuale che rileva ai fini del riconoscimento della protezione, infatti, non deve necessariamente derivare da un conflitto armato, ma può dipendere da condizioni socio-ambientali comunque riferibili all'azione dell'uomo, a condizione che il contesto che si viene a creare in una determinata zona sia, in concreto, tale da mettere seriamente a rischio la stessa sopravvivenza del singolo individuo e dei suoi congiunti. In questa prospettiva la guerra, o in generale il conflitto armato, rappresentano la più eclatante manifestazione dell'azione autodistruttiva dell'uomo, ma non esauriscono l'ambito dei comportamenti idonei a compromettere le condizioni di vita dignitosa dell'individuo. Tale compromissione, infatti, si configura in ogni ipotesi in cui il contesto socio-ambientale sia talmente degradato da esporre l'individuo al rischio di veder azzerati i suoi diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione, o comunque di vederli ridotti al di sotto della soglia del loro nucleo essenziale e ineludibile. Sotto questo profilo, va precisato che il concetto di "nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale" affermato da questa Corte con riferimento allo scrutinio che il giudice di merito deve condurre ai fini dell'accertamento del rischio derivante dal rimpatrio, e della conseguente vulnerabilità individuale che legittima il riconoscimento della protezione umanitaria (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4455 del 23/02/2018, Rv. 647298; Cass. Sez. U., Sentenza n. 29459 del 13/11/2019, Rv. 656062-02; Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 17130 del 14/08/2020, Rv. 658471) costituisce il livello essenziale, al di sotto del quale non sono ravvisabili le condizioni di vita dignitose e, quindi, non è assicurato il diritto fondamentale alla vita dell'individuo. Ne deriva che il giudice di merito è tenuto a verificare l'effettiva assicurazione di detto limite minimo non soltanto in relazione a situazioni inquadabili nell'ambito del conflitto armato, ma anche con riferimento a condizioni di degrado sociale, ambientale o climatico, ovvero a contesti di insostenibile sfruttamento delle risorse naturali, che comportino un grave rischio per la sopravvivenza del singolo individuo. La valutazione del pericolo, in altri termini, non va condotta unicamente con riferimento all'ipotesi limite del conflitto armato, ma – più in generale – con riguardo alla sussistenza,

in concreto, di una condizione idonea a ridurre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al di sotto della soglia minima ineludibile di cui anzidetto.

Nel caso di specie, questa specifica verifica è mancata, poiché il Tribunale di Ancona ha accertato l'esistenza, nell'area del delta del Niger, di un contesto sostanzialmente idoneo ad integrare gli estremi del disastro ambientale, per tale dovendosi intendere, alternativamente, secondo la definizione fornita nel diritto nazionale dall'art. 452-quater c.p., la "alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema", ovvero la "alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali", o ancora "l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte al pericolo". Pur avendo ravvisato la sussistenza di una condizione di disastro ambientale, il giudice marchigiano ha erroneamente circoscritto la valutazione della sussistenza della condizione di pericolo generalizzato alla sola esistenza di un conflitto armato, senza considerare, né in relazione alla domanda di riconoscimento della protezione sussidiaria, né a quella di concessione della protezione umanitaria, il rischio di compromissione della soglia minima ineludibile dei diritti fondamentali dell'individuo specificamente legato alla ravvisata sussistenza del contesto di disastro ambientale.

Sotto questo profilo, il ricorso va accolto, con cassazione della decisione impugnata e rinvio della causa, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, al Tribunale di Ancona, in differente composizione, il quale avrà cura di attenersi al seguente principio di diritto: "Ai fini del riconoscimento, o del diniego, della protezione umanitaria prevista dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, commi 1 e 1.1, il concetto di "nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale" individuato dalla giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 4455 del 23/02/2018, Rv. 647298; Cass. Sez. U., Sentenza n. 29459 del 13/11/2019, Rv. 656062-02; Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 17130 del 14/08/2020, Rv. 658471) costituisce il limite minimo essenziale al di sotto del quale non è rispettato il diritto individuale alla vita e all'esistenza dignitosa. Detto limite va apprezzato dal giudice di merito non soltanto con specifico riferimento all'esistenza di una situazione di conflitto armato, ma con riguardo a qualsiasi contesto che sia, in concreto, idoneo ad

esporre i diritti fondamentali alla vita, alla libertà e all'autodeterminazione dell'individuo al rischio di azzeramento o di riduzione al di sotto della predetta soglia minima, ivi espressamente inclusi – qualora se ne ravvisi in concreto l'esistenza in una determinata area geografica – i casi del disastro ambientale, definito dall'art. 452-quater c.p., del cambiamento climatico e dell'insostenibile sfruttamento delle risorse naturali”.

P. Q. M.

la Corte accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, al Tribunale di Ancona, in differente composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, il 12 novembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 24 febbraio 2021

Paesi Bassi, Corte Distrettuale dell’Aja, sentenza 26 maggio 2021, *Vereniging Milieudefensie (Stichting Greenpeace Nederland, Stichting ter Bevordering Fossielvrij-Beweging, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Stichting Both Ends, Jongeren Milieu Actief, Stichting Actionaid) c. Royal Dutch Shell plc (RDS)*

## **2 The facts**

(...)

### **The claimants**

2.1.1. Milieudefensie was founded on 6 January 1971 as the Raad voor Milieudefensie. Article 2 paragraph 1 and 2 of its articles of association are as follows:

“1. The object of the association is contributing to the solution and prevention of environmental problems and the conservation of cultural heritage, as well as striving for a sustainable society, at the global, national, regional and local level, in the broadest sense of the word, all of which in the interest of the association members and in the interest of the quality of the environment, nature and the landscape, in the broadest sense, for current and future generations.

2. The association endeavours to attain its objects by: critically monitoring all those developments in society which affect the environment, nature, the landscape, and sustainability, influencing decision-making through using all appropriate and legitimate means, conducting research or having research conducted, disseminating and issuing information in

the broadest sense, obtaining legal decisions, and performing all acts and actions the association deems necessary for attaining its objects”.

2.1.2. Greenpeace Nederland was founded in 1979. It works together with Greenpeace organizations established elsewhere. Article 4 paragraph 1 and 2 of its articles of association are as follows:

“1. The object of the foundation is promoting the conservation of nature.

2. Together with its supporters, staff and alliances the foundation endeavours to attain its objects by: (...)

b. protecting biodiversity in all its forms;

c. combating climate change, and the pollution and abuse of the planet; (...)

j. having and maintaining an office, and also performing all other actions connected to the foregoing in the broadest sense or which may be conducive to the foregoing”.

2.1.3. Fossilvrij NL was established on 22 March 2016. Article 3 paragraph 1 and 2 of its articles of association are as follows:

“3.1 The object of the foundation is as follows:

Promoting, protecting, supporting and accomplishing – at the local, regional and national level – social, environmental and economic justice and health for current and future generations by removing the social legitimacy of coal, oil and gas companies (so-called “fossil companies”) and effectuating the alternative use of investments and resources in order to expedite the transition to a sustainable economy which is based on renewable energy.

3.2 The foundation endeavours to attain this object by taking on all possible tasks which could promote its object. These include: (...).

- Engaging in talks with staff and directors of organizations.

- Organizing, conducting and participating in creative actions and public campaigns.

- Showing what the foundation stands for and what it does by actively seeking out the public debate and approaching the media. (...)

- Developing other types of activity.”

2.1.4. The articles of association of the association Waddenvereniging, established in 1965, state the following in Article 3 paragraph 1 and 2:

“1. The association strives for the conservation, restoration and proper management of the landscape and the environment and of the ecological

and natural history values of the Wadden area, including but not limited to the northern sea-clay area, the Wadden islands, the Wadden Sea and the North Sea as irreplaceable and unique nature reserves. The association also aims to promote interest in these areas. The understanding that man forms part of the ecosystem is the foundation of the association's actions.

2. The association endeavours to attain its object through all appropriate means, including:

- developing, effectuating and promoting activities for the protection of the ecological, environmental and cultural-historical value of and in the Wadden area, and standing up against activities that could harm the Wadden area;

- lobby activities and conducting legal actions; (...)"

2.1.5. Both Ends was founded in 1986. Article 2 paragraph 1 and 2 of its articles of association are as follows:

"1. The object of the foundation is:

contributing to and promoting a responsible nature and environmental management across the globe, and also all that is connected, indirectly or directly, to this or which may be conducive to the foregoing, in the broadest sense of the word.

2. The foundation endeavours to attain its object, among other things, by: (...)

- b. actively strengthening and supporting organizations that integrate nature and environmental management aspects into activities of development cooperation and vice versa; (...)".

2.1.6. Jongeren Milieu Actief was founded in 1990. Article 3 paragraph 1 and 2 of its articles of association are as follows:

"1. The object of the association is: striving for a better environment by:

- a) creating a place for young people where they can be involved in sustainability in their own way;

- b) actively working on the promotion of sustainability;

- c) offering alternatives to live in a way that is more environmentally-friendly;

2. The association endeavours to attain its object by:

- a) conducting campaigns and organizing activities, in the broadest sense, for and by young people;

- b) using all legitimate means that are useful or necessary for its object".

2.1.7. ActionAid was founded in 1997. Article 2 paragraph 1 and 2 of its articles of association are as follows:

“1. The object of the foundation is:

- Contributing to the fight against poverty and injustice all over the world. Africa is an area of special focus.

vCreating awareness and increasing the understanding among the public of the causes, effects and reasons for poverty and injustice.

- Inducing policymakers to effectuate change in order to guarantee the rights of vulnerable and poor people. (...)”.

2.1.8. The 17,379 individual claimants have issued to Milieudéfense a document appointing it as their representative *ad litem* to claim on behalf of each of them that RDS reduces its emissions in line with the objective of the Paris Agreement<sup>1</sup>.

## 2.2. RDS and the Shell group

2.2.1. RDS is a public limited company, a legal person under private law, established under the laws of England and Wales. Its head office is established in The Hague.

2.2.2. Since the 2005 restructuring of the Shell group, RDS has been the top holding company of the Shell group. The Shell group is further composed of intermediate parents, Operating Companies and Service Companies. RDS is the direct or indirect shareholder of over 1,100 separate companies established all over the world. The Shell group develops activities worldwide. The Shell group such as existed before the 2005 restructuring is hereinafter referred to as ‘the then Shell group’.

2.2.3. The activities of RDS consists of holding shares in the intermediate parent companies, meeting its obligations with respect to shareholders based on its listings in New York, London and Amsterdam, and determining the group’s general corporate policy. The Operating Companies conduct operational activities and are responsible for implementing the general policy of the Shell group as determined by RDS. These Shell entities have assets and/or infrastructure with which they produce and trade in oil, gas or other energy sources. They also have permits for the exploitation, production or extraction of oil. The Service Companies provide assistance and services to the other group companies for the performance of their activities.

<sup>1</sup> The Paris Agreement, UNFCCC 2015 COP 21 Paris Agreement, EP145, which entered into force on 4 November 2016.

### 2.3. Climate change and its consequences

2.3.1. Mankind has been using energy, primarily produced by burning fossil fuels (coals, oil and gas), on a massive scale since the beginning of the Industrial Revolution. Carbon dioxide is released in this process. The chemical compound of the elements carbon and oxygen is designated with the chemical formula CO<sub>2</sub>. Some of the released CO<sub>2</sub> is emitted into the atmosphere, where it lingers for hundreds of years, or even longer. Some of it is absorbed by the ecosystems of forests and oceans. This absorption option is steadily becoming smaller due to deforestation and the warming of sea water.

2.3.2. CO<sub>2</sub> is the primary greenhouse gas which, together with other greenhouse gases, traps the heat emitted by the earth in the atmosphere. This is known as the greenhouse effect, which intensifies as more CO<sub>2</sub> ends up in the atmosphere. This in turn increasingly warms the earth. The climate system has a delayed response to the greenhouse gas emissions: the warming effect of greenhouse gases which are emitted today will only become apparent in thirty to forty years' time. Other greenhouse gases are, inter alia, methane, nitrous oxide and fluorinated gases. The unit 'parts per million' (hereinafter: ppm) is used to express the concentration of greenhouse gases in the atmosphere. There is a direct, linear link between man-made greenhouse gas emissions, in part caused by the burning of fossil fuels, and global warming. The temperature of the earth has now increased by about 1.1° C relative to the average temperature at the beginning of the Industrial Revolution. Over the past decades, global CO<sub>2</sub> emissions have increased by 2% per year.

2.3.3. In climate science – the area of science that studies the climate and climate change – and in the international community there has been consensus for quite some time that the average temperature on earth should not increase by more than 2°C relative to the average temperature in the pre-industrial era. If the concentration of greenhouse gases in the atmosphere has stayed below 450 ppm by the year 2100, climate science believes there is a good chance that this target (hereinafter: the 2°C target) will be reached. In the last couple of years, further insight has shown that a safe temperature increase should not exceed 1.5°C with a corresponding greenhouse gas concentration level of no more than 430 ppm by the year 2100.

2.3.4. The current greenhouse gas concentration level is 401 ppm.

The total global remaining capacity for further greenhouse gas emissions is also known as the carbon budget. Global CO<sub>2</sub> emissions currently run at 40 Gt CO<sub>2</sub> per year. Each year the global CO<sub>2</sub> emissions stay at this level reduces the carbon budget by 40 Gt. If global CO<sub>2</sub> emissions are higher, the carbon budget will decrease by more than 40 Gt. A carbon budget of 580 Gt CO<sub>2</sub> was remained available from 2017 – a best estimate – for a 50% chance of a warming of 1.5°C<sup>2</sup>. Now, three years later, 120 Gt CO<sub>2</sub> of the carbon budget has been used, which means that 460 Gt CO<sub>2</sub> remains. At unchanged emission levels, the carbon budget will have been used up within the foreseeable future.

2.3.5. The global effects of climate change are apparent from the reports of the Intergovernmental Panel on Climate Change (hereinafter: IPCC), the United Nations climate panel (see hereinafter under 2.4.4.).

In AR4 (IPCC Fourth Assessment Report, 2007), the IPCC explained that dangerous, irreversible climate change occurs if global warming exceeds 2°C. The report states that in order to have a more than 50% chance ('more likely than not') that the 2°C is not exceeded, the report explains that the concentration of greenhouse gases in the atmosphere has to stabilize at a level of about 450 ppm in 2100.

AR5 (IPCC Fifth Assessment Report, 2013-2014) describes that there is 'likely' (> 66%) chance for the rise in global temperature to remain below 2°C if the concentration of greenhouse gases in the atmosphere stabilizes at about 450 ppm in 2100. Stabilization at about 500 ppm in 2100 yields a chance of more than 50% ('more likely than not') of reaching the 2°C target. Only a limited number of studies have looked into scenarios that lead to a limitation of global warming to 1.5°C. Such scenarios are based on concentrations of under 430 ppm in 2100. In report AR5, the IPCC has categorized the key risks associated with anthropogenic climate change into five reasons for concern (RFC):

RFC 1: Unique and threatened systems are both ecological and cultural systems. The global temperature rise will force certain human systems to make great adaptations or will cause ecosystems as we now know them, such as ice masses and coral reefs, to disappear.

RFC 2: Extreme weather events will increase in both frequency and intensity. Drought, extreme precipitation, heat and (tropical) storms and

<sup>2</sup> IPCC SR 15 (2018), C.1.3, p. 14.

hurricanes are examples of extreme weather events which are expected to increase and cause more forest fires (due to drought/heat) and floods (due to extreme precipitation and storms).

RFC 3: Distribution of impacts: the consequences of climate change will be distributed unevenly in the world. The risks are distributed unevenly and in all countries, regardless of their development status, the impact of climate change will disproportionately affect the already weaker and marginalized groups, which will be the first to feel the impact on their food and water security.

RFC 4: Global aggregate impacts are the effects of climate change which outstrip just the direct consequences and which are an accumulation of various indirect, mutually reinforcing effects. For example, climate change causes a loss of biodiversity, which will not only impact the ecology, but also the economy because people are dependent on biodiversity (fishery and agriculture).

RFC 5: Large-scale singular events, or tipping points, are abrupt and drastic changes in physical, ecological or social systems which in most cases are irreversible and therefore have major and permanent consequences<sup>3</sup>.

The following are the key risks associated with the RFCs:

“i) Risk of death, injury, ill-health, or disrupted livelihoods in low-lying coastal zones and small island developing states and other small islands, due to storm surges, coastal flooding, and sea level rise. [RFC 1-5]

ii) Risk of severe ill-health and disrupted livelihoods for large urban populations due to inland flooding in some regions. [RFC 2 and 3]

iii) Systemic risks due to extreme weather events leading to breakdown of infrastructure networks and critical services such as electricity, water supply, and health and emergency services. [RFC 2-4]

iv) Risk of mortality and morbidity during periods of extreme heat, particularly for vulnerable urban populations and those working outdoors in urban or rural areas. [RFC 2 and 3]

v) Risk of food insecurity and the breakdown of food systems linked to warming, drought, flooding, and precipitation variability and extremes, particularly for poorer populations in urban and rural settings. [RFC 2-4]

<sup>3</sup> AR5 WGII H 19, p. 1079.

vi) Risk of loss of rural livelihoods and income due to insufficient access to drinking and irrigation water and reduced agricultural productivity, particularly for farmers and pastoralists with minimal capital in semi-arid regions. [RFC 2 and 3]

vii) Risk of loss of marine and coastal ecosystems, biodiversity, and the ecosystem goods, functions, and services they provide for coastal livelihoods, especially for fishing communities in the tropics and the Arctic. [RFC 1, 2, and 4]

viii) Risk of loss of terrestrial and inland water ecosystems, biodiversity, and the ecosystem goods, functions, and services they provide for livelihoods. [RFC 1, 3, and 4]”.

2.3.5.1. The SR15 report (IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C, 2018) describes that the risks identified by the IPCC have increased:

“There are multiple lines of evidence that since AR5 the assessed levels of risk increased for four of the five Reasons for Concern (RFCs) for global warming to 2°C (high confidence). The risk transitions by degrees of global warming are now: from high to very high risk between 1.5°C and 2°C for RFC1 (Unique and threatened systems) (high confidence); from moderate to high risk between 1°C and 1.5°C for RFC2 (Extreme weather events) (medium confidence); from moderate to high risk between 1.5°C and 2°C for RFC3 (Distribution of impacts) (high confidence); from moderate to high risk between 1.5°C and 2.5°C for RFC4 (Global aggregate impacts) (medium confidence); and from moderate to high risk between 1°C and 2.5°C for RFC5 (Large-scale singular events) (medium confidence)”<sup>4</sup>.

2.3.5.2. In the SR15 report, the IPCC concludes that global warming will probably reach 1.5°C between 2030 and 2052 if the increase

<sup>4</sup> IPCC SR 15 (2018), B.5.7, p. 12. For the meaning of the level of confidence, see footnote 3 IPCC SR 15 (2018): “Each finding is grounded in an evaluation of underlying evidence and agreement. A level of confidence is expressed using five qualifiers: very low, low, medium, high and very high, and typeset in italics, for example, medium confidence. The following terms have been used to indicate the assessed likelihood of an outcome or a result: virtually certain 99-100% probability, very likely 90-100%, likely 66-100%, about as likely as not 33-66%, unlikely 0-33%, very unlikely 0-10%, exceptionally unlikely 0-1%. Additional terms (extremely likely 95-100%, more likely than not >50-100%, more unlikely than likely 0-<50%, extremely unlikely 0-5%) may also be used when appropriate. Assessed likelihood is typeset in italics, for example, very likely. This is consistent with AR5”.

continues at the current level. Climate-related risks for man and nature will be higher than now with global warming at 1.5°C, but lower at 2°C. The risks hinge on the extent and rate of global warming, geographic location, development and vulnerability levels, and of choices in and implementation of adaptation and mitigation options. In order to limit global warming to 1.5°C, the report states that global emissions will have to have been reduced to far below 35 Gt Co<sub>2</sub>-eq by 2030. The IPCC also points out that half of the models used show that global emissions should be reduced to between 25 Gt and 30 Gt Co<sub>2</sub>-eq in 2030. The report states that, as a result of these findings, limiting global warming to 1.5°C requires a net reduction of 45% in global CO<sub>2</sub> emissions in 2030 (bandwidth 40-60%) relative to 2010, and a net reduction of 100% in 2050 (bandwidth 2045-2055):

“In model pathways with no or limited overshoot of 1.5°C, global net anthropogenic CO<sub>2</sub> emissions decline by about 45% from 2010 levels by 2030 (40-60% interquartile range), reaching net zero around 2050 (2045-2055 interquartile range). For limiting global warming to below 2°C CO<sub>2</sub> emissions are projected to decline by about 25% by 2030 in most pathways (10-30% interquartile range) and reach net zero around 2070 (2065-2080 interquartile range). Non-CO<sub>2</sub> emissions in pathways that limit global warming to 1.5°C show deep reductions that are similar to those in pathways limiting warming to 2°C. (high confidence)<sup>5</sup>”.

2.3.5.3. The SR15 report also states the following:

“All pathways that limit global warming to 1.5°C with limited or no overshoot project the use of carbon dioxide removal (CDR) on the order of 100-1000 GtCO<sub>2</sub> over the 21st century. CDR would be used to compensate for residual emissions and, in most cases, achieve net negative emissions to return global warming to 1.5°C following a peak (high confidence). CDR deployment of several hundreds of GtCO<sub>2</sub> is subject to multiple feasibility and sustainability constraints (high confidence). Significant near-term emissions reductions and measures to lower energy and land demand can limit CDR deployment to a few hundred GtCO<sub>2</sub> without reliance on bioenergy with carbon capture and storage (BECCS) (high confidence)<sup>6</sup>”.

<sup>5</sup> IPCC SR 15 (2018), C.1, p. 14.

<sup>6</sup> IPCC SR 15 (2018), C.3, p. 19.

2.3.5.4. The SR15 report indicates with respect to the nationally determined contributions (NDCs) of the parties to the Paris Agreement that the NDCs are insufficient for limiting global warming to 1.5°C and that the target is only feasible if global CO<sub>2</sub> emissions start to fall well before 2030:

“Estimates of the global emissions outcome of current nationally stated mitigation ambitions as submitted under the Paris Agreement would lead to global greenhouse gas emissions in 2030 of 52-58 GtCO<sub>2</sub>-eq yr<sup>-1</sup> (medium confidence). Pathways reflecting these ambitions would not limit global warming to 1.5°C, even if supplemented by very challenging increases in the scale and ambition of emissions reductions after 2030 (high confidence). Avoiding overshoot and reliance on future large-scale deployment of carbon dioxide removal (CDR) can only be achieved if global CO<sub>2</sub> emissions start to decline well before 2030 (high confidence)<sup>7</sup>”.

2.3.6. All parts of Europe will encounter the adverse effects of climate change. Individual citizens and companies will run a substantial financial risk as a result of these impacts<sup>8</sup>. As a result of climate change Europe is expected to face more frequent heat waves, which will last longer and become more intense and result in more deaths<sup>9</sup>. Human systems and ecosystems in Europe are vulnerable to climate change, but vulnerabilities will differ per region. The following applies to North-Western Europe:

“Coastal flooding has impacted low-lying coastal areas in north-western Europe in the past and the risks are expected to increase due to sea-level rise and an increased risk of storm surges. North Sea countries are particularly vulnerable, especially Belgium, Denmark, Germany, the Netherlands, and the United Kingdom. Higher winter precipitation is projected to increase the intensity and frequency of winter and spring river flooding, although to date no increased trends in flooding have been observed<sup>10</sup>”.

2.3.7. The Netherlands has relatively high per capita CO<sub>2</sub> emissions

<sup>7</sup> IPCC SR 15 (2018), D.1, p. 20.

<sup>8</sup> See the EU Green Paper ‘Adapting to climate change in Europe - options for EU action’ (2007), p. 24.

<sup>9</sup> See the 2012 report of European Environment Agency ‘Climate change, impacts and vulnerability in Europe 2012’.

<sup>10</sup> P. 24-25 of the document referred to in the previous footnote.

compared to other industrialized countries. The impacts of global warming (globally about 0.8 degrees higher than pre-industrial temperatures and 1.7 degrees in the Netherlands) are already noticeable in the Netherlands<sup>11</sup>. Heat waves, drought, floods, damage to ecosystems, threat to food production and damage to health are expected to intensify in future if the global average temperature rises. According to the Royal Netherlands Meteorological Institute (KNMI)<sup>12</sup>, in the future the Netherlands will have to take account of higher temperatures, a faster rising sea level, wetter winters, heavier precipitation and chances of drier summers. The KNMI states the following, inter alia:

“In climate science it is accepted that a large degree of global warming will increase the risk of a major abrupt transition in the climate system. However there is as of yet no firm quantitative basis for the direction and magnitude of such a transition. Therefore, developing such transitions into extreme scenarios is beyond the scope of KNMI’14. Nevertheless, some examples have been provided below. Some climate models indicate a slow but complete shut down of the warm Gulf Stream before 2100. This reduces the warming over Europe in all but one of these models, in which the Gulf Stream shuts down around 2050 and Europe even sees a temporary net cooling. A few models indicate an abrupt decline in Arctic sea-ice cover during warming scenarios, resulting in a strong temperature increase over the North Pole area. This may impact the formation of storms that affect Europe. Another effect featured in some climate models is a much stronger drying of the soil in southern Europe. This ‘desertification’ of the Mediterranean will favour easterly winds over the Netherlands, leading to very warm and dry summers. There are two other relevant processes that are either not included or not well represented in current climate models. The first is a collapse of the West Antarctic ice sheet. At present this ice sheet is losing mass by increased iceberg calving. Once a collapse has been initiated, for which no indications exist at present, the mass loss might be much greater than accounted for in the KNMI’14 sea-level rise scenarios. The second process is the possibility

<sup>11</sup> See the 2013 memorandum of the PBL Netherlands Environmental Assessment Agency and the KNMI memorandum ‘*De achtergrond van het klimaatprobleem*’ (‘The background of the climate problem’).

<sup>12</sup> See ‘KNMI’14, *Klimaatscenario’s voor Nederland* (‘Climate scenarios for the Netherlands’) (May 2014).

of remnants of tropical hurricanes hitting Europe. Observations show that over the last two decades Atlantic hurricanes form more often in the eastern Tropics compared to the Caribbean. A large proportion of these hurricanes move directly to the north, and travel to Western Europe. The chances of Atlantic hurricanes to form in the eastern Tropics will increase due to global warming, and therefore also the probability of remnants of hurricanes hitting Western Europe. New experiments performed by KNMI with a highly detailed climate model have confirmed this. It will result in an earlier and more severe storm season in the Netherlands”<sup>13</sup>.

2.3.8. According to the KNMI, a sea level rise of 2.5 to 3m this century cannot be ruled out. If global warming does not exceed 2°C this century, it is possible that the sea level rise remains limited from 0.3 to at most 2.0m. However, if the global warming is greater (4°C in 2100) the sea level rise may climb to 2.0m and 3.0m at most in 2100. After 2100, this accelerated sea level rise may increase to 5m and possibly 8m in 2200. After 2050, the sea level rise is expected to accelerate even further. To counter this, various measures have to be taken, including faster and increased sand nourishment along the coast, strengthening or replacing storm surge barriers and other flood risk management works in a shorter term than currently envisioned, and moving and enlarging fresh water inlets<sup>14</sup>. Up to 2030, the impact of an accelerated sea level rise will be limited and hardly noticeable in the Dutch Wadden Sea. However, in the long term, up to the year 2100, the anticipated change will depend to a great extent on the climate scenarios, varying from hardly any impact up to 2100 to a noticeable impact in 2050. In most scenarios, none of the tidal basins in the Dutch Wadden Sea will have drowned by 2100. In the more extreme scenario (DeConto & Pollard), which predicts a total sea level rise of approximately 1.7m in 2100, the Wadden Sea will drown before 2100<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> KNMI’14, p. 28.

<sup>14</sup> See the report published in 2018 by Deltares, an independent institute, established in the Netherlands, for applied research in the field of water and subsurface, ‘*Mogelijke gevolgen van versnelde zeespiegelstijging voor het Deltaprogramma. Een verkenning*’ (‘Possible consequences of an accelerated sea level rise for the Delta programme. An exploration’).

<sup>15</sup> See the 2018 Deltares report ‘*Ontwikkelingen van de Nederlandse Waddenzee bekkens tot 2100: Nederlandse Waddenzee bekkens tot 2100: De invloed van versnelde*

2.3.9. Climate change-related health problems in Dutch residents include heat stress, increasing infectious diseases, deterioration of air quality, increase of UV exposure, and an increase of water-related and foodborne diseases. In the coming decades, the Netherlands will also face many water-related climate impacts, such as flooding along the coast and rivers, excess water, water shortage, deterioration of water quality, salinization, raised water levels and drought. Periods of either drought and water shortage or problems due to excess water may occur on an annual basis. These changes and uncertainties in water availability will have an impact on agriculture and biodiversity, but also on, for example, the energy sector and the manufacturing industry, for instance in the form of cooling water problems and poor accessibility via rivers in case of drought and network problems due to drought, excess water or other weather extremes)<sup>16</sup>.

#### 2.4. Conventions, international agreements and policy intentions

2.4.1. A UN conference on ‘Human environment’ was held in Stockholm in 1972. The conference brought forth the Stockholm Declaration, in which the principles of international environmental policy and environmental law were laid down. The United Nations Environment Program (UNEP) was established as a result of the conference.

2.4.2. In 1992 the UN Climate Convention (a framework convention) was concluded. This convention has since entered into force and ratified by the majority of the global community, including the Netherlands. The convention seeks to protect the planet’s ecosystems and mankind and strives for sustainable development for the protection of current and future generations. The preamble to the convention contains the following consideration, inter alia: “Determined to protect the climate system for present and future generations”. Article 2 of the convention reads as follows:

“The ultimate objective of this Convention and any related legal instruments that the Conference of the Parties may adopt is to achieve, in

*zeespiegelstijging en van bodemdaling op de sedimentbalans – een synthese*’ (‘The development of the tidal basins in the Dutch Wadden Sea until 2100: the impact of accelerated sea-level rise and subsidence on their sediment budget – a synthesis’).

<sup>16</sup> See the 2012 report of the Netherlands Court of Audit ‘*Aanpassing aan klimaatverandering: strategie en beleid*’ (‘Adjusting to climate change: strategy and policy’).

accordance with the relevant provisions of the Convention, stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system. Such a level should be achieved within a time frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change, to ensure that food production is not threatened and to enable economic development to proceed in a sustainable manner”.

2.4.3. Article 7 has established the Conference of the Parties (hereinafter: COP), which usually convenes every year (the so-named climate change conferences). The COP is the highest decision-making entity under the convention, although COP decisions are not legally binding. Numerous COPs (climate change conferences) have since been held, including the COP 21 in 2015 in Paris (the Paris Climate Conference), culminating in the Paris Agreement, the COP 22 in 2016 in Marrakesh, in which the parties called for more ambition and a more intensive cooperation to close the gap between the current emissions reduction targets and the targets of the Paris Agreement and for further climate actions, and the COP 25 in 2019 in Madrid (see below under 2.4.8).

2.4.4. In 1988, the UNEP and the World Meteorological Organization (WMO), under the auspices of the United Nations, established the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). The IPCC focuses on gaining insight into all aspects of climate change through scientific research. It does not carry out its own research, but rather studies and assesses the most recent scientific and technical information that is made available worldwide. The IPCC is not just a scientific but also an intergovernmental organization. It has 195 members, including the Netherlands. Since its establishment, the IPCC has published five reports (Assessment Reports), with associated specialist reports, on the state of affairs in climate science and on climate developments. (See under 2.3.5.1 through to 2.3.5.4).

2.4.5. The UNEP has issued annual reports on the so-named emissions gap since 2010. The emissions gap is the difference between the desired emissions level in a particular year and the reduction targets to which the relevant countries committed. In UNEP's annual report on the year 2013, it was found for the third time in a row that the pledges had fallen short and greenhouse gas emissions had seen a rise rather than a drop. In its 2017 report, the UNEP noted that if the emissions gap is not

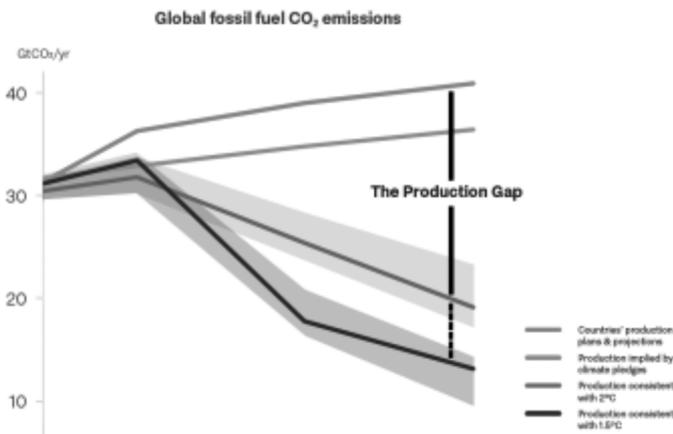
bridged in 2030, it is highly unlikely that the 2°C target will be reached. Even if the reduction targets underlying the Paris Agreement are implemented in fully, 80% of the carbon budget remaining in the context of the 2°C target will be used by 2030. If a 1.5°C target is taken as a basis, the associated carbon budget will have been completely used up by then.

2.4.6. The 2019 UNEP Production Gap Report focuses on the so-called production gap. This gap is the difference between the planned production of fossil fuels of countries and global production levels in line with global warming limited to 1.5°C or 2°C. The following conclusion was drawn in this report, inter alia:

“In aggregate, countries’ planned fossil fuel production by 2030 will lead to the emission of 39 billion tonnes (gigatonnes) of carbon dioxide (GtCO<sub>2</sub>). That is 13 GtCO<sub>2</sub>, or 53%, more than would be consistent with a 2°C pathway, and 21 GtCO<sub>2</sub> (120%) more than would be consistent with a 1.5°C pathway. This gap widens significantly by 2040. (...)”

Oil and gas are also on track to exceed carbon budgets, as countries continue to invest in fossil fuel infrastructure that “locks in” oil and gas use. The effects of this lock-in widen the production gap over time, until countries are producing 43% (36 million barrels per day) more oil and 47% (1,800 billion cubic meters) more gas by 2040 than would be consistent with a 2°C pathway<sup>17</sup>”

Below is a diagram of the production gap<sup>18</sup>:



<sup>17</sup> UNEP Production Gap Report 2019, p. 4.

<sup>18</sup> UNEP Production Gap Report 2019, p. 3.

2.4.7. The Paris Agreement, which was signed on 22 April 2016, entered into effect on 4 November 2016, and covering the period from 2020, has a different system than the UN Climate Convention. Each country is called to account regarding its individual responsibility (bottom-up approach). In short, the following is laid down in the agreement, *inter alia*:-

Global warming must be kept well below the 2°C threshold relative to the pre-industrial age, while striving for 1.5°C.

The parties have to draw up national climate plans, namely nationally determined contributions (NDCs), which must be ambitious and whose ambition level must increase with each new plan.

The parties observe with great concern that the current NDCs are insufficient for an average temperature rise of no more than 2°C relative to the pre-industrial age.

The use of fossil fuels must be brought to an end quickly, as this is a major cause of excessive CO<sub>2</sub> emissions.

The decision of the parties to adopt the Paris Agreement notes the following about non-state stakeholders:

“The Conference of the Parties (...)

117. Welcomes the efforts of non-Party stakeholders to scale up their climate actions, and encourages the registration of those actions in the Non-State Actor Zone for Climate Action platform; (...)

133. Welcomes the efforts of all non-Party stakeholders to address and respond to climate change, including those of civil society, the private sector, financial institutions, cities and other subnational authorities;

134. Invites the non-Party stakeholders referred to in paragraph 133 above to scale up their efforts and support actions to reduce emissions and/or to build resilience and decrease vulnerability to the adverse effects of climate change and demonstrate these efforts via the Non-State Actor Zone for Climate Action platform referred to in paragraph 117 above;”.

2.4.8. During the 25th Conference of the Parties in Madrid in 2019 (COP 25) held under the UN Climate Convention, the so-called Climate Ambition Alliance was established. In the Climate Ambition Alliance, both state and non-state actors have signalled their intention to achieve net-zero CO<sub>2</sub> emissions by 2050, required to meet the climate goals of the Paris Agreement. The press release on this alliance of state and non-

state actors mentions, among other things, that countries cannot take on this task on their own, that non-state action is required for meeting the goal of the Paris Agreement, and that this needs to be done with due observance of the latest scientific findings. Under the auspices of the UN, the so-called Race to Zero initiative was developed in order to achieve the necessary expansion of the group of non-state actors in the Climate Ambition Alliance in the quickest way possible. The Race to Zero initiative is an assembly of global networks that have developed emissions reduction protocols and guidelines for non-state actors. Based on scientific findings, these protocols and guidelines present, *inter alia*, what companies should do to reduce the greenhouse gas emissions caused by their activities and products.

2.4.9. The International Energy Agency (IEA) is an intergovernmental organization that was established in 1974 in order to support the coordination of a collective response to major disruptions in the oil supply. The IEA has 30 member countries, including the Netherlands. Although the oil supply forms a substantial focus area of the IEA, the agency has also focused its attention on other sources of energy. In its Beyond 2 Degree-Scenario (B2DS), the IEA assumes a reduction of 21 to 22 Gt CO<sub>2</sub> in 2030. This represents a 35% drop relative to the starting point of 33 Gt in 2014, which the IEA uses as a base year<sup>19</sup>.

2.4.10. The IEA has published its annual World Energy Outlook since 1977. It offers analyses and insights into developments in the energy market and what these developments signify for energy certainty, environmental protection and economic developments.

In its World Energy Outlook 2019, the IEA foresees that the demand for oil and natural gas will rise until 2040 across all scenarios outlined in the outlook. The IEA distinguishes three scenarios, namely the Current Policies Scenario, the Stated Policies Scenario and the Sustainable Development Scenario (SDS). The IEA explains these scenarios as follows in the World Energy Outlook 2019:

“The Current Policies Scenario shows what happens if the world continues along its present path, without any additional changes in policy. In this scenario, energy demand rises by 1.3% each year to 2040, with increasing demand for energy services unrestrained by further efforts to improve

<sup>19</sup> See the IEA's report Energy Technology Perspectives 2017.

efficiency. While this is well below the remarkable 2.3% growth seen in 2018, it would result in a relentless upward march in energy-related emissions, as well as growing strains on almost all aspects of energy security.

The Stated Policies Scenario, by contrast, incorporates today's policy intentions and targets. Previously known as the New Policies Scenario, it has been renamed to underline that it considers only specific policy initiatives that have already been announced. The aim is to hold up a mirror to the plans of today's policy makers and illustrate their consequences, not to guess how these policy preferences may change in the future.

In the Stated Policies Scenario, energy demand rises by 1% per year to 2040. Low-carbon sources, led by solar photovoltaics (PV), supply more than half of this growth, and natural gas, boosted by rising trade in liquefied natural gas (LNG), accounts for another third. Oil demand flattens out in the 2030s, and coal use edges lower. Some parts of the energy sector, led by electricity, undergo rapid transformations. Some countries, notably those with "net zero" aspirations, go far in reshaping all aspects of their supply and consumption. However, the momentum behind clean energy technologies is not enough to offset the effects of an expanding global economy and growing population. The rise in emissions slows but, with no peak before 2040, the world falls far short of shared sustainability goals.

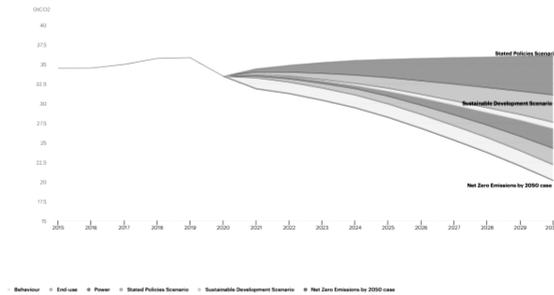
The Sustainable Development Scenario maps out a way to meet sustainable energy goals in full, requiring rapid and widespread changes across all parts of the energy system. This scenario charts a path fully aligned with the Paris Agreement by holding the rise in global temperatures to "well below 2°C ... and pursuing efforts to limit [it] to 1.5°C", and meets objectives related to universal energy access and cleaner air. The breadth of the world's energy needs means that there are no simple or single solutions. Sharp emission cuts are achieved across the board thanks to multiple fuels and technologies providing efficient and cost-effective energy services for all".

2.4.11. In the World Energy Outlook 2020, published in October 2020, the IEA introduces the 'Net Zero Emissions by 2050 (NZE2050) case', which is a translation of a net zero scenario in 2050 for the energy sector. The IEA notes the following, *inter alia*:

"Decisions over the next decade will play a critical role in determining the pathway to 2050. For this reason, we examine what the NZE2050 would mean for the years through to 2030. Total CO<sub>2</sub> emissions would

need to fall by around 45% from 2010 levels by 2030, meaning that energy sector and industrial process CO<sub>2</sub> emissions would need to be around 20.1 Gt, or 6.6 Gt lower than in the SDS in 2030<sup>20</sup>.

The outlook contains the below graph, entitled ‘Energy and industrial process CO<sub>2</sub> emissions and reduction levers in WEO 2020 scenarios, 2015-2030’<sup>21</sup>:



2.4.12. Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) contains the EU’s environmental goals. For the implementation of its environmental policy, the EU has worked out a large number of directives, including the so-named 2013 ETS directive (Directive 2003/87/EC), which was subsequently amended. The Directive has established a scheme for greenhouse gas emission allowance trading in the EU. Overall, the ETS system works as follows. Companies in the EU that fall under the ETS system, which are energy-intensive companies such as those in the energy sector, may only emit greenhouse gases in exchange for surrendering emission allowances. The allowances can be purchased, sold or kept. The system currently provides for an emissions reduction of 43% by 2030 relative to 2005<sup>22</sup>. On 17 September 2020, the European Commission proposed a new EU reduction target of at least 55% in all sectors by 2030 relative to 1990<sup>23</sup>. The European Council discussed this enhancement on 15 October 2020.

<sup>20</sup> World Energy Outlook 2020, p. 54.

<sup>21</sup> World Energy Outlook 2020, figure 1.3, p. 34.

<sup>22</sup> Directive (EU) 2018/410.

<sup>23</sup> <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/EN/COM-2020-564-F1-EN-MAIN-PART-1-PDF>.

2.4.13. In proceedings instituted by Urgenda, a foundation and citizens' group that focuses on developing plans and measures for the prevention of climate change, the Dutch State was ordered to reduce greenhouse gas emissions by at least 25% as of late 2020 relative to 1990<sup>24</sup>.

2.4.14. On 28 June 2019, the Dutch cabinet presented its Climate Agreement. The Climate Agreement encompasses a package of measures and agreement between companies, social organizations and government bodies for the joint reduction of greenhouse gas emissions in the Netherlands by 49% in 2030 relative to 1990. The Climate Agreement is the result of consultations among some 150 parties, which gathered at five environment-themed round table meetings, namely Electricity, Industry, Built Environment, Agriculture and Mobility. The implementation of the agreements will be run wherever possible by the participating parties, including the central government.

2.4.15. On 1 September 2019, the Climate Act<sup>25</sup> entered into force. This act provides a framework for the development of policy geared towards a permanent and gradual reduction of greenhouse gas emissions in the Netherlands to a level that will be 95% lower in 2050 than in 1990, with the purpose of curbing global warming and climate change. The aim is to achieve a 49% reduction in greenhouse gas emissions by 2030 and a full Co2-neutral electricity production by 2050 in order to meet the target for 2050. According to the Climate Act, the cabinet must draw up a Climate Plan. The first Climate Plan is based on the Climate Agreement and covers the period between 2021 and 2030. The plan contains the broad outlines with which the cabinet seeks to achieve the targets in the Climate Act as well as a number of considerations, including on the latest scientific insights in the area of climate change and on the economic impact of the policy.

## 2.5. Activities of RDS and the Shell group

2.5.1. As the top holding company, RDS establishes the general policy of the Shell group. For instance, RDS draws up the investment guidelines in support of the energy transition as well as the business principles for the Shell companies. RDS reports on the consolidated performance of the Shell companies and maintains relationships with investors. In RDS' Sustainability Report 2019, the RDS Board is designated in a 'Cli-

<sup>24</sup> Supreme Court 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

<sup>25</sup> Bulletin of Acts and Decrees 2019, 253.

mate Change Management Organogram’ as having ‘oversight of climate change risk management’. The companies of the Shell group are responsible for the implementation and execution of the general policy. They must adhere to the applicable legislation and their contractual obligations. Each Shell company bears operational responsibility for the implementation of ‘climate change policies and strategies’.

2.5.2. RDS has made executive remuneration dependent on reaching short-term targets. In the 2019 Annual Report it was reported that the performance indicator ‘energy transition’ counts towards 10% in the weighting. The other 90% is linked to other, mostly financial performance indicators.

2.5.3. As the top holding company, RDS reports on the greenhouse gas emissions of the various Shell companies, both on the basis of the relevant company’s operational control (100% of the emissions of companies and joint ventures operated by one of the Shell companies) as well as on the basis of the relevant company’s share capital (equity share of the emissions of companies and joint ventures in which Shell participates).

2.5.4. RDS reports on greenhouse gas emissions on the basis of the World Resources Institute Greenhouse Gas Protocol (GHG Protocol). The GHG Protocol categorizes greenhouse gas emissions in Scope 1, 2 and 3:

Scope 1: direct emissions from sources that are owned or controlled in full or in part by the organization;

Scope 2: indirect emissions from third-party sources from which the organization has purchased or acquired electricity, steam, or heating for its operations;

Scope 3: all other indirect emissions resulting from activities of the organization, but occurring from greenhouse gas sources owned or controlled by third parties, such as other organizations or consumers, including emissions from the use of third-party purchased crude oil and gas.

2.5.5. RDS’ reporting method and Shell’s information on greenhouse gas emissions are available, inter alia, in their annual reports, Sustainability Reports, the Carbon Disclosure Project (CDP) – an international not-for-profit charity that runs the global disclosure system for investors, companies, cities, states and regions – and on the website of the Shell group. In 2018, RDS reported that 85% of the Shell group emissions were Scope 3 emissions.

2.5.6. In its 2019 submission to the CDP, RDS writes that its CEO has ultimate responsibility for the general management of the Shell group. The CEO is the most senior individual who is ultimately accountable for all management, except with respect to matters falling under the ultimate responsibility of the RDS Board or which belong to the domain of the RDS shareholders' meeting. With respect to climate change, the following is stated in the submission to the CDP:

“The CEO is the most senior individual with accountability for climate change. This includes the delivery of Shell’s strategy, e.g. through Shell’s plans (...) to set short-term targets for reducing the Net Carbon Footprint of the energy products it sells (...)”.

2.5.7. The 2019 CDP submission explains that the climate policy, for which the RDS CEO bears ultimate accountability, is adopted by the RDS Board, which has ‘oversight of climate-related issues’. Among its ‘governance mechanisms into which climate-related issues are integrated’ are ‘Setting performance objectives; Monitoring; implementation and performance of objectives; Overseeing major capital expenditures, acquisitions and divestitures; Monitoring and overseeing progress against goals and targets for addressing climate-related issues’. The RDS Board seeks the advice of a so-called Board-level committee, namely the Corporate and Social Responsibility Committee (CSRC). The role of the CSRC is as follows:

“(...) to review and advise the Board on Shell’s strategy, policies and performance in the areas of safety, environment, ethics and reputation against the Shell General Business Principles, the Shell Code of Conduct, and the HSSE & SP Control Framework. Conclusions/recommendations made by the CSRC are reported directly to the Executive Committee and Board. The topics discussed in depth included personal and process safety, road safety, the energy transition and climate change, Shell’s Net Carbon Footprint ambition, the Company’s environmental and societal licence to operate, and its ethics programme”.

2.5.8. The 2019 submission to the CDP also states the following:

“Climate change and risks resulting from GHG emissions have been identified as a significant risk factor for Shell and are managed in accordance with other significant risks through the Board and Executive Committee. Shell’s processes for identifying, assessing, and managing climate-related issues are integrated into our overall multi-disciplinary company-wide risk identification, assessment and management process.

Shell frequently monitors and assesses climate-related risks looking at different time horizons; short (up to 3 years), medium (three years up to around 10 years) and long term (beyond around 10 years). Shell has a climate change risk management structure in place which is supported by standards, policies and controls. (...)

Finally, we assess our portfolio decisions, including divestments and investments, against potential impacts from the transition to lower-carbon energy. These include higher regulatory costs linked to carbon emissions and lower demand for oil and gas. The portfolio changes we are making reduce the risk of having assets that are uneconomic to operate, or oil and gas reserves that are uneconomic to produce because of changes in demand or CO<sub>2</sub> regulations”.

2.5.9. In 1988, the then Shell group published an internal report on climate change, which had been drawn up in 1986, entitled ‘The Greenhouse Effect’. In it, and in the information film, ‘Climate of concern’, the then Shell group warned about the dangers of climate change. In a brochure with the title ‘Climate Change, what does Shell think and do about it’ from March 1998, the following is stated about the role of the then Shell group in changing energy markets:

“They must play their part in the necessary precautionary measures to limit greenhouse gas emissions.

Shell companies expect to do the following: (...)

Reduce emissions of greenhouse gases in their own operations as well as helping their customers to do the same”.

In 1998, a new branch, known as the Shell International Renewables, was created in the then Shell group, whose focus was on new forms of energy, including solar energy, the planting of forests, and energy from biomass.

2.5.10. From 2006/2007 onward, the Shell group invested in tar sand in Canada in order to extract tar sand oil. The Shell company in question, Shell Canada, sold some parts of this investment in 2017. From late 2017/January 2018, the Shell group started to focus on the extraction of oil and gas from shale, which requires a drilling technique known as fracking. It is an intensive process that costs extra energy and consequently may culminate in a higher CO<sub>2</sub> emission per unit of energy generated as compared to the conventional extraction of petroleum and natural gas. Moreover, the extraction of shale gas and shale oil, it turns out, releases the highly potent greenhouse gas methane into the atmosphere.

2.5.11. In December 2017, RDS presented its 'Net Carbon Footprint Ambition' (NCF ambition) for the Shell group. The NCF ambition is a long-term ambition with which the Shell group seeks to reduce the CO<sub>2</sub> intensity of the energy products sold by the group by 2050. It is an intensity-based standard which focuses on the Shell group's relative contribution to the emissions reduction in the total energy system. The NCF ambition pertains to a reduction of the CO<sub>2</sub> intensity of Scope 1, 2 and 3 emissions. The NCF ambition is generally adjusted every five years. In 2019, RDS also started to use targets, in addition to ambitions, for the short term for the Shell group, such as a specific NCF target. The short-term targets will be established every year for a period of three to five years. RDS annually reports on the NCF ambition in its Sustainability Report. The website of the Shell group also states the following about the NCF ambition:

"Our ambition depends on society making progress to meet the Paris Agreement. If society changes its energy demands more quickly, we intend to aid that acceleration. If it changes more slowly, we will not be able to move as quickly as we would like. Both energy demand and energy supply must evolve together. This is because no business can survive unless it sells things that people need and buy<sup>26</sup>".

2.5.12. In 2018, RDS published the Sky Report containing the 'Sky' scenario (hereinafter: Sky) for the development of future energy systems. RDS uses this scenario, *inter alia*, to support and test its business decisions. Sky assumes that society will reach net zero emissions by 2070, which means that the target of the Paris Agreement of keeping the global average temperature rise well below 2°C will have been met. Sky assumes a swift growth of renewable energy sources, such as wind and solar, and of low-emission fuels, such as biofuels, in addition to a persisting demand for oil and gas in the long term. Sky also foresees a substantial increase of a method for capturing and re-using CO<sub>2</sub>, known as Carbon Capture Utilization and Storage (CCUS), to further limit CO<sub>2</sub> emissions in the atmosphere. Sky assumes that even in a climate-neutral energy system, with net zero CO<sub>2</sub> emissions in 2070, fossil fuels – if combined with CCUS – still constitute 22% of the total energy supply, of which oil

<sup>26</sup> <https://www.shell.com/energy-and-innovation/the-energy-future/what-is-shells-net-carbon-footprint-ambition/faq>.

and gas form 16%. In 2050, this could be 45%, of which oil and gas form 33%. The report also states the following:

“From 2018 to around 2030, there is clear recognition that the potential for dramatic short-term change in the energy system is limited, given the installed base of capital across the economy and available technologies, even as aggressive new policies are introduced”.

2.5.13. In 2018, RDS published the Energy Transformation Report 2018, which was intended to answer questions of shareholders, governments and not-for-profit organizations about the significance of the energy transition for the Shell group. The report states, among other things, that in all scenarios used by RDS, including the Sky scenario, the demand for oil and natural gas will be higher in 2030 than in 2018 and:

“To meet that demand, we expect to make continued investments in finding and producing oil and gas”.

The report also states that the Shell group also invests in other energy sources, such as hydrogen, biofuels and wind, and that the Shell group wants to lower the CO<sub>2</sub> intensity of its products.

The report states the following regarding the risk of so-called ‘stranded assets’:

#### “LOW RISK OF STRANDED ASSETS

Every year, we test our portfolio under different scenarios, including prolonged low oil prices. In addition, we rank the break-even prices of our assets in the Upstream<sup>27</sup> and Integrated Gas businesses to assess their resilience against low oil and gas prices. These assessments indicate that the risk of stranded assets in the current portfolio is low.

At December 31, 2017, we estimate that around 80% of our current proved oil and gas reserves, will be produced by 2030 and only around 20% after that time. Production that is already on stream will continue as long as we cover our marginal costs.

We also estimate that around 76% of our proved plus probable oil and gas reserves, known as 2P, will be produced by 2030, and only 24% after that time”.

<sup>27</sup> ‘Upstream’: an oil company’s activities in connection with the exploration for oil and gas. These activities are different from downstream activities, which pertain to transport, refinement and sale.

2.5.14. The disclaimer at the end of the Energy Transformation Report 2018 states the following:

“Additionally, it is important to note that Shell’s existing portfolio has been decades in development. While we believe our portfolio is resilient under a wide range of outlooks, including the IEA’s 450 scenario (World Energy Outlook 2016), it includes assets across a spectrum of energy intensities including some with above-average intensity. While we seek to enhance our operations’ average energy intensity through both the development of new projects and divestments, we have no immediate plans to move to a net-zero emissions portfolio over our investment horizon of 10-20 years. Although, we have no immediate plans to move to a net-zero emissions portfolio, in November of 2017, we announced our ambition to reduce the Net Carbon Footprint of the energy products we sell in accordance with society’s implementation of the Paris Agreement’s goal of holding global average temperature to well below 2°C above pre industrial levels. Accordingly, assuming society aligns itself with the Paris Agreement’s goals, we aim to reduce our Net Carbon Footprint, which includes not only our direct and indirect carbon emissions, associated with producing the energy products which we sell, but also our customers’ emissions from their use of the energy products that we sell, by 20% in 2035 and by 50% in 2050”.

2.5.15. In October 2018, the CEO of RDS said the following in a speech:

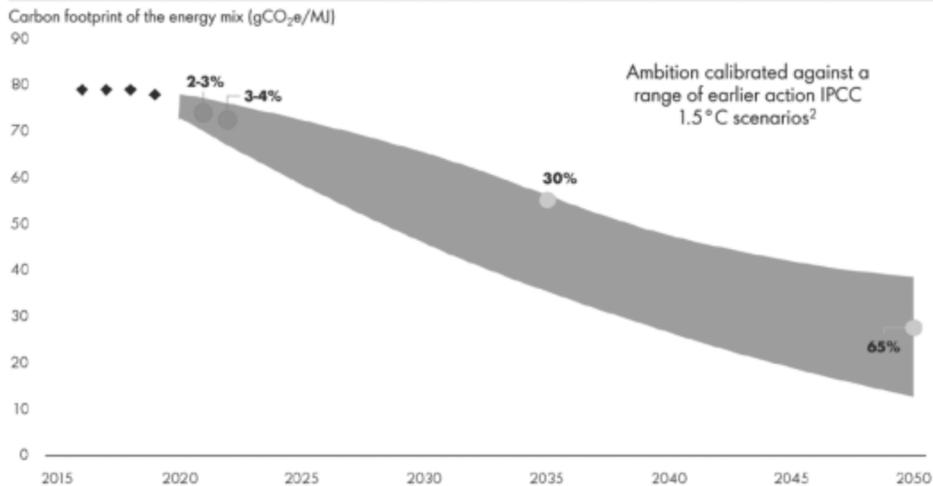
“Shell’s core business is, and will be for the foreseeable future, very much in oil and gas, and particularly in natural gas [...] people think we have gone soft on the future of oil and gas. If they did think that, they would be wrong”.

2.5.16. On 12 September 2019, Shell Nederland, part of the Shell group, and several other organizations, signed the Climate Agreement.

2.5.17. In response to the more far-reaching ambition of the European Commission to become climate neutral by 2050 (‘the Green Deal’), RDS issued a sketch in 2020 entitled ‘A climate-Neutral EU by 2050’, in which it notes that the EU ambitions require an acceleration of the energy transition that goes beyond the Sky scenario. RDS emphasizes that in order to facilitate the energy transition, the EU must create a policy framework with clear and binding legislative targets. RDS also explains in the sketch that carbon pricing must be expanded across the economy.

2.5.18. RDS included the adjusted ambitions for the Shell group in its ‘Responsible Investment Annual Briefing’ of April 2020 (hereinafter: ‘RI Annual Briefing van 2020’), aimed at its investors. In the briefing, RDS states that the Shell group strives for a reduction of CO<sub>2</sub> emissions to net zero in 2050, or sooner from the manufacture of all its products, or all of Scope 1 and 2 emissions. With regard to Scope 3 emissions, RDS wants to reduce the CO<sub>2</sub> intensity of the Shell group’s energy products per sold unit of energy (the NCF) by 30% in 2035 (was: 20%) and by 65% in 2050 (was: 50%). RDS also wants to help customers of the Shell group reduce their use of Shell energy products, the Scope 3 emissions, to net zero in 2050 or sooner. Finally, RDS has formulated short-term targets for the next two to three years.

2.5.19. In its RI Annual Briefing of 2020 (hereinafter: ‘the RI Annual Briefing 2020’), RDS shows in a diagram how it believes its ambitions for the Shell group, both in the short and long term, relate to the so-called ‘earlier action’ IPCC 1.5°C scenarios:



2.5.20. The RI Annual Briefing 2020 contains the following warning ('Definitions and cautionary note'), inter alia:

"Additionally, it is important to note that as of April 16, 2020, Shell's operating plans and budgets do not reflect Shell's net-zero emissions ambition. Shell's aim is that, in the future, its operating plans and budgets will change to reflect this movement towards its new net-zero emissions ambition. However, these plans and budgets need to be in step with the movement towards a net-zero emissions economy within society and among Shell's customers. Also, in this presentation we may refer to "Shell's Net Carbon Footprint", which includes Shell's carbon emissions from the production of our energy products, our suppliers' carbon emissions in supplying energy for that production and our customers' carbon emissions associated with their use of the energy products we sell. Shell only controls its own emissions but, to support society in achieving the Paris Agreement goals, we aim to help and influence such suppliers and consumers to likewise lower their emissions".

2.5.21. At the presentation of the third-quarter figures, on 29 October 2020, RDS gave a brief explanation of the Shell group's strategic direction during the presentation of the third quarter figures. Its strategic direction is as follows:

"Shell will reshape its portfolio of assets and products to meet the cleaner energy needs of its customers in the coming decades. The key elements of Shell's strategic direction include:

- Ambition to be a net-zero emissions energy business by 2050 or sooner, in step with society and its customers.
- Grow its leading marketing business, further develop the integrated power business and commercialise hydrogen and biofuels to support customers' efforts to achieve net-zero emissions.
- Transform the Refining portfolio from the current fourteen sites into six high-value energy and chemicals parks, integrated with Chemicals. Growth in Chemicals will pivot to more performance chemicals and recycled feedstocks.
- Extend leadership in liquefied natural gas (LNG) to enable decarbonisation of key markets and sectors.
- Focus on value over volume by simplifying Upstream to nine significant core positions, generating more than 80% of Upstream cash flow from operations.

- Enhanced value delivery through Trading and Optimisation”.

2.5.22. The website of the Shell group also states the following:

“We have the responsibility and commitment to respect human rights with a strong focus on how we interact with communities, security, labour rights and supply chain conditions. (...)

We are committed to respecting human rights. Our human rights policy is informed by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and applies to all our employees and contractors”.

2.5.23. In an open letter to the shareholders dated 16 May 2014, RDS wrote the following:

“We are writing this letter in response to enquiries from shareholders regarding the “carbon bubble” or “stranded assets” issue [...] there is a high degree of confidence that global warming will exceed 2°C by the end of the 21st century [...] because of the long-lived nature of the infrastructure and many assets in the energy system, any transformation will inevitably take decades [...] Shell does not believe that any of its proven reserves will become “stranded” as a result of current or reasonably foreseeable future legislation concerning carbon”.

2.5.24. Since 2016, the Dutch NGO Follow This, shareholder in RDS, has submitted various resolutions with the request to exchange the investments of the Shell group in oil and gas for sustainable energy. The RDS Board has consistently recommended its shareholders to vote against these resolutions for being contrary to the company’s interests. The RDS Board stated the following, among other things:

“tying the Company’s hands to a renewables only mandate would be strategically and commercially unwise”.

The majority of shareholders has voted against these resolutions.

## 2.6. **Notice of liability of RDS from claimants**

2.6.1. In a letter dated 4 April 2018, Milieudedefensie held RDS liable for its current policy as well as claimed conformity with the climate targets under the Paris Agreement. RDS responded in a letter dated 28 May 2018 stating that the claims of Milieudedefensie were unfounded, that the courts were not the appropriate forum for questions about the energy transition, and that the approach of Milieudedefensie was not constructive.

2.6.2. In a letter dated 12 February 2019, Milieudedefensie et al. gave RDS another opportunity to comply with what had been claimed earlier, which RDS rejected in a letter dated 26 March 2019.

### 3. The dispute

3.1. Milieudefensie et al. claim, following a change of claim, (in essence) for the court:

1. to rule:

a) that the aggregate annual volume of CO<sub>2</sub> emissions into the atmosphere (Scope 1, 2 and 3) due to the business operations and sold energy products of RDS and the companies and legal entities it commonly includes in its consolidated annual accounts and with which it jointly forms the Shell group constitutes an unlawful act towards Milieudefensie et al. and (i) that RDS must reduce this emissions volume, both directly and via the companies and legal entities it commonly includes in its consolidated annual accounts and with which it jointly forms the Shell group, and (ii) that this reduction obligation must be achieved relative to the emissions level of the Shell group in the year 2019 and in accordance with the global temperature target of Article 2 paragraph 1 under a of the Paris Agreement and in accordance with the related best available (UN) climate science.

b) that RDS acts unlawfully towards Milieudefensie et al. if RDS, both directly and via the companies and legal entities it commonly includes in its consolidated annual accounts and with which it jointly forms the Shell group:

- *principally*: fails to reduce or cause to be reduced by at least 45% or net 45% relative to 2019 levels, no later than at year-end 2030, the aggregate annual volume of all CO<sub>2</sub> emissions into the atmosphere (Scope 1, 2 and 3) due to the business operations and sold energy products of the Shell group;

- *in the alternative*: fails to reduce or cause to be reduced by at least 35% or net 35% relative to 2019 levels, no later than at year-end 2030, the aggregate annual volume of all CO<sub>2</sub> emissions into the atmosphere (Scope 1, 2 and 3) due to the business operations and sold energy products of the Shell group;

- *further in the alternative*: fails to reduce or cause to be reduced by at least 25% or net 25% relative to 2019 levels, no later than at year-end 2030, the aggregate annual volume of all CO<sub>2</sub> emissions into the atmosphere (Scope 1, 2 and 3) due to the business operations and sold energy products of the Shell group;

2. to order RDS, both directly and via the companies and legal entities

it commonly includes in its consolidated annual accounts and with which it jointly forms the Shell group, to limit or cause to be limited the aggregate annual volume of all CO<sub>2</sub> emissions into the atmosphere (Scope 1, 2 and 3) due to the business operations and sold energy products of the Shell group to such an extent that this volume at year-end 2030:

- *principally*: will have reduced by at least 45% or net 45% relative to 2019 levels;

- *in the alternative*: will have reduced by at least 35% or net 35% relative to 2019 levels;

- *further in the alternative*: will have reduced by at least 25% or net 25% relative to 2019 levels;

all of this while ordering RDS to pay the costs of the proceedings.

3.2. Milieudefensie et al. have based their claims on the following:

RDS has an obligation, ensuing from the unwritten standard of care pursuant to Book 6 Section 162 Dutch Civil Code<sup>28</sup> to contribute to the prevention of dangerous climate change through the corporate policy it determines for the Shell group. For the interpretation of the unwritten standard of care, use can be made of the so-called *Kelderluik* criteria<sup>29</sup>, human rights, specifically the right to life and the right to respect for private and family life, as well as soft law endorsed by RDS, such as the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the UN Global Compact and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. RDS has the obligation to ensure that the CO<sub>2</sub> emissions attributable to the Shell group (Scope 1 through to 3) will have been reduced at end 2030, relative to 2019 levels, principally by 45% in absolute terms, or net 45% (using the IPCC SR15 report and the IEA's Net Zero emissions by 2050 scenario as a basis), in the alternative by 35% (using the IEA's Below 2 Degree Scenario as a basis), and further in the alternative by 25% (using the IEA's Sustainable Development Scenario as a basis), through the corporate policy of the Shell group. RDS violates this obligation or is at risk of violating this obligation with a hazardous and disastrous corporate policy for the Shell group, which in no way is consistent with the global climate target to prevent a dangerous climate change for the protection of mankind, the human environment and nature.

<sup>28</sup> Civil Code.

<sup>29</sup> Supreme Court 5 November 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079 (*Kelderluik*).

3.3. RDS has put forward a reasoned defence and files a motion for inadmissibility, or to dismiss the claims.

3.4. The parties' assertions are discussed in more detail below, where relevant.

#### **4. The assessment**

##### **4.1. Introduction**

4.1.1. The claims of Milieudéfensie et al. are directed against RDS, established in the Netherlands, as the parent company of the Shell group. This case revolves around the question whether or not RDS has the obligation to reduce at end 2030 and relative to 2019 levels across all emission Scopes (1 through to 3) the CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group's entire energy portfolio through the corporate policy of the Shell group.

4.1.2. RDS endorses the need to tackle climate change by achieving the goals of the Paris Agreement and reducing global CO<sub>2</sub> emissions. According to RDS, the energy transition required for achieving these goals demands a concerted effort of society as whole. RDS opposes the allowance of the claims: RDS asserts that there is no legal basis for doing so. RDS also argues that the solution should not be provided by a court, but by the legislator and politics.

4.1.3. The court does not follow RDS' argument that the claims of Milieudéfensie et al. require decisions which go beyond the lawmaking function of the court. The court must decide on the claims of Milieudéfensie et al.<sup>30</sup>. Assessing whether or not RDS has the alleged legal obligation and deciding on the claims based thereon is pre-eminently a task of the court. In the following assessment, the court interprets the unwritten standard of care from the applicable Book 6 Section 162 Dutch Civil Code on the basis of the relevant facts and circumstances, the best available science on dangerous climate change and how to manage it, and the widespread international consensus that human rights offer protection against the impacts of dangerous climate change and that companies must respect human rights.

4.1.4. The assessment culminates in the conclusion that RDS is obliged to reduce the CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group's activities by net 45% at end 2030 relative to 2019 through the Shell group's corporate policy. This reduction obligation relates to the Shell group's entire energy port-

<sup>30</sup> See Section 23 Code of Civil Procedure.

folio and to the aggregate volume of all emissions (Scope 1 through to 3). It is up to RDS to design the reduction obligation, taking account of its current obligations and other relevant circumstances. The reduction obligation is an obligation of result for the activities of the Shell group, with respect to which RDS may be expected to ensure that the CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group are reduced to this level. This is a significant best-efforts obligation with respect to the business relations of the Shell group, including the end-users, in which context RDS may be expected to take the necessary steps to remove or prevent the serious risks ensuing from the CO<sub>2</sub> emissions generated by the business relations, and to use its influence to limit any lasting consequences as much as possible. This obligation is also designated hereinafter as ‘RDS’ reduction obligation’.

4.1.5. The court explains below how it has arrived at this opinion. The following themes are dealt with in the following order: under 4.2 the admissibility, under 4.3 the applicable law, under 4.4 RDS’ reduction obligation, under 4.5 the policy, the policy intentions and the ambitions of RDS and the allowability of the claims, and under 4.6, the conclusion and costs of the proceedings.

## 4.2. Admissibility

### 1. Admissibility of class actions

4.2.1. Access to the Dutch courts is governed by Dutch law. The class actions of Milieudefensie et al. are governed by Book 3 Section 305a Dutch Civil Code, pursuant to which a foundation or association with full legal capacity may institute legal proceedings for the protection of similar interests of other persons. From the applicable transitional law<sup>31</sup> it follows that the admissibility of the class actions of Milieudefensie et al. must be tested on the basis of Book 3 Section 305a Dutch Civil Code (former), which applied up until 1 January 2020.

4.2.2. The class actions of Milieudefensie et al. are public interest actions. Such actions seek to protect public interests, which cannot be individualized because they accrue to a much larger group of persons, which is undefined and unspecified<sup>32</sup>. The common interest of preventing dangerous climate change by reducing CO<sub>2</sub> emissions can be protected in a class action. The dispute on the admissibility of class actions revolves

<sup>31</sup> Section 119a subsection 1 New Civil Code Transition Act.

<sup>32</sup> Cf. HR 27 June 1986, NJ 1987, 743 (De Nieuwe Meer).

around the question whether or not they comply with the requirement 'similar interest' in the sense of Book 3 Section 305a Dutch Civil Code. This requirement entails that the interests in question must be suitable for bundling so as to safeguard an efficient and effective legal protection of the stakeholders.

4.2.3. The court is of the opinion that the interests of current and future generations of the world's population, as served principally with the class actions, is not suitable for bundling. Although the entire world population is served by curbing dangerous climate change, there are huge differences in the time and manner in which the global population at various locations will be affected by global warming caused by CO2 emissions. Therefore, this principal interest does not meet the requirement of 'similar interest' under Book 3 Section 305a Dutch Civil Code.

4.2.4. However, the interests of current and future generations of Dutch residents and (with respect to the Waddenvereniging) of the inhabitants of the Wadden Sea area, a part of which is located in the Netherlands, as served in the alternative with the class actions, are suitable for bundling, even though in the Netherlands and in the Wadden region there are differences in time, extent and intensity to which the inhabitants will be affected by climate change caused by CO2 emissions. However, these differences are much smaller and of a different nature than the mutual differences when it concerns the entire global population and do not stand in the way of bundling in a class action. The collective claims are therefore declared not allowable insofar as they serve the interest of the world's population, except for the interest of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region.

4.2.5. The interest served with the class action must align with the objects stated in the articles of association and must also actually be promoted. Milieudefensie, Greenpeace Nederland, Fossielvrij NL, Waddenvereniging, Both Ends and Jongeren Milieu Actief meet this requirement. ActionAid does not meet this requirement, as it does not promote the interests of Dutch residents sufficiently for its collective claim to be allowable. ActionAid's object is broadly formulated in its articles of association, which pertains to the world with a special focus on Africa. ActionAid mainly operates in developing countries. Its operations in the Netherlands are geared towards developing countries, not Dutch residents. Its collective claim must therefore be declared not allowable.

4.2.6. The other admissibility requirements under Book 3 Section 305a Dutch Civil Code are rightfully not in dispute. Therefore, the collective claims of Milieudéfensie, Greenpeace Nederland, Fossielvrij NL, Waddenvereniging, Both Ends and Jongeren Milieu Actief are allowable.

*2. Locus standi of individual claimants*

4.2.7. A claimant must have an independent, direct interest in the instituted legal proceedings<sup>33</sup>. This is complemented with the option from the above-discussed Book 3 Section 305a Dutch Civil Code to institute proceedings for the protection of similar interests of others. The legislative history of Book 3 Section 305a Dutch Civil Code states that if a public interest action is instituted, “citizens, individually, are generally not entitled to institute proceedings due to a lack of interest”<sup>34</sup>. In other words, besides a class action there is only room for the claims of individual claimants if they have a sufficiently concrete individual interest. That is not the case here: the interest of the claims of individual claimants is the same as the common interest which the class actions seek to protect. Their interests are already served by the class actions and they do not have an interest in a separate claim in addition to the class actions. The claims of the individual claimants must therefore be declared not allowable.

All further uses of Milieudéfensie et al. refer to Milieudéfensie, Greenpeace Nederland, Fossielvrij NL, Waddenvereniging, Both Ends and Jongeren Milieu Actief jointly.

**4.3. Applicable law**

4.3.1. Milieudéfensie et al. principally make a choice of law within the meaning of Article 7 Rome II<sup>35</sup>, which according to Milieudéfensie et al. leads to the applicability of Dutch law. Insofar as the choice of law of Article 7 Rome II does not lead to the applicability of Dutch law, Milieudéfensie et al. claim in the alternative that the applicable law must be determined based on the general rule of Article 4 paragraph 1 Rome II. According to Milieudéfensie et al., this general rule also leads to the applicability of Dutch law.

4.3.2. Article 7 Rome II determines that the law applicable to a

<sup>33</sup> Cf. Book 3 Section 296, 302 and 303 Dutch Civil Code.

<sup>34</sup> See Parliamentary Papers II 1991/92, 22 486, no. 3, p. 21.

<sup>35</sup> Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations.

non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to the general rule of Article 4 paragraph 1 Rome II, unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred. The parties were right to take as a starting point that climate change, whether dangerous or otherwise, due to CO2 emissions constitutes environmental damage in the sense of Article 7 Rome II. They are divided on the question what should be seen as an 'event giving rise to the damage' in the sense of this provision. Milieudéfensie et al. allege that this is the corporate policy as determined for the Shell group by RDS in the Netherlands, whereby her choice of law leads to the applicability of Dutch law. RDS asserts that the event giving rise to the damage are the actual CO2 emissions, whereby the choice of law of Milieudéfensie et al. leads to the applicability of a myriad of legal systems.

4.3.3. The choice as laid down in Article 7 Rome II is justified with a reference to Article 191 TFEU (Article 174 TEC), which prescribes a high level of protection<sup>36</sup>. Both Milieudéfensie et al. and RDS refer to the handbook by Von Hein. The complete entry for event giving rise to the damage in the sense of Article 7 Rome II reads as follows:

"Where events giving rise to environmental damage occur in several states, it is not possible to invoke the escape clause (Article 4(3)) in order to concentrate the applicable law with regard to a single act. Thus, the plaintiff may opt for different laws as far as acts by multiple tortfeasors acting in various states are concerned. If, however, an act in country A causes an incident in country B which then leads to an environmental damage in country C, it may be submitted that only the final incident should be characterized as the decisive 'event' within the meaning of Article 7. One has to concede that extending the victim's right to choose the law, of each place of act would considerably undermine legal predictability. On the other hand, such generous approach would fit the favor naturae underlying Article 7. Since the tortfeasor may be sued in country A under Article 7 no. 2 Brussels Ibis, extending the victim's option will also facilitate proceedings"<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Preamble Rome II, no. 25.

<sup>37</sup> J. von Hein, 'Article 7 Environmental Damage', in: G-P. Calliess (eds.), Rome

4.3.4. The Court of Justice of the European Union (CJEU) has made no declaration on the ‘event giving rise to the damage’ in the sense of Article 7 Rome II. The court sees insufficient basis in the interpretation of this provision to seek a link with the CJEU rulings as cited by the parties on other principles of liability, some of which are subject in Rome II to specific choice-of-law rules (intellectual property rights, unlawful competition, and product liability and prospectus liability)<sup>38</sup>. Nor does the court see a basis to seek a link with the case law cited by RDS, in which it was determined that a purely internal decision cannot be designated as an injurious event<sup>39</sup>.

The published corporate policy that RDS draws up for the Shell group, which was also discussed with the shareholders, and to which the claims of Milieudefensie et al. pertain, cannot be equated with this. The court also sees insufficient grounds to seek a link with the cases cited by RDS, in which parent companies were called to account for non-intervention in subsidiaries<sup>40</sup>. A parallel with the law applicable to a participant in an unlawfully committed act perpetrated in concert (product liability) does not hold water due to the below-mentioned characteristics of the responsibility as regards environmental damage and imminent environmental damage, as raised in this case.

4.3.5. An important characteristic of the environmental damage and imminent environmental damage in the Netherlands and the Wadden region, as raised in this case, is that every emission of CO<sub>2</sub> and other greenhouse gases, anywhere in the world and caused in whatever manner, contributes to this damage and its increase. It is not in dispute that the CO<sub>2</sub> emissions for which Milieudefensie et al. hold RDS liable occur all over the world and contribute to climate change in the Netherlands and the Wadden region (see also below under 4.4 (2)). These CO<sub>2</sub> emissions only cause environmental damage and imminent environmental damage

Regulations Commentary, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2020, p. 662.

<sup>38</sup> CJEU 22 January 2015, ECLI:EU:C:2015:28 (*Pez Hejduk*); CJEU 27 September 2017, ECLI:EU:C:2017:724 (*Nintendo*); CJEU 19 April 2012, ECLI:EU:C:2012:220 (*Wintersteiger*); CJEU 16 July 2009, ECLI:EU:C:2009:475 (*Zuid-Chemie*); CJEU 28 January 2015: ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa/Barclays Bank*).

<sup>39</sup> Supreme Court 21 September 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3483 (*BUS/Chemconserve*).

<sup>40</sup> CJEU 18 July 2013, ECLI:EU:C:2013:490 (*ÖFAB/Koot*).

in conjunction with other emissions of CO<sub>2</sub> and other greenhouse gases for Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region. Not only are CO<sub>2</sub> emitters held personally responsible for environmental damage in legal proceedings conducted all over the world, but also other parties that could influence CO<sub>2</sub> emissions. The underlying thought is that every contribution towards a reduction of CO<sub>2</sub> emissions may be of importance. The court is of the opinion that these distinctive aspects of responsibility for environmental damage and imminent environmental damage must be included in the answer to the question what in this case should be understood as 'event giving rise to the damage' in the sense of Article 7 Rome II.

4.3.6. Milieudéfensie et al. hold RDS liable in its capacity as policy-setting entity of the Shell group (see below under 4.4. (1.)). RDS does contest that its corporate policy for the Shell group is of may be of influence on the Shell group's CO<sub>2</sub> emissions. However, RDS pleads for a restricted interpretation of the concept 'event giving rise to the damage' in the application of Article 7 Rome II. In its view, its corporate policy is a preparatory act that falls outside the scope of this article because in the opinion of RDS, the mere adoption of a policy does not cause damage.

The court holds that this approach is too narrow, not in line with the characteristics of responsibility for environmental damage and imminent environmental damage nor with the concept of protection underlying the choice of law in Article 7 Rome II. Although Article 7 Rome II refers to an 'event giving rise to the damage', i.e. singular, it leaves room for situations in which multiple events giving rise to the damage in multiple countries can be identified, as is characteristic of environmental damage and imminent environmental damage. When applying Article 7 Rome II, RDS' adoption of the corporate policy of the Shell group therefore constitutes an independent cause of the damage, which may contribute to environmental damage and imminent environmental damage with respect to Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region.

4.3.7. Superfluously, the court considers that the conditional choice of law of Milieudéfensie et al. is in line with the concept of protection underlying Article 7 Rome II, and that the general rule of Article 4 paragraph 1 Rome II, upheld in Article 7 Rome II, insofar as the class actions seek to protect the interests of the Dutch residents, also leads to the applicability of Dutch law.

#### 4.4. RDS' reduction obligation

4.4.1. RDS' reduction obligation ensues from the unwritten standard of care laid down in Book 6 Section 162 Dutch Civil Code, which means that acting in conflict with what is generally accepted according to unwritten law is unlawful. From this standard of care ensues that when determining the Shell group's corporate policy, RDS must observe the due care exercised in society. The interpretation of the unwritten standard of care calls for an assessment of all circumstances of the case in question.

4.4.2. In its interpretation of the unwritten standard of care, the court has included: (1.) the policy-setting position of RDS in the Shell group, (2.) the Shell group's CO<sub>2</sub> emissions, (3.) the consequences of the CO<sub>2</sub> emissions for the Netherlands and the Wadden region, (4.) the right to life and the right to respect for private and family life of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, (5.) the UN Guiding Principles, (6.) RDS' check and influence of the CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group and its business relations, (7.) what is needed to prevent dangerous climate change, (8.) possible reduction pathways, (9.) the twin challenge of curbing dangerous climate change and meeting the growing global population energy demand, (10.) the ETS system and other 'cap and trade' emission systems that apply elsewhere in the world, permits and current obligations of the Shell group, (11.) the effectiveness of the reduction obligation, (12.) the responsibility of states and society, (13.) the onerousness for RDS and the Shell group to meet the reduction obligation, and (14.) the proportionality of RDS' reduction obligation. In 4.5, the court weighs the policy, policy intentions and ambitions of RDS for the Shell group against RDS' reduction obligation. Finally, 4.6 contains the conclusion on RDS' reduction obligation and the court's assessment of which claims of Milieudefensie et al. can be allowed.

4.4.3. All further uses by the court of 'the unwritten standard of care' refer to – for the sake of brevity – what may be expected of RDS under this standard with respect to Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, whose interests Milieudefensie et al. seeks to protect in the class actions.

*(1.) the policy-setting position of RDS in the Shell group*

4.4.4. From the facts as presented under 2.5.1 through to 2.5.7 it follows that RDS determines the general policy of the Shell group. The companies in the Shell group are responsible for the implementation and

execution of the policy, and must comply with applicable legislation and their contractual obligations. The implementation responsibility of the Shell companies does not alter the fact that RDS determines the general policy of the Shell group.

*(2.) the Shell group's CO2 emissions*

4.4.5. The parties debate about the Shell group's position in the hierarchy and about the percentage of the global CO2 emission that can be ascribed to the Shell group. In both approaches, the Shell group is a major player on the worldwide market of fossil fuels. If all Scopes (1 through to 3) are included, the Shell group is responsible for significant CO2 emissions all over the world. The total CO2 emissions of the Shell group (Scope 1 through to 3) exceeds the CO2 emissions of many states, including the Netherlands. It is not in dispute that these global CO2 emissions of the Shell group (Scope 1 through to 3) contribute to global warming and climate change in the Netherlands and the Wadden region.

*(3.) the consequences of CO2 emissions for the Netherlands and the Wadden region*

4.4.6. The temperature rise in the Netherlands (approximately 1.7 degrees above the pre-industrial temperature) has so far developed about twice as fast as the global average (approximately 0.8 degrees above the pre-industrial temperature) (see under 2.3.7.). The climate change caused by CO2 emissions will have serious and irreversible consequences for the Netherlands and the Wadden region (see 2.3.7 through to 2.3.9). The risks for Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region are apparent from various sources. The IPCC reports are not specifically focused on the Netherlands. The fact that these reports do not mention certain risks for Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, as put forward by RDS, does not mean that these risks do not exist. The risks associated with climate change for Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region concern health risks and deaths due to climate change-induced hot spells as well as health problems and an increased mortality risk due to increasing infectious diseases, deterioration of air quality, increase of UV exposure, and an increase of water-related and foodborne diseases. They also concern water-related health risks, which the Netherlands and the Wadden region will face, including flooding along the coast and rivers, excess water, water shortage, deterioration of water quality, salinization, raised water levels and drought. Although

the consequences of climate change and the associated risks for the inhabitants of the Wadden region may turn out differently from the risks for Dutch and other residents because the effect of accelerated sea level rise will be limited and hardly noticeable in the Wadden region up to 2030 (see 2.3.8), climate change will equally have serious and irreversible consequences for the inhabitants of the Wadden region; in the more extreme scenarios this area will drown completely in the long term.

4.4.7. RDS points out that the nature and severity of the dangers of climate change are not static but dynamic and that they will be influenced by the measures against dangerous climate change. These observations by RDS, which in themselves are accurate, do not refute the aforementioned serious and irreversible consequences of climate change in the Netherlands and the Wadden region. These observations of RDS show that there is some uncertainty about the precise manner in which dangerous climate change will manifest in the Netherlands and Wadden region. This uncertainty is inherent in prognoses and future scenarios but has no bearing on the prediction that climate change due to CO<sub>2</sub> emissions will lead to serious and irreversible consequences for Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region.

4.4.8. RDS believes that in the outline of the consequences of climate change made by Milieudefensie et al. pay too little attention is paid to adaptation strategies, such as air conditioning, which may contribute to reducing risks associated with hot spells, and to water and coastal management to counter the sea level rise caused by global warming. These adaptation strategies reveal that measures can be taken to combat the consequences of climate change, which may in result reduce the risks. However, these strategies do not alter the fact that climate change due to CO<sub>2</sub> emissions has serious and irreversible consequences, with potentially very serious and irreversible risks for Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region.

*(4.) the right to life and the right to respect for private and family life of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region*

4.4.9. Milieudefensie et al invoke the right to life and the right to respect for private and family life of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region. These rights enshrined in Articles 2 and 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and Articles 6 and 17 of the International

Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) (hereinafter jointly also referred to as: 'the human rights') apply in relationships between states and citizens. Milieudéfensie et al. cannot directly invoke these human rights with respect to RDS. Due to the fundamental interest of human rights and the value for society as a whole they embody, the human rights may play a role in the relationship between Milieudéfensie et al. and RDS. Therefore, the court will factor in the human rights and the values they embody in its interpretation of the unwritten standard of care.

4.4.10. From the Urgenda ruling it can be deduced that Articles 2 and 8 ECHR offer protection against the consequences of dangerous climate change due to Co2 emissions induced global warming<sup>41</sup>. The UN Human Rights Committee, which decides on violations of the ICCPR, determined the same as regards Articles 6 and 17 ICCPR<sup>42</sup>. In a case on the right to life as enshrined in Article 6 ICCPR, the UN Human Rights Committee considered as follows:

“Furthermore, the Committee recalls that 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”<sup>43</sup>.

In 2019, the UN Special Rapporteur on Human Rights concluded the following:

“There is now global agreement that human rights norms apply to the full spectrum of environmental issues, including climate change”<sup>44</sup>.

RDS' argument that the human rights invoked by Milieudéfensie et al. offer no protection against dangerous climate change therefore does not hold.

The serious and irreversible consequences of dangerous climate

<sup>41</sup> Supreme Court 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, legal ground 5.6.2.

<sup>42</sup> As regards Article 6 ICCPR: see the case referred to in note 43. See also: HRC, *General Comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, 30 October 2018, CCPR/C/GC/36, p. 14-15. As regards Article 17 ICCPR: see HRC 20 September 2019, CCPR/C/126/D/2751/2016 (Norma Potillo Cáceres - Paraguay), section 7.7.

<sup>43</sup> HRC 23 September 2020, CCPR/C/127/D/2728/2016 (Ioane Teitiota - New Zealand), section 9.4.

<sup>44</sup> Safe Climate: A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment, 1 October 2019, A/74/161, Acknowledgements.

change in the Netherlands and the Wadden region, as discussed under (4.4. (3)), pose a threat to the human rights of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region.

(5.) *the UN Guiding Principles (UNGP)*

4.4.11. In its interpretation of the unwritten standard of care, the court follows the UN Guiding Principles (UNGP)<sup>45</sup>. The UNGP constitute an authoritative and internationally endorsed ‘soft law’ instrument, which set out the responsibilities of states and businesses in relation to human rights. The UNGP reflect current insights. They do not create any new right nor establish legally binding obligations<sup>46</sup>. The UNGP are in line with the content of other, widely accepted soft law instruments, such as the UN Global Compact (UNGC) ‘principles’ and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises (the OECD guidelines). Since 2011, the European Commission has expected European businesses to meet their responsibilities to respect human rights, as formulated in the UNGP<sup>47</sup>. For this reason, the UNGP are suitable as a guideline in the interpretation of the unwritten standard of care. Due to the universally endorsed content of the UNGP, it is irrelevant whether or not RDS has committed itself to the UNGP, although RDS states on its website to support the UNGP (see 2.5.22).

4.4.12. The UNGP distinguishes between the responsibility of states and that of businesses. The responsibility of states, as formulated in the UNGP, is more far-reaching than that of businesses: states must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. This requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication<sup>48</sup>. RDS points out the following passage from the commentary to Principle 8:

“There is no inevitable tension between States’ human rights obligations and the laws and policies they put in place that shape business practices. However, at times, States have to make difficult balancing de-

<sup>45</sup> “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”.

<sup>46</sup> General principles UNGP.

<sup>47</sup> European Commission 2011, A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility (op. cit. footnote 5).

<sup>48</sup> Principle 1 UNGP, detailed further in the subsequent principles for states.

cisions to reconcile different societal needs. To achieve the appropriate balance, States need to take a broad approach to managing the business and human rights agenda, aimed at ensuring both vertical and horizontal domestic policy coherence”.

RDS argues that states therefore have to, and are able to, balance different societal interests, which it argues is not true for businesses. RDS also points out other differences between states and businesses.

4.4.13. The differences between states and businesses RDS emphasizes are expressed in the UNGP in the different responsibilities for states and businesses, between which no inevitable tension needs to exist – as follows from the quotation given by RDS. The responsibility of business enterprises to respect human rights, as formulated in the UNGP, is a global standard of expected conduct for all business enterprises wherever they operate. It exists independently of States’ abilities and/or willingness to fulfil their own human rights obligations, and does not diminish those obligations. And it exists over and above compliance with national laws and regulations protecting human rights<sup>49</sup>. Therefore, it is not enough for companies to monitor developments and follow the measures states take; they have an individual responsibility.

4.4.14. It can be deduced from the UNGP and other soft law instruments that it is universally endorsed that companies must respect human rights. This includes the human rights enshrined in the ICCPR as well as other ‘internationally recognized human rights’<sup>50</sup>, including the ECHR. For example, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises (the OECD guidelines) state the following<sup>51</sup>:

“Enterprises should, within the framework of laws, regulations and administrative practices in the countries in which they operate, and in consideration of relevant international agreements, principles, objectives, and standards, take due account of the need to protect the environment, public health and safety, and generally to conduct their activities in a manner contributing to the wider goal of sustainable development. In particular, enterprises should: (...)

Consistent with the scientific and technical understanding of the

<sup>49</sup> Commentary to Principle 11 UNGP.

<sup>50</sup> Principle 12 UNGP.

<sup>51</sup> Dutch translation, 2011.

risks, where there are threats of serious damage to the environment, taking also into account human health and safety, not use the lack of full scientific certainty as a reason for postponing cost-effective measures to prevent or minimise such damage”.

4.4.15. Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved<sup>52</sup>. Tackling the adverse human rights impacts means that measures must be taken to prevent, limit and, where necessary, address these impacts. It is a global standard of expected conduct for all businesses wherever they operate. As has been stated above, this responsibility of businesses exists independently of states’ abilities and/or willingness to fulfil their own human rights obligations, and does not diminish those obligations<sup>53</sup>. It is not an optional responsibility for companies<sup>54</sup>. It applies everywhere, regardless of the local legal context<sup>55</sup>, and is not passive:

“Respecting human rights is not a passive responsibility: it requires action on the part of businesses”<sup>56</sup>.

4.4.16. The responsibility of business enterprises to respect human rights applies to all enterprises regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure. Nevertheless, the scale and complexity of the means through which enterprises meet that responsibility may vary according to these factors and with the severity of the enterprise’s adverse human rights impacts<sup>57</sup>. The means through which a business enterprise meets its responsibility to respect human rights will be proportional to, among other factors, its size. Severity of impacts will be judged by their scale, scope and irremediable character. The means through which a business enterprise meets its responsibility to respect human rights may also vary depending on whether, and the extent to which, it conducts business through a corporate group or individually<sup>58</sup>. The court is of the

<sup>52</sup> Principle 11 UNGP.

<sup>53</sup> Commentary to Principle 11 UNGP.

<sup>54</sup> Cf. question 7 in the Interpretive Guide (“Is the responsibility to respect human rights optional for business enterprises?” “No”).

<sup>55</sup> Principle 23 UNGP.

<sup>56</sup> Interpretive Guide question 18, p. 23.

<sup>57</sup> Principle 14 UNGP.

<sup>58</sup> Commentary to Principle 14 UNGP.

opinion that much may be expected of RDS. RDS heads the Shell group, which consists of about 1,100 companies, and operates in 160 countries all over the world. It has a policy-setting position in the Shell group (see 4.4 (1.)), which is a major player on the worldwide market of fossil fuels and is responsible for significant CO<sub>2</sub> emissions, which exceed the emissions of many states and which contributes towards global warming and a dangerous climate change in the Netherlands and in the Wadden region (see 4.4 (2.)) with serious and irreversible consequences and risks for the human rights of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region (see 4.4 (3.) and (4.)).

4.4.17. The UNGP are based on the rationale that companies may contribute to the adverse human rights impacts through their activities as well as through their business relationships with other parties. The duty to respect human rights requires that companies:

- a. avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur;
- b. seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts<sup>59</sup>.

“Activities” are understood to include both actions and omissions. “Business relationships” are understood to include relationships with business partners, entities in its value chain, and any other non-state or state entity directly linked to its business operations, products or services<sup>60</sup>. The responsibility to respect human rights encompasses the company’s entire value chain. Value chain is understood to mean:

“the activities that convert input into output by adding value. It includes entities with which it has a direct or indirect business relationship and which either (a) supply products or services that contribute to the enterprise’s own products or services, or (b) receive products and services from the enterprise<sup>61</sup>”.

4.4.18. RDS’ value chain includes the closely affiliated companies of the Shell group, on which it has a policy-setting influence (see below under 1). These also include the business relations from which the Shell

<sup>59</sup> Principle 13 UNGP.

<sup>60</sup> Commentary to Principle 13 UNGP.

<sup>61</sup> Interpretive Guide UNGP, p. 8.

group purchases raw materials, electricity and heat. Finally, the end-users of the products produced and traded by the Shell group are at the end of RDS' value chain. RDS' responsibility therefore also extends to the CO2 emissions of these end-users (Scope 3). This is in line with the analysis of the various protocols and guidelines for climate change for non-state actors, drawn up by the University of Oxford in 2020 (hereinafter: the Oxford report)<sup>62</sup>. This analysis shows the points on which there is broad consensus and regarding which there are differences of opinion. Under 'Scope', which pertains to both "which greenhouse gasses are included" and "what activities are covered"<sup>63</sup> the list of "points of greater consensus or certainty" states the following: "in general, targets should aim to cover all gasses and all activities and scopes, as data allows" and under "points of less consensus or open questions": "How to prioritize different activities across scopes (e.g. focus on total emissions, areas of direct control, etc.)"<sup>64</sup>.

The Oxford report also states the following about the activities for which companies are responsible:

"For companies, a few targets do not include scope 3 emissions, though the majority do. However, within this relative consensus that all activities should be considered, there are different areas of emphasis. Some recommend focusing on those activities across all scopes that are most material to total emissions (SBTI, ACT). Others prioritize those emissions which are most directly controllable by the entity (RAMCC) or follow guidance which only partly includes some scopes (Natural Capital Partners). Data limitations around, especially, scope 3 emissions, creates further uncertainties about coverage<sup>65</sup>.

RDS correctly notes that the Oxford report does not mention a legal obligation for energy companies to reduce Scope 3 emissions in absolute and uniform steps. More generally, the Oxford report also states:

"Given the heterogeneity of actors setting net zero targets, no single approach or standard for net zero targets would be appropriate or effective. However, the large amount of active work on this subject creates a

<sup>62</sup> Mapping of current practices around net zero targets.

<sup>63</sup> Oxford report, p. 2.

<sup>64</sup> Oxford report, table 1 (p. 1).

<sup>65</sup> Oxford report, p. 2.

significant opportunity for greater alignment around common principles to underlay the diversity of approaches we see”<sup>66</sup>.

However, it does follow from the Oxford report that, although there are nuances, it is internationally endorsed that companies bear responsibilities for Scope 3 emissions. The court has included this widely endorsed starting point in its interpretation of the unwritten standard of care. The court notes that the level of responsibility is related to the extent to which companies have control and influence over the emissions. RDS' control and influence over the Scope 3 emissions of the Shell group is discussed in more detail in 4.4 (6.).

4.4.19. In its interpretation of the unwritten standard of care, the court has also included the internationally propagated and endorsed need for companies to genuinely take responsibility for Scope 3 emissions. This need is more keenly felt where these emissions form the majority of a company's CO<sub>2</sub> emissions, as is the case for companies that produce and sell fossil fuels. In case of the Shell group, approximately 85% of its emissions are Scope 3 emissions (see 2.5.5.).

4.4.20. Companies may be expected to identify and assess any actual or potential adverse human rights impacts with which they may be involved either through their own activities or as a result of their business relationships<sup>67</sup>. Regardless of the extent of its control and influence on these emissions, RDS may be expected to identify and assess the adverse effects of its Scope 1 through to 3 emissions. RDS has done so (see 2.5.4). It knows that the exploration, production, refinery, marketing, and the purchase and sale of oil and gas by the Shell group as well as the use of products of the Shell group generates significant CO<sub>2</sub> emissions worldwide, which undoubtedly contributes to climate change in the Netherlands and the Wadden region (see 4.4 (2.)). RDS has for a long time known of the dangerous consequences of CO<sub>2</sub> emissions and the risks of climate change to Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region. RDS also knows the amount of CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group; it has reported on the volume of CO<sub>2</sub> emissions (see 2.5.3). Finally, from the quotation from the CDP 2019, given in 2.5.8, follows that RDS regularly monitors and assesses the climate-related risks of its business ac-

<sup>66</sup> Oxford report, p. 1.

<sup>67</sup> Principle 17 and 18 UNGP.

tivities and those of its business relations, namely for the short term (a period of up to three years), the mid-term (a period of between three to ten years) and the long term (a period of more than ten years ahead).

4.4.21. Companies subsequently should take ‘appropriate action’ on the basis of their findings and assessments. Appropriate action will vary according to:

- i. whether the business enterprise causes or contributes to an adverse impact, or whether it is involved solely because the impact is directly linked to its operations, products or services by a business relationship;
- ii. the extent of its leverage in addressing the adverse impact<sup>68</sup>.

The commentary to this principle states the following:

“Where a business enterprise causes or may cause an adverse human rights impact, it should take the necessary steps to cease or prevent the impact. Where a business enterprise contributes or may contribute to an adverse human rights impact, it should take the necessary steps to cease or prevent its contribution and use its leverage to mitigate any remaining impact to the greatest extent possible. Leverage is considered to exist where the enterprise has the ability to effect change in the wrongful practices of an entity that causes a harm.

Where a business enterprise has not contributed to an adverse human rights impact, but that impact is nevertheless directly linked to its operations, products or services by its business relationship with another entity, the situation is more complex. Among the factors that will enter into the determination of the appropriate action in such situations are the enterprise’s leverage over the entity concerned, how crucial the relationship is to the enterprise, the severity of the abuse, and whether terminating the relationship with the entity itself would have adverse human rights consequences. (...)

If the business enterprise has leverage to prevent or mitigate the adverse impact, it should exercise it. And if it lacks leverage there may be ways for the enterprise to increase it. Leverage may be increased by, for example, offering capacity-building or other incentives to the related entity, or collaborating with other actors<sup>69</sup>”.

RDS’ responsibility is defined by the influence and control it can ex-

<sup>68</sup> Principle 19 UNGP.

<sup>69</sup> Commentary to Principle 19 UNGP.

ercise over the Scope 1 through to 3 emissions of the Shell group (4.4 (6.)), and what is needed to prevent dangerous climate change (4.4 (7.)). – for which Milieudéfense et al. follow the goal of the Paris Agreement – and the possible reduction pathways (4.4 (8.)).

*(6.) the control and influence of RDS on the CO2 emissions of the Shell group and its business relations*

4.4.22. The court distinguishes between the CO2 emissions of (1) the Shell group (RDS and the other Shell companies) and (2) the business relations of the Shell group, including the end-users.

4.4.23. Due to the policy-setting influence RDS has over the companies in the Shell group, it bears the same responsibility for these business relations as for its own activities. The far-reaching control and influence of RDS over the Shell group means that RDS' reduction obligation must be an obligation of result for emissions connected to own activities of the Shell group. This concerns RDS' Scope 1 emissions and the part of RDS' Scope 2 emissions which can be ascribed to the Shell companies. From the perspective of the Shell group as a whole, this constitutes the Scope 1 emissions of the Shell group.

4.4.24. As regards the business relations of the Shell group, including the end-users, RDS may be expected to take the necessary steps to remove or prevent the serious risks ensuing from the CO2 emissions generated by them, and to use its influence to limit any lasting consequences as much as possible (see under 4.4.20). This is a significant best-efforts obligation, which is not removed or reduced by the individual responsibility of the business relations, including the end-users, for their own CO2 emissions.

4.4.25. It is not in dispute that through its purchase policy the Shell group exercises control and influence over its suppliers' emissions. These are the Scope 2 emissions of the Shell group as a whole. This means that through the corporate policy of the Shell group RDS is able to exercise control and influence over these emissions. The subject that is most disputed between the parties is the control and influence RDS exerts over the Scope 3 emissions of the Shell group, which are released by the end-users. RDS does not contest that it can exert that control and influence through its energy package, and the composition thereof, produced and sold by the Shell group. This is not altered by the circumstance, emphasized by RDS, that the Shell group has contractual obligations as well

as obligations ensuing from long-term concessions, which may limit its freedom of choice as regards the Shell group's energy package. This limitation means that RDS is not fully free to determine the Shell group's energy package; in determining the energy package of the Shell group, RDS will have to take the current obligations into account. This limitation does not alter the fact that ultimately RDS determines the energy package of the Shell group – and consequently, the range of energy products. With due observance of its current obligations, RDS is free to decide not to make new investments in explorations and fossil fuels, and to change the energy package offered by the Shell group, such as the reduction pathways require, which are discussed below (in 4.4 (8.)). Through the energy package offered by the Shell group, RDS controls and influences the Scope 3 emissions of the end-users of the products produced and sold by the Shell group. What RDS also puts forward regarding its control and influence on the Scope 3 emissions concerns the effectiveness of its reduction obligation, which is discussed below (in 4.4 (11.)).

*(7.) what is needed to prevent dangerous climate change*

4.4.26. In formulating RDS' alleged reduction obligation Milieudefensie et al. link up with the goals of the Paris Agreement. The agreement is non-binding on the signatories and is non-binding for RDS. However, the signatories have sought out the help of non-state stakeholders (see 2.4.7). Whether or not RDS or the Shell group can be designated as the 'non-Party stakeholders' referred to in COP 25 can remain undiscussed. The signatories have emphasized that the reduction of CO<sub>2</sub> emissions and global warming cannot be achieved by states alone. Other parties must also contribute. Since 2012 there has been broad international consensus about the need for non-state action, because states cannot tackle the climate issue on their own. The current situation requires others to contribute to reducing CO<sub>2</sub> emissions: the IPCC has found that the member states' national reduction pledges for 2030 added together are far from sufficient for reaching the goals of the Paris Agreement (see 2.3.5.4).

4.4.27. The goals of the Paris Agreement are derived from the IPCC reports. The IPCC reports on the relevant scientific insights about the consequences of a temperature increase, the concentrations of greenhouse gases that give rise to that increase, and the reduction pathways that lead to a limitation of global warming to a particular temperature.

Therefore, the goals of the Paris Agreement represent the best available scientific findings in climate science, which is supported by widespread international consensus. The non-binding goals of the Paris Agreement represent a universally endorsed and accepted standard that protects the common interest of preventing dangerous climate change. The court follows this reasoning in its interpretation of the unwritten standard of care. The court assumes that it is generally accepted that global warming must be kept well below 2°C in 2100, and that a temperature rise of under 1.5°C should be strived for. The court also assumes that this requires a limitation of the global concentration of greenhouse gases of up to 450 ppm in 2100 and that a maximum greenhouse gas concentration of 430 ppm must be pursued. The court notes that in doing so it does not formulate a legally binding standard for the prevention of dangerous climate change in the Netherlands and the Wadden region. The court includes this broad consensus about what is needed to prevent dangerous climate change – viz. achieving the goals of the Paris Agreement – in its answer to the question whether or not RDS is obliged to reduce the Shell group's CO<sub>2</sub> emissions via its corporate policy.

4.4.28. The court establishes that tackling dangerous climate change needs immediate attention. Given the current concentration of greenhouse gases in the atmosphere (401 ppm in 2018), the remaining carbon budget is limited. This applies to both 430 ppm as a limit for a global warming of up to 1.5°C and 450 ppm for a global warming of up to 2°C. The longer it takes to achieve the required emissions reductions, the higher the level of emitted greenhouse gases, and consequently, the sooner the remaining carbon budget runs out. At unchanged emission levels, the carbon budget will have been used up within twelve years. As has been described by the IEA in its World Energy Outlook 2020 (see 2.4.11), the next ten years will be crucially important for preventing dangerous climate change. This also follows from the conclusion of the UNEP (of 2019) (see 2.4.6). The sooner reductions are started, the more time is available before the remaining carbon budget runs out. The imperativeness for the Netherlands to reduce CO<sub>2</sub> emissions is even greater, because so far the temperature rise in the Netherlands has developed about twice as fast as the global average, with serious and irreversible consequences and risks for the human rights of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region (see 4.4 (3.) and (4.)).

(8.) *possible reduction pathways*

4.4.29. The IPCC also identifies scientific insights into possible strategies to address dangerous climate change and its consequences. The SR15 report shows that only reduction pathways aiming for a net 45% reduction of CO<sub>2</sub> emissions in 2030, relative to 2010 levels, yield a 50% chance of limiting global warming to 1.5°C and an 85% chance of limiting global warming to 2°C. Since there still is a 15% chance that the earth will rise by over 2°C, these reduction pathways offer the best possible chance to prevent the most serious consequences of dangerous climate change. From this the court deduces that reduction pathways aiming for a net 45% reduction of CO<sub>2</sub> emissions in 2030, relative to 2010 levels, offer the best possible chance worldwide to prevent the most serious consequences of dangerous climate change. The EU and the Dutch State are taking similar reduction pathways in their more stringent climate goals for the next ten years. RDS rightfully points out that the IPCC does not prescribe a particular reduction pathway and that the scenarios reported by the IPCC are potential pathways, which have many variables and alternatives. RDS is also right in its view that not one single pathway is the measure of all things on a global scale, and it is right when pointing out that the IPCC does not comment on the question whether and how its scenarios can be translated into contributions of various actors and sectors, let alone contributions of individual parties. That being said, there is a widely endorsed consensus that in order to limit global warming to 1.5°C, reduction pathways that reduce CO<sub>2</sub> emissions by net 45% in 2030, relative to 2010 levels, and by net 100% in 2050, should be chosen. The court includes this broad consensus in its interpretation of the unwritten standard of care. Again, the court does not formulate a legally binding standard for – in this case – a reduction pathway to be chosen.

4.4.30. It is generally accepted that the reduction pathways discussed above contain net goals, which leave room for the compensation of CO<sub>2</sub> emissions. This follows from the SR15 report (see 2.3.5.2 and 2.3.5.3) and the circumstance that the EU<sup>70</sup> and the Dutch State leave room for the compensation of CO<sub>2</sub> emissions in their most recent plans. For in-

<sup>70</sup> See, for instance: [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/eu-climate-action/docs/impact\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/eu-climate-action/docs/impact_en.pdf).

stance, the explanatory memorandum to the Dutch Climate Act states the following:

“The definition used for the emission of greenhouse gases also implies the involvement of negative emissions. This concerns processes that extract greenhouse gases from the atmosphere, such as a combination of capturing biomass and storing CO<sub>2</sub> (Carbon Capture and Storage – CCS). The monitoring mechanism ordinance contains the method with which these negative emissions may be subtracted from the greenhouse gas emissions”<sup>71</sup>.

The IPCC warns against the risks that may be associated with reduction pathways that are based on large-scale negative emissions (see 2.3.5.3, last sentence). However, the IPCC does not mention the feasibility of such reduction pathways. It must therefore be assumed that – although scenarios that assume large-scale negative emissions could perhaps be questioned – it is generally accepted that there must be room for scenarios with negative emissions. This means that the reduction pathway as argued for by Milieudéfense et al. – as derived from the SBTi report – in which the net zero reduction by 2050 is reached through an absolute reduction of 45% in 2030, without the option of compensation of CO<sub>2</sub> emissions, goes beyond the above-described broad consensus. Therefore, this reduction pathway as argued for by Milieudéfense et al. is not taken into consideration.

4.4.3.1. The following, not-disputed circumstances to which RDS refers are incorporated in the consensus about possible reduction pathways which the court has included in its opinion:

- the permanent role of fossil fuels, also acknowledged by the IPCC and IEA, in order to meet worldwide demand for energy during and after the energy transition and beyond;
- fossil fuels cannot be dispensed with, at least at the present state of technological progress;
- CO<sub>2</sub> emissions come from a wide variety of sources;
- the worldwide reduction of CO<sub>2</sub> emissions requires complex, global changes in society and the economy;

<sup>71</sup> Parliamentary Papers II 2015-2016, 34 534, no. 3 (Explanatory Memorandum), p. 21.

- there is no worldwide uniform approach, with a standard goal and uniform time path for reducing CO2 emissions;
- the worldwide reduction of CO2 emissions requires activities across various jurisdictions, which are subject to different legislative and regulatory frameworks and long-term strategies;
- various fossil fuels, such as coal, oil and gas, have different effects on CO2 emissions and thereby on the climate;
- the energy transition is beset by uncertainties;
- the precise course of the energy transition that is required to reduce CO2 emissions cannot be predicted in detail and also depends on partly unknown factors;
- the course of the energy transition will be influenced by future technological developments in various areas and sectors, whose physical and economic feasibility is not always clear beforehand;
- it is not clear beforehand how demand and supply on the energy market will develop;
- the circumstance that the energy market is not a static system;
- the key role for states in achieving the goals of the Paris Agreement through government policy;
- states will have to make difficult choices to achieve the climate goals;
- the goals of the Paris Agreement require a worldwide change in consumption patterns.

These circumstances reveal that the energy transition is a complex, multi-faceted and inherently uncertain issue, for which other parties – states and consumers – also bear responsibility.

4.4.32. The aforementioned reduction pathways are global and do not proclaim anything about what can be expected from RDS. The claims of Milieudéfensie et al. assume that what applies to RDS also applies to the entire world. The court has assessed this aspect and has concluded that in its formulation of the Shell group's corporate policy, RDS should take as a guideline that the Shell group's CO2 emissions (Scope 1, 2 and 3) in 2030 must be net 45% lower relative to 2019 levels. In legal ground 4.4.33 through to 4.4.38, the court has explained how it arrived at this opinion.

4.4.33. The court notes that Milieudéfensie et al. do not argue for leaving the energy transition to the market or for holding RDS alone responsible for achieving the CO2 reduction of Dutch society. The parties

agree that dangerous climate change is a worldwide problem, which RDS cannot solve on its own. There is broad consensus on this too, which is formulated as follows in the passage from Oxford report, as cited by RDS:

“There is broad consensus that achieving net zero for any actor will almost always depend to varying degrees on the actions of other actors. These interlinkages are operationalized in different ways. Net zero is a collective goal, and so cooperation between different actors is essential”<sup>72</sup>.

The court includes this broad consensus in its interpretation of the unwritten standard of care. The mutual dependencies and the need for cooperation are expressed in the obligation with respect to the business relations of the Shell group: that is a significant individual best-efforts obligation, which requires cooperation with other parties.

4.4.34. Milieudéfense et al. would like RDS to do its part and ensure that the CO<sub>2</sub> emissions attributable to the Shell group are reduced. This is in line with the broad international consensus that each company must independently work towards the goal of net zero emissions by 2050. This follows from the Oxford report, which states the following on this matter:

“There is general consensus on the need for global net zero CO<sub>2</sub> by 2050, with many targets explicitly referring to the objectives of the Paris Agreement and the IPCC’s Special Report on 1.5 SC to set their timelines”<sup>73</sup>.

There is also broad consensus that the scope and timing per company may vary according to their capacity and responsibility. The Oxford report describes this as follows:

“There is broad agreement that all actors should pursue net zero, but also that various factors may lead various actors to adopt targets differentiated by timing and scope. One, there is wide consensus that capacity should be a key factor in determining the scope and timing of commitments, with those with higher capacity (e.g. developed jurisdictions, larger companies) taking more aggressive and expansive targets. Two, several respondents submitted that historical responsibility and

<sup>72</sup> Oxford report, p. 5.

<sup>73</sup> Oxford report, p. 3.

past behavior should also be a relevant consideration (Carbone 4, UCS, RAMCC, UNSW, RMI, UCS). Such divisions, however, are not always clear cut. For example, many global companies have worldwide operations and supply chains (ACT). Three, respondents also noted that larger emitters should be required to meet more stringent standards than smaller entities (ICC). Four respondents noted that not all actors have the same control over their emissions (Fashion Charter)<sup>74</sup>.

4.4.35. The concrete implementation of this responsibility for companies is still unclear:

“Despite this broad consensus, few targets explicitly operationalize equity by providing differentiated guidance on net zero targets to different actors. In one case, a global network of actors calculated their aggregate carbon budget and then allocated individual targets according to level of development and expected future growth in population (C40). In another case, the global carbon budget is divided into sectoral allocation which are then apportioned to individual companies based on their emissions footprint (SBTi). Others have suggested that cumulative emissions form the basis of equity considerations (Vale). How to effectively operationalize equity considerations remains an open question for the climate action community<sup>75</sup>.”

4.4.36. So there is no well-defined and concrete specification for the method according to which the timing of the various companies must be applied in working towards the goal of net zero emissions in 2050. The consensus referred to in legal ground 4.4.33 and 4.4.34, however, provides sufficient starting points for the specification of the unwritten standard of care on this issue. In light of the broad international consensus that each company must independently work towards achieving net zero emissions by 2050, RDS may be expected to do its part.

4.4.37. In answering the question what can be expected of RDS, the court considers that an important characteristic of the imminent environmental damage in the Netherlands and the Wadden region at issue here is that every emission of CO<sub>2</sub> and other greenhouse gases, anywhere in the world and caused in whatever manner, contributes to this damage and its increase. It is an established fact that – apart from its own limited

<sup>74</sup> Oxford report, p. 4.

<sup>75</sup> Oxford report, p. 4.

CO<sub>2</sub> emissions – RDS does not actually causes the Scope 1 through to 3 emissions of the Shell group by itself. However, this circumstance and the not-disputed circumstance that RDS is not the only party responsible for tackling dangerous climate change in the Netherlands and the Wadden region does not absolve RDS of its individual partial responsibility to contribute to the fight against dangerous climate change according to its ability<sup>76</sup>. As has been considered above (in legal ground 4.4.16), much may be expected of RDS in this regard, considering it is the policy-setting head of the Shell group, a major player on the fossil fuel market and responsible for significant CO<sub>2</sub> emissions, which incidentally exceed the emissions of many states and which contributes to global warming and climate change in the Netherlands and the Wadden region, with serious and irreversible consequences and risks for the human rights of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region. On RDS rests an obligation of results as regards the Scope 1 emissions of the Shell group as well as a significant best-efforts obligation as regards the business relations of the Shell group, including the end-users, whereby RDS may be expected to take the necessary steps to remove or prevent the serious risks ensuing from the CO<sub>2</sub> emissions generated by them, and to use its influence to limit any lasting consequences as much as possible (see under 4.4.24).

4.4.38. In the foregoing, the court has considered that in its interpretation of the unwritten standard of care (see legal ground 4.4.29) it has included the consensus that in order to limit global warming to 1.5°C, reduction pathways that reduce CO<sub>2</sub> emissions by net 45% in 2030, relative to 2010 levels, and by net 100% in 2050, should be chosen. With its claims, Milieudefensie et al. does not follow the 2010 levels, but rather take 2019 as the base year, when the summons in these proceedings was issued. RDS' argument that 2019 or another base year is not appropriate and wrongfully suggests a static situation ignores that a base year is required in order to set a reduction target. Milieudefensie et al. are right to state that the base year 2019 benefits RDS, because the CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group – which are not disputed – were higher in 2019 than in 2010. RDS shows in a sample calculation that a 45% reduction obligation

<sup>76</sup> Cf. Supreme Court 23 September 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713 (Kalimijnen), legal ground 3.5.1.

based on the higher CO<sub>2</sub> emissions in 2019 in absolute terms (i.e., the number of Gt to be reduced) leads to a greater reduction obligation and also to higher permitted emissions. However, in order to arrive at 45% of the 2010 CO<sub>2</sub> emissions in the current situation, in which the CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group have increased since 2010, a much greater reduction of CO<sub>2</sub> emissions must be achieved than calculated by RDS. A reduction target with 2019 as the base year, although less far-reaching, sufficiently corresponds with the widely endorsed consensus that limiting global warming to 1.5°C requires a net reduction of 45% in global CO<sub>2</sub> emissions in 2030 relative to 2010, and a net reduction of 100% in 2050.

4.4.39. Therefore, in formulating the corporate policy of the Shell group, RDS should take as a guideline that the Shell group's CO<sub>2</sub> emissions (Scope 1, 2 and 3) in 2030 must be net 45% lower relative to 2019 levels. Net refers to the sum of the reduction of CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group's entire energy portfolio (Scope 1, 2 and 3). As has been considered above, RDS rightfully takes the standpoint that 'the right reduction pathway' cannot be determined for everyone – all states and companies – all over the world. The guideline referred to above gives RDS leeway to develop its particular reduction pathway and to differentiate as it sees fit, as long as it achieves a net 45% reduction in CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group (Scope 1 through to 3) relative to 2019. This is an obligation of results as regards the Shell group's activities. With respect to the business relations of the Shell group, including the end-users, this constitutes a significant best-efforts obligation, in which context RDS may be expected to take the necessary steps to remove or prevent the serious risks ensuing from the CO<sub>2</sub> emissions generated by them, and to use its influence to limit any lasting consequences as much as possible. A consequence of this significant obligation may be that RDS will forgo new investments in the extraction of fossil fuels and/or will limit its production of fossil resources.

*(9.) the twin challenge*

4.4.40. The parties agree that the world faces a twin challenge: dangerous climate change must be curbed by reducing CO<sub>2</sub> emissions while meeting the global energy demand of the rapidly growing world population. However, the importance of access to reliable and affordable energy, as pointed out by RDS, and the Shell group's role in it, have no bear-

ing on RDS' reduction obligation. That interest must always be served within the context of climate targets. The court explains this as follows.

4.4.41. The UN Sustainable Development Goals (UNSDG)<sup>77</sup> have the object, *inter alia*, to ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all. The court includes the UNSDG in its interpretation of the unwritten standard of care, as this UN Resolution represents a widely endorsed international consensus. The COP in which the UNSDG were adopted states under 31 and 32:

“31. We acknowledge that the United Nations Framework Convention on Climate Change is the primary international, intergovernmental forum for negotiating the global response to climate change. We are determined to address decisively the threat posed by climate change and environmental degradation. The global nature of climate change calls for the widest possible international cooperation aimed at accelerating the reduction of global greenhouse gas emissions and addressing adaptation to the adverse impacts of climate change. We note with grave concern the significant gap between the aggregate effect of parties' mitigation pledges in terms of global annual emissions of greenhouse gases by 2020 and aggregate emission pathways consistent with having a likely chance of holding the increase in global average temperature below 2 degrees Celsius, or 1.5 degrees Celsius above pre-industrial levels.

32. Looking ahead to the twenty-first session of the Conference of the Parties in Paris, we underscore the commitment of all States to work for an ambitious and universal climate agreement. We reaffirm that the protocol, another legal instrument or agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all parties shall address in a balanced manner, *inter alia*, mitigation, adaptation, finance, technology development and transfer and capacity-building; and transparency of action and support”.

4.4.42. From this it follows that there is a connection between the UNSDG and the climate goals of the Paris Agreement and other agreements made for the implementation of the UN Climate Convention. It is not the intention for SDG 7 (“Ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all”), as cited by RDS, to detract from

<sup>77</sup> Laid down in Resolution 70/1 adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015.

the Paris Agreement or to interfere with these goals. This also follows from SDG 13 (“Take urgent action to combat climate change and its impacts”) and the preamble under 8 of the Paris Agreement, which emphasizes the intrinsic connection between the tackling of dangerous climate and fair access to sustainable development and the eradication of poverty. The UNSDG sustainability goals can therefore not be a reason for RDS to not meet its reduction obligation.

4.4.43. Finally, the obligations of states to provide energy supply, as laid down in the Agreement on an International Energy Program and the European Energy Charter Treaty and the associated protocol, are separate from the obligation of states and companies, such as the Shell group, to align the composition of their energy supply with the CO<sub>2</sub> reduction required for countering global warming.

*(10.) the ETS system and other ‘cap and trade’ emission systems that apply elsewhere in the world, permits and current obligations of the Shell group*

4.4.44. RDS invokes the indemnifying effect of the European Emissions Trading Scheme (ETS) and other, similar ‘cap and trade’ emission trading systems that apply elsewhere in the world. Article 17 Rome II stipulates that in assessing the conduct of the person claimed to be liable, account shall be taken, as a matter of fact and in so far as is appropriate, of the rules of safety and conduct which were in force at the place and time of the event giving rise to the liability. The court applies this rule, which also extends to permits, in assessing RDS’ legal obligation ensuing from the unwritten standard of care in Book 6 Section 162 Dutch Civil Code. This means that the court considers the rights of the Shell group under the ETS system and other ‘cap and trade’ emission systems that apply elsewhere in the world.

4.4.45. Activities of the Shell group in the EU are covered by the ETS system (see 2.4.12.). It is a system which, inter alia, regulates the CO<sub>2</sub> emissions of a wide variety of industries based on the “cap and trade” principle<sup>78</sup>. The objective of the ETS system is to reduce the member states’ anthropogenic emissions of greenhouse gases, fulfilling the commitments ensuing from the Kyoto Protocol<sup>79</sup>. Companies in the EU that

<sup>78</sup> See GP220, European Commission, EU ETS, 23 November 2016.

<sup>79</sup> See the preamble to Directive 2003/87/EC under 4.

fall under the ETS system may only emit greenhouse gases in exchange for surrendering emission allowances. These emission allowances regard Scope 1 emissions and may be purchased, sold or kept. The emission allowances are divided over the companies in the member states. If a company emits less CO<sub>2</sub> than allocated, it may sell the corresponding emission allowances. Companies that are about to exceed their CO<sub>2</sub> quota may purchase additional emission allowances. By creating CO<sub>2</sub> scarcity through the ETS system, the EU aims to reduce in absolute terms the total emissions in its member states. The EU views the ETS system as the cornerstone of its climate policy and as an important tool to cost-effectively limit CO<sub>2</sub> emissions. The most recent emissions reduction targets in the ETS system are still not sufficient to achieve the goals agreed under the Paris Agreement. The system currently provides for an emissions reduction of 43% by 2030 relative to 2005<sup>80</sup>. There is discussion about a new EU reduction target of at least 55% by 2030 relative to 1990 (see 2.4.12).

4.4.46. Given the emissions reduction targets of the ETS system, RDS can rest assured that the interests to be taken into account, which are also at issue in these proceedings, were fully and correctly weighed by the issuing body/bodies when the emission allowances were issued. It concerns the reduction target strived for with the ETS system. To that extent, the ETS system has an indemnifying effect<sup>81</sup>. The indemnifying effect of the ETS system means that – insofar as it concerns the reduction target of the ETS system – RDS does not have an additional obligation with respect to Scope 1 and 2 emissions in the EU that fall under the system. Those are Scope 1 emissions of the Shell group in the EU and the Scope 3 emissions in the EU of the end-users of the products produced and sold by the Shell group, which are covered by the ETS system – as Scope 1 emissions of the consumers. However, the ETS system only affects a part of the CO<sub>2</sub> emissions for which RDS is responsible. Furthermore, the ETS system only applies in the EU, while global Scope 3 emissions influence the dangerous climate change in the Netherlands and the Wad-

<sup>80</sup> Directive (EU) 2018/410.

<sup>81</sup> Cf. Supreme Court 21 October 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823 (Building permit Heemstede, Ludlage/Van Paradijs), legal ground 3.5.1 and the jurisprudence referred to there.

den region (see 4.4 (2.)). Finally, the reduction target of the ETS system is not identical to RDS' reduction obligation. Insofar as RDS' reduction obligation extends beyond the reduction target of the ETS system, RDS will have to fulfil its individual obligation. RDS cannot rely on the indemnifying effect of the ETS system insofar as this system entails a less far-reaching reduction target than a net reduction of the CO<sub>2</sub> emissions (Scope 1 through to 3), relative to 2019, for the Shell group.

4.4.47. So the ETS systems only covers a small part of the Shell group's emissions. Only for these emissions, RDS does not have to adjust its policy due to the indemnifying effect of the ETS system. The ETS system therefore does not stand in the way of allowing the claims. RDS' argument that the ETS system will be interfered with if the claims are allowed also does not hold. What applies to the ETS system also applies to other existing and planned 'cap and trade' emission schemes elsewhere in the world. Up to the level of the reduction target these schemes aim to achieve, they have an indemnifying effect insofar as the interests to be taken into account, which are also at issue in these proceedings, were fully and correctly weighed by the issuing body/bodies when the emission allowances were issued. Just like for the ETS system, RDS has no additional obligations for emissions already regulated under these systems. The indemnifying effect of these systems applies up to the reduction percentage they aim to achieve. If it is lower than the obligation of RDS, RDS has to do more. If states set stricter reduction obligations – by any means – RDS naturally also has to comply with these obligations.

4.4.48. RDS also identifies other permits and the current obligations of the Shell group, such as the obligations ensuing from long-term concessions for oil and gas extraction. It is not apparent that CO<sub>2</sub> emissions have played any role whatsoever in these permits and concessions. These permits and the current obligations – which do not have an indemnifying effect and therefore do not subtract from RDS' reduction obligation – are therefore a given which RDS has to take into account in meeting its reduction obligation.

*(11.) the effectiveness of the reduction obligation*

4.4.49. RDS argues that the reduction obligation will have no effect, or even be counterproductive, because the place of the Shell group will be taken by competitors. Even if this were true, it will not benefit RDS. Due to the compelling interests which are served with the reduction ob-

ligation, this argument cannot justify assuming beforehand there is no need for RDS to not meet this obligation. It is also important here that each reduction of greenhouse gas emissions has a positive effect on countering dangerous climate change. After all, each reduction means that there is more room in the carbon budget. The court acknowledges that RDS cannot solve this global problem on its own. However, this does not absolve RDS of its individual partial responsibility to do its part regarding the emissions of the Shell group, which it can control and influence<sup>82</sup>.

4.4.50. The question also is whether this argument of RDS is actually valid. What this argument assumes is perfect substitution, whereby the place of the Shell group will be taken over one-on-one by other parties. However, it remains to be seen whether this circumstance will transpire. This cannot necessarily be deduced from the examples given by RDS or from the Mulder report submitted by RDS (as Exhibit RK-35). The examples date from before the Paris Agreement. Therefore, it cannot automatically be assumed that it will be the same, now or in the future. The Mulder report also seems to be a snapshot. The Mulder report also only seems to start from a 'business as usual' scenario and not from other scenarios, in which other oil and gas companies also limit their investments in oil and gas, voluntarily, under pressure, or due to retreating investors, or as sustainable methods of energy generation become available worldwide, in the aim to meet the targets of the Paris Agreement. Other companies also have to respect human rights. Finally, the Mulder report does not take account of the causal relationship between production limitation and emission reduction. The Production Gap Report (see 2.4.6.) states that research shows that there is a causal relationship between production limitation and emission reduction:

"...studies using elasticities from the economics literature have shown that for oil, each barrel left undeveloped in one region will lead to 0.2 to 0.6 barrels not consumed globally over the longer term<sup>83</sup>".

(12.) *the responsibility of states and society*

4.4.51. The responsibility of states and society for the energy transition has been discussed above. It is an important point of discussion for

<sup>82</sup> Cf. Supreme Court 23 September 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713 (Kalimijnen), legal ground 3.5.1, third paragraph.

<sup>83</sup> Production Gap report, p. 50.

RDS. It emphasizes that states determine the playing field and the rules for private parties. According to RDS, private parties cannot take any steps until states determine the frameworks. RDS also argues that government policy is needed to bring about the required change of the energy market. RDS also claims that the energy transition must be achieved by society as a whole, not by just one private party. RDS asserts that including the Scope 3 emissions has the effect that the problem for society as a whole is passed on to energy companies, and that Milieudefensie et al. do not sufficient account of the inevitable sectoral differentiation, due to, among other things, by the availability of technological solutions. RDS points out the following passage in the Oxford report:

“Another key question is how sub- and non-state actors’ net zero targets relate to national policy frameworks (Alliances for Climate Action). For many cities, states, and regions, achievement of net zero may be highly contingent on national policies (RAM CC). The private sector is also often dependent on national frameworks (CDP, Fashion Charter). For this reason, some actors emphasize that actors setting net zero targets should also align or advocate for national policy frameworks that will allow them to successfully meet their targets. (RMI, UCS, Fashion Charter, SEI)”<sup>84</sup>.

4.4.52. From the passage in the Oxford report, cited by RDS, it follows that public-private partnership and the division of responsibility among the various actors are points of attention. There is general consensus on this. This issue, the not-disputed responsibility of other parties and the uncertainty whether states and society as a whole will manage to achieve the goals of the Paris Agreement, do not absolve RDS of its individual responsibility regarding the significant emissions over which it has control and influence. There is also broad international consensus that each company must independently work towards the goal of net zero emissions by 2050 (see legal ground 4.4.34). Due to the compelling interests which are served with the reduction obligation, RDS must do its part with respect to the emissions over it has control and influence. It is an individual responsibility that falls on RDS, of which much may be expected (see legal ground 4.4.16). Therefore, RDS must do more than monitoring developments in society and complying with the regulations

<sup>84</sup> Oxford report, p. 5.

in the countries where the Shell group operates. There is broad international consensus that it is imperative for non-state actors to contribute to emissions reduction (see legal ground 4.4.26) and for companies to have an individual responsibility to achieve the reduction targets (see legal ground 4.4.13). RDS' responsibility differs as regards (a) the Shell group (obligation of results) and (b) the business relations of the Shell group (significant best-efforts obligation) (see 4.4. (5.) and (6.)). This subdivision shows that RDS is not the only party that is held responsible for curbing dangerous climate change in the Netherlands and the Wadden region; the solution to this problem is not passed on to RDS alone. However, RDS does bear an individual responsibility, which it can and must effectuate through its corporate policy for the Shell group.

*(13.) the onerosness of the reduction obligation on RDS*

4.4.53. RDS argues that imposing a reduction obligation on it will lead to unfair competition and a disruption of the 'level playing field' on the oil and gas market. RDS has failed to specify this argument. It also seems to ignore that it is necessary to reduce the worldwide oil and gas extraction and to facilitate the curtailment of CO<sub>2</sub> emissions that cause dangerous climate change; other companies will also have to make a contribution. This defence therefore does not hold. Although the court made enquiries about it, RDS has failed to further specify the onerosness of the reduction obligation; it only argues that far-reaching consequences for RDS and the Shell group, which by the way are not under debate, alone argue against accepting the reduction obligation for RDS, as advocated by Milieudefensie et al. The court assumes that the reduction obligation will have far-reaching consequences for RDS and the Shell group. The reduction obligation requires a change of policy, which will require an adjustment of the Shell group's energy package (see legal ground 4.4.25). This could curb the potential growth of the Shell group. However, the interest served with the reduction obligation outweighs the Shell group's commercial interests, which for their part are served with an uncurtailed preservation or even growth of these activities. Due to the serious threats and risks to the human rights of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, private companies such as RDS may also be required to take drastic measures and make financial sacrifices to limit CO<sub>2</sub> emissions to prevent dangerous climate change. For these reasons, RDS' argument, namely that accepting the reduction obligation,

as advocated by Milieudefensie et al., is highly unusual and has no precedent, does not benefit RDS.

*(14.) the proportionality of RDS' reduction obligation*

4.4.54. The court has included the proportionality of the reduction obligation in its interpretation of the unwritten standard of care. Proportionality has been discussed before, in the context of various sub-topics. The court considers that the CO<sub>2</sub> emissions for which RDS can be held responsible by their nature pose a very serious threat, with a high risk of damage to Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region and with serious human rights impacts. This applies to both current and future generations. A characteristic feature of dangerous climate change is that every emission of CO<sub>2</sub> and other greenhouse gases, anywhere in the world and caused in whatever manner, contributes to this development. In turn, each reduction of greenhouse gas emissions positively contributes to countering dangerous climate. After all, each reduction means that there is more room in the carbon budget. RDS is able to effectuate a reduction by changing its energy package. This all justifies a reduction obligation concerning the policy formation by RDS for the entire, globally operating Shell group. The compelling common interest that is served by complying with the reduction obligation outweighs the negative consequences RDS might face due to the reduction obligation and also the commercial interests of the Shell group, which are served by an uncurtailed preservation or even increase of CO<sub>2</sub>-generating activities. Due to the serious threats and risks to the human rights of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, private companies such as RDS may also be required to take drastic measures and make financial sacrifices to limit CO<sub>2</sub> emissions to prevent dangerous climate change. RDS has total freedom to comply with its reduction obligation as it sees fit, and to shape the corporate policy of the Shell group at its own discretion. The court notes here that a 'global' reduction obligation, which affects the policy of the entire Shell group, gives RDS much more freedom of action than a reduction obligation limited to a particular territory or a business unit or units.

*Conclusion on RDS' reduction obligation*

4.4.55. The court concludes that RDS is obliged to reduce the CO<sub>2</sub> emissions of the Shell group's activities by net 45% at end 2030, relative to 2019, through the Shell group's corporate policy. This reduction ob-

ligation relates to the Shell group's entire energy portfolio and to the aggregate volume of all emissions (Scope 1 through to 3). It is up to RDS to design the reduction obligation, taking account of its current obligations. The reduction obligation is an obligation of result for the activities of the Shell group. This is a significant best-efforts obligation with respect to the business relations of the Shell group, including the end-users, in which context RDS may be expected to take the necessary steps to remove or prevent the serious risks ensuing from the CO<sub>2</sub> emissions generated by them, and to use its influence to limit any lasting consequences as much as possible.

#### **4.5. Policy, policy intentions and ambitions of RDS for the Shell group and allowability of the claims**

4.5.1. RDS argues that the Shell group has already taken concrete steps with respect to its role in the energy transition. RDS points out, *inter alia*, the policy referred to in 2.5.18 through to 2.5.20, and its policy intentions and ambitions. It is an established fact that the Shell group cooperates with national governments and international and national organizations in the area of dangerous climate change, that it subscribes to the climate goals of the Paris Agreement, and that it has expressed support for the Green Deal (see under 2.5.17), the Dutch Climate Agreement (see under 2.5.16) and the goals of the Dutch Climate Act. *Milieudefensie et al.* argue that in spite of that the Shell group is headed towards higher rather than lower CO<sub>2</sub> emissions by 2030 in part due to its growth strategy for oil and gas activities up to at least 2030, with a 30% increase in production and substantial investments in new oil and gas fields.

4.5.2. It is also an established fact that RDS has set more stringent climate ambitions for the Shell group in 2019 and 2020 (see under 2.5.18). However, business plans in the Shell group still have to be updated in accordance with these climate ambitions, and a further explanation of its future portfolio and plans is forthcoming. In the court's view, RDS' policy, policy intentions and ambitions for the Shell group largely amount to rather intangible, undefined and non-binding plans for the long-term (2050). These plans ('ambitions' and 'intentions') are furthermore not unconditional but – as can be read in the disclaimer and cautionary notes to the Shell documents – dependent on the pace at which global society moves towards the climate goals of the Paris Agreement (*in step with*

*society and its customers*’). Emissions reduction targets for 2030 are lacking completely; the NCF identifies the year 2035 as an intermediate step (see under 2.5.19). From this the court deduces that RDS retains the right to let the Shell group undergo a less rapid energy transition if society were to move slower. Moreover, RDS has insufficiently contested the standpoint of Milieudéfense et al. that RDS’ planned investments in new explorations are not compatible with the reduction target to be met. The Shell group’s policy, as determined by RDS, mainly shows that the Shell group monitors developments in society and lets states and other parties play a pioneering role. In doing so, RDS disregards its individual responsibility, which requires RDS to actively effectuate its reduction obligation through the Shell group’s corporate policy.

4.5.3. From legal ground 4.5.2 follows that the policy, policy intentions and ambitions of RDS for the Shell group are incompatible with RDS’ reduction obligation. This implies an imminent violation of RDS’ reduction obligation. It means that the court must allow the claimed order for compliance with this legal obligation. There is no room for weighing interests. Therefore, the court disregards RDS’ argument about the desirability/undesirability of claims such as this one, and whether or not this invites everyone in global society to lodge claims against each other. RDS’ argument that it is not appropriate to impose a court order on one private party fails on the basis of the considerations on RDS’ legal obligation, as discussed above.

4.5.4. RDS’ invocation of the lack of the required relativity of Book 6 Section 163 Dutch Civil Code is not relevant to the order to be imposed. Incidentally, the standard RDS would violate if it breaches its reduction obligation is for the protection of the interests of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, whose interests the class actions seek to protect. It follows from the unwritten standard of care that RDS is obliged to respect these persons’ human rights. This has been detailed in RDS’ reduction obligation. The standards to which RDS refers have no direct effect with respect to RDS but may be included – as the court has done – in an assessment of the content and scope of RDS’ reduction obligation ensuing from the unwritten standard of care.

4.5.5. Now that the court has established that RDS may violate its reduction obligation, the claimed order to comply with that obligation must be allowed. The claimed order may only be rejected if Milieudéfense et

al. had no interest, to be respected at law, in it. This could occur when the order cannot contribute to preventing the alleged imminent infringement of interests. RDS' argument that the order will not be effective and possibly be counter-productive fails on the basis of the considerations under (11). regarding the effectiveness of the reduction obligation. Since it has been established that in every scenario climate change as a result of CO2 emissions-induced global warming has negative consequences for the Netherlands and the Wadden region, with serious human rights risks for Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region, Milieudefensie has an interest in allowing its claimed order.

4.5.6. RDS' argument that the order, following a change of claim, claimed by Milieudefensie et al. – pertaining to CO2 emissions 'associated' with 'energy-carrying products' instead of 'fossil fuels' – cannot be allowed because it is unclear what this refers to, while the order sought by Milieudefensie et al. is far-reaching, fails on the basis of the assessment mentioned above of the content and scope of RDS' reduction obligation. The court also included the onerousness of the reduction obligation on RDS and the proportionality in the assessment (see 4.4 (13.) and (14.)). The order is for RDS to meet its reduction obligation and is sufficiently in line with the obligation.

4.5.7. The order will be declared provisionally enforceable. The required weighing of the parties' interests in light of the circumstances of the case works out to the advantage of Milieudefensie et al. The interest of Milieudefensie et al. for the immediate compliance with the order by RDS outweighs RDS' possible interest in maintaining the status quo until a final and conclusive decision has been made on the claims of Milieudefensie et al. This court order takes into account that the provisional enforceability of the order may have far-reaching consequences for RDS, which may be difficult to undo at a later stage. These consequences for RDS do not stand in the way of declaring the court order provisionally enforceable and therefore do not constitute grounds for deciding against it.

4.5.8. The above-established imminent violation of the reduction obligation – pertaining to the policy for end 2030, which RDS is yet to specify – does not imply that the Shell group's CO2 emissions are currently unlawful. There is also no ground for that opinion. This is all the more applicable because Milieudefensie et al. take 2019 as the base year while

its arguments relates to the policy for 2030. Therefore, the first part of claim 1(a) must be rejected.

4.5.9. The second part of claim 1(a), namely for a declaratory decision about RDS' reduction obligation, is also dismissed. Since the court deems the claimed reduction order allowable, it is of the opinion that Milieudéfensie et al. have insufficient interest in allowing this declaratory decision. Since claim 1(a) is dismissed, there is no need for the court to discuss RDS' other objections against this claim.

4.5.10. Claim 1(b), pertaining to the future actions of RDS, must also be rejected. It is not an established fact the RDS will act unlawfully in the future, as the claim describes. There are no indications that RDS will not comply with the order and not meet its obligations. This is all the more applicable now that RDS is in the process of adapting its policy.

#### 4.6. Conclusion and costs of the proceedings

4.6.1. The conclusion is that the claims of ActionAid and the individual claimants are denied for procedural reasons and that the other collective claims are not allowable insofar as they serve the interest of the entire world population in curbing dangerous climate change caused by CO<sub>2</sub> emissions. The order claimed under 2. is allowed in the cases of Milieudéfensie et al. The other claims are rejected.

4.6.2. In the cases of Milieudéfensie et al. RDS is the more unsuccessful party. It will be ordered to pay the costs of these proceedings in these cases. The court awards 5.5 points to the procedural acts. In this exceptional case – exceptional due to the complexity and the major social and financial interests – the court deems the maximum fixed amount of 3,999 per point fitting. The lawyers' fees to be reimbursed amount to 21,994.50. The cost order also consists of the costs of the summons (99.01) and the court fee ( 639).

4.6.3. ActionAid and the individual claimant are the unsuccessful parties in their cases and will be ordered to pay the costs of the proceedings. The court awards 2 points to the procedural acts in these cases, regarding which it deems the regular court-approved scale of costs (II, 563 per point) fitting due to the nature and complexity of the dispute about the *locus standi* of these parties. Milieudéfensie, with a document from the individual claimants appointing it as their representative *ad litem*, will be ordered to pay the costs of the proceedings of the individual claimants. Since RDS has paid court fee in one instalment, the court

fee will be set at nil. ActionAid and Milieudensiefie are each ordered to pay 1,126 in costs of the proceedings.

4.6.4. The statutory interest on these cost orders, which is undisputed, is awarded. The cost orders also cover the subsequent costs. Therefore, there is no need for a separate order for the subsequent costs, which will be estimated according to the court-approved scale of costs.

## **5. The decision**

The court:

5.1. Denies the claims of ActionAid and the individual claimants for procedural reasons;

5.2. Declares the other collective claims not-allowable insofar as they serve the interest of the entire world population in curbing dangerous climate change caused by CO<sub>2</sub> emissions;

5.3. Orders RDS, both directly and via the companies and legal entities it commonly includes in its consolidated annual accounts and with which it jointly forms the Shell group, to limit or cause to be limited the aggregate annual volume of all CO<sub>2</sub> emissions into the atmosphere (Scope 1, 2 and 3) due to the business operations and sold energy-carrying products of the Shell group to such an extent that this volume will have reduced by at least net 45% at end 2030, relative to 2019 levels;

5.4. Orders RDS to pay the costs of the proceedings on the part of Milieudensiefie et al., estimated up to this judgment at 22,732.51, plus statutory interest as of two weeks from the date of this judgment;

5.5. Orders ActionAid to pay the costs of the proceedings on the part of RDS, estimated up to this judgment at 1,126, plus statutory interest as of two weeks from the date of this judgment;

5.6. Orders Milieudensiefie et al. to pay the costs of the proceedings on the part of RDS, estimated up to this judgment at 1,126, plus statutory interest as of two weeks from the date of this judgment;

5.7. Estimates the subsequent costs of Milieudensiefie et al. and RDS at 163 without service and increased by 85 in case of service.

5.8. Declares the orders referred to in 5.3 through to 5.6 provisionally enforceable;

5.9. Dismisses all other applications.

This judgment was delivered by *mr.* L. Alwin, *mr.* I.A.M. Kroft and *mr.* M.L. Harmsen and pronounced in open court on 26 May 2021.

## Il coinvolgimento delle Regioni alla formazione del diritto ambientale

L'iniziativa delle Marche per la partecipazione al meccanismo di "allarme rapido" in merito alla proposta di direttiva UE sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente\*

ANTONELLA GALLETTI\*\*

1. Il modello europeo di politica ambientale. – 2. L'art. 9 della Costituzione italiana. – 3. La riforma del Titolo V della Costituzione e la sua incidenza sul riparto delle competenze tra Stato Regioni in materia ambientale: l'interpretazione degli artt. 17 e 18 Cost. – 3.1. L' "agricoltura" tra Unione europea, Stato e regioni. – 4. La proposta della Regione Marche. – 5. Conclusioni.

### 1. *Il modello europeo di politica ambientale*

La politica dell'Unione europea in materia ambientale risale al Consiglio europeo di Parigi del 1972, in occasione del quale i capi di Stato e di governo hanno manifestato la necessità di una politica europea in materia di ambiente che guidi l'espansione economica e hanno chiesto un programma d'azione. L'Atto unico europeo del 1987 ha introdotto un nuovo titolo, "Ambiente", che ha rappresentato la prima base giuridica per una politica ambientale comune diretta a tutelare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana e garantire un uso razionale delle risorse naturali. Le successive revisioni dei Trattati hanno consolidato l'impegno dell'Unione a favore della salvaguardia dell'ambiente e il ruolo del Parlamento europeo nello sviluppo di una politica in materia<sup>1</sup>.

\* Contributo sottoposto a procedimento di revisione tra pari.

\*\* Dottore di ricerca in tutela giuridica dei beni archeologici e delle tradizioni culturali dell'area mediterranea. Culture di Diritto dell'Unione europea e di Diritto internazionale nella Università degli Studi della Sicilia Centrale "Kore" di Enna.

<sup>1</sup> Per un approfondimento sul tema della politica ambientale nell'Unione europea,

Il modello affermatosi in Europa per l'elaborazione e l'attuazione delle politiche ambientali è costruito su tre "colonne portanti", le quali, ormai già da qualche decennio, consentono di qualificare l'Unione europea come l'ordinamento più all'avanguardia e, dunque, più "autorevole" e "credibile" al mondo nell'affrontare le problematiche sempre più complesse che caratterizzano la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi sia a livello regionale e locale sia a livello planetario. Queste "colonne portanti" possono identificarsi nelle seguenti:

a. la base giuridica di rango "primario", oggi costituita dagli artt. 4 e 11 del TUE, e dagli artt. 191-193 del TFUE, nella quale sono individuati i fondamenti, i tipi di approccio, gli obiettivi, i principi e i parametri delle politiche ambientali dell'Unione, nonché i criteri per una distribuzione razionale e al tempo stesso sufficientemente flessibile dei compiti tra livello sovranazionale e livello degli Stati membri;

b. il diritto europeo derivato, e quindi, la Direttiva sul danno ambientale 2004/35 e il Regolamento (UE) 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia, che verrebbe abrogato dalla nuova Legge europea sul clima;

c. la particolare attenzione al metodo di elaborazione e di attuazione delle politiche ambientali, con specifico riguardo alla costruzione di processi decisionali complessi, articolati e di lungo periodo, diversi a secon-

si v. N. BRUTTI, *La politica dell'ambiente*, in M. COLUCCI, S. SICA (a cura di), *L'Unione europea. Principi-Istituzioni-Politiche-Costituzione*, Bologna, 2005; A. CARPARELLI, *La politica ambientale dell'Unione Europea dalle origini al Sesto Piano di Azione*, in F. GIOVANNELLI, I. DI BELLA, R. COIZET (a cura di), *Ambiente condiviso, Politiche territoriali e bilanci ambientali*, Milano, 2005, 151-174; S. DAL MAZZONE, *Le politiche di protezione ambientale dell'Unione Europea*, in G. VITALI (a cura di), *Imprese e mercati nell'Europa della moneta unica*, Milano, 2001; R. FERRARA, M. A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; F. FRANCONI, *Sviluppo sostenibile e principi di diritto internazionale dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario dell'ambiente*, Milano, 2002; S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo*, vol. III, *Le politiche dell'Unione*, Milano, 2008; O. PORCHIA, *Le competenze dell'Unione europea in materia ambientale*, in R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Torino, 2006; G. QUERINI, *La tutela dell'ambiente nell'Unione europea: un'analisi critica*, Milano, 2006; S. SERENARI, E. GARDINI, *Strumenti di politiche ambientali dell'Unione europea*, Edizioni Bologna, 2013.

da dei contenuti degli atti da adottare e comunque adeguati e conformati alle peculiari necessità istruttorie imposte da quei contenuti<sup>2</sup>.

**La tutela dell'ambiente nei Trattati.** Nei Trattati istitutivi delle Comunità europee la tutela dell'ambiente non era considerata tra gli obiettivi posti alla base del processo di integrazione ed il Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE) del 1957 non predisponeva alcuna specifica competenza comunitaria in materia ambientale. Un riferimento all'ambiente era effettuato solo indirettamente, attraverso previsioni normative isolate relative alla tutela degli animali e alla preservazione dei vegetali, alla riduzione delle disparità esistenti fra le differenti regioni agricole per motivi strutturali o naturali, alle condizioni di sicurezza per la vita e la salute della popolazioni e dei lavoratori, all'impiego razionale delle risorse naturali, alla promozione del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera, alla sicurezza del lavoro nelle industrie. In tal modo, la tutela dell'ambiente giocava un ruolo solo "strumentale" alla realizzazione degli obiettivi comunitari, poiché era diffusa la consapevolezza che l'instaurazione ed il corretto funzionamento del mercato interno chiedessero misure destinate ad incidere sulla "qualità della vita".

In assenza, quindi, di una base giuridica espressa nei Trattati, la tutela dell'ambiente finì per essere disciplinata attraverso l'utilizzo di due distinte previsioni normative, all'occorrenza congiuntamente richiamate: l'art. 100 TCEE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative e l'art. 235 TCEE sull'esercizio dei c.d. "poteri impliciti".

Nel 1987 l'Atto Unico Europeo ha introdotto nel TCEE una specifica competenza comunitaria in materia ambientale e ha inserito un nuovo Titolo "Ambiente" che, come già anticipato, ha costituito la prima base giuridica per una politica ambientale comune. Il nuovo Titolo, in particolare, ha assegnato al diritto comunitario il compito "di preservare, proteggere e migliorare la qualità dell'ambiente", contribuendo alla pro-

<sup>2</sup> M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione Dell'art. 9 della costituzione avente ad oggetto L'introduzione di una disciplina essenziale della tutela Dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento Costituzionale*, Audizione presso la 1<sup>a</sup> Commissione permanente del Senato della Repubblica "Affari costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione", Roma, 16 gennaio 2020.

tezione della salute delle persone e assicurando un impiego prudente e razionale delle risorse naturali. Con l'Atto Unico Europeo hanno inoltre fatto il loro ingresso i tre principi fondamentali delle politiche comunitarie in campo ambientale: il principio dell'azione preventiva, della riparazione dei danni alla fonte e dell'inquinatore-pagatore<sup>3</sup>. Il principio di sussidiarietà ha iniziato a svolgere un ruolo cardine nella determinazione del livello appropriato di decisione in campo ambientale, e si è stabilito, infine, che le decisioni in materia ambientale siano prese all'unanimità.

Con il Trattato di Maastricht del 1992 la tutela dell'ambiente è entrata a far parte nel diritto originario sin dal Preambolo, mentre tra i compiti della Comunità, all'art. 2, è stata inserita la "crescita sostenibile e non inflazionistica e che rispetti l'ambiente". Le disposizioni in materia ambientale sono state spostate in un apposito Titolo XVI, sempre intitolato "Ambiente", ed ai principi fondamentali inseriti nel Trattato nel 1987 se ne è aggiunto un quarto: il principio di precauzione<sup>4</sup>. Il Trattato di Maastricht ha inoltre introdotto la procedura di codecisione e ha stabilito come regola generale il voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio che attribuisce all'azione in materia ambientale il rango di vera e propria politica dell'UE (art. 130R).

Il Trattato di Amsterdam del 1999 ha introdotto l'obbligo di integrare la tutela ambientale in tutte le politiche settoriali dell'Unione<sup>5</sup> al fine

<sup>3</sup> Il principio "chi inquina paga" è attuato dalla Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale ed è finalizzata a prevenire o altrimenti riparare il danno ambientale alle specie e agli habitat naturali protetti, all'acqua e al suolo.

<sup>4</sup> Il principio di precauzione è uno strumento di gestione dei rischi cui è possibile ricorrere in caso d'incertezza scientifica in merito a un rischio presunto per la salute umana o per l'ambiente derivante da una determinata azione o politica. Per esempio, qualora sussistano dubbi in merito all'effetto potenzialmente pericoloso di un prodotto e qualora, in seguito a una valutazione scientifica obiettiva, permanga l'incertezza, può essere impartita l'istruzione di bloccare la distribuzione di tale prodotto o di ritirarlo dal mercato. Tali misure devono comunque essere non discriminatorie e proporzionate, e vanno riviste non appena si rendano disponibili maggiori informazioni scientifiche.

<sup>5</sup> Si tratta del principio di integrazione, il cui scopo è quello di assicurare una tutela adeguata dell'ambiente, non soltanto attraverso una specifica disciplina in tale ambito, ma anche attraverso l'intervento nelle altre politiche europee. La stretta connessione che l'ambiente presenta con tutti gli ambiti d'azione dell'Unione fa sì che la sua protezione si configuri come un'esigenza imperativa di carattere "generale", capace di superare molti dei limiti che hanno circondato in passato la sua tutela frammentaria.

di promuovere lo sviluppo sostenibile e all'art. 3. ha fatto della politica ambientale uno degli obiettivi politici fondamentali dell'Unione.

Per quanto riguarda la Carta dei Diritti Fondamentali, proclamata a Nizza nel 2000, essa prevede un articolo specifico dedicato all'ambiente. L'art. 37 stabilisce, infatti, che: «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». È indubbio il fatto che la tutela dell'ambiente, il miglioramento della sua qualità e lo sviluppo sostenibile assumono mediante il loro inserimento nella Carta una più pregnante importanza politica e culturale.

Oggi la base giuridica di rango primario della politica ambientale dell'Unione europea è costituita dall'art 4 (che stabilisce che in materia di ambiente l'UE ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri<sup>6</sup>) e dall'art. 11 del TUE<sup>7</sup>, nonché dagli artt. 191<sup>8</sup>, 192<sup>9</sup> e 193<sup>10</sup> del TFUE.

**Il diritto europeo derivato in materia ambientale.** Per quanto riguarda la normativa di diritto secondario che disciplina la tutela dell'am-

<sup>6</sup> Art. 4, c. 2, lett e) TUE.

<sup>7</sup> Art. 11 TUE. «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

<sup>8</sup> Art. 191 TFUE: «1. La politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: — salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, — protezione della salute umana, — utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, — promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. 2. La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga». *Omissis*.

<sup>9</sup> Art. 192 TFUE: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, decidono in merito alle azioni che devono essere intraprese dall'Unione per realizzare gli obiettivi dell'articolo 191». *Omissis*.

<sup>10</sup> Art. 193 TFUE: «I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'articolo 192 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Tali provvedimenti devono essere compatibili con i trattati. Essi sono notificati alla Commissione». *Omissis*.

biente, vengono in rilievo la Direttiva 2004/35<sup>11</sup> e il Regolamento (UE) 2018/1999<sup>12</sup>, che, come già detto, verrebbe modificato dalla nuova Legge europea sul clima proposta dalla Commissione<sup>13</sup>.

Lo scopo della Direttiva 2004/35 è quello di stabilire le norme basate sul principio di “chi inquina paga”. Ciò significa che un’azienda che provoca un danno ambientale ne è responsabile e deve farsi carico di intraprendere le necessarie azioni di prevenzione o di riparazione e di sostenere tutti i costi relativi. Ci sono due scenari nei quali si verifica la responsabilità: 1) danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell’allegato III della Direttiva, quali: industrie energetiche, produzione e trasformazione dei metalli, industrie minerarie, industrie chimiche, gestione dei rifiuti, produzione su larga scala di cellulosa, carta e cartone, tintura tessile e concerie, produzione su larga scala di cibo, carne e prodotti a base di latte; 2) danno ambientale a specie protette e *habitat* naturali (o minaccia imminente dello stesso) causato da una delle attività professionali non elencate nell’allegato III, in caso di comportamento doloso o colposo dell’azienda.

Se c’è un’imminente minaccia che si verifichi un danno, l’azienda deve quindi adottare, subito, le misure di prevenzione necessarie. Se il danno si è già verificato, l’azienda deve informare il più presto possibile le autorità e adottare azioni per gestire la situazione, allo scopo di prevenire ulteriori danni ambientali e minacce per la salute umana, e intraprendere le adeguate azioni di riparazione.

<sup>11</sup> Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale. La direttiva è entrata in vigore il 30 aprile 2004 e doveva essere recepita dalle legislazioni nazionali dei paesi dell’UE entro il 30 aprile 2007. La direttiva è stata modificata nel 2019 dal regolamento (UE) 2019/1010 che armonizza e semplifica gli obblighi di comunicazione in materia di legislazione ambientale.

<sup>12</sup> Regolamento UE 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 sulla Governance dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima che modifica le direttive CE 663/2009 e CE 715/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE e 2013/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive del Consiglio 2009/119/CE e (UE) 2015/652 e che abroga il regolamento (UE) 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>13</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento UE 2018/1999 (Legge europea sul clima), Bruxelles, 4.3.2020 COM (2020) 80 final.

Il Regolamento 2018/1999 sulla *governance* dell'Unione dell'energia mira a garantire l'attuazione della strategia dell'Unione dell'energia in modo coordinato e coerente in tutte le sue dimensioni e ad assicurare il conseguimento degli obiettivi dell'Unione dell'energia, in particolare quelli relativi al quadro strategico in materia di energia e clima per il 2030 e all'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici<sup>14</sup>. Il Regolamento verrebbe modificato dalla nuova Legge europea sul clima proposta dalla Commissione che intende trasformare in legge l'obiettivo fissato nel *Green Deal* europeo: far sì che l'economia e la società europee diventino a impatto climatico zero entro il 2050. Ciò significa che tutti i Paesi dell'UE dovranno raggiungere l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra, principalmente attraverso la riduzione delle emissioni, l'investimento nelle tecnologie verdi e la protezione dell'ambiente naturale. La nuova Legge europea riformula su nuove basi l'impegno dell'Esecutivo europeo ad affrontare i problemi legati al clima e all'ambiente<sup>15</sup>.

La Legge sul clima prevede misure per verificare i progressi compiuti e adeguare di conseguenza gli interventi da adottare, sulla base di sistemi esistenti quali il processo di *governance* dei piani nazionali per l'energia e il clima degli Stati membri, le relazioni periodiche dell'Agenzia europea dell'ambiente e i più recenti dati scientifici sui cambiamenti climatici e i relativi impatti.

La proposta legislativa è stata presentata al Parlamento europeo, al

<sup>14</sup> Accordo di Parigi, NU 2015, consultabile sulla rete interconnessa. L'Accordo stabilisce un quadro globale per evitare pericolosi cambiamenti climatici limitando il riscaldamento globale ben al di sotto dei 2°C e proseguendo con gli sforzi per limitarlo a 1,5°C. Inoltre punta a rafforzare la capacità dei Paesi di affrontare gli impatti dei cambiamenti climatici e a sostenerli nei loro sforzi. L'Accordo di Parigi è il primo accordo universale e giuridicamente vincolante sui cambiamenti climatici, adottato alla conferenza di Parigi sul clima (COP21) nel dicembre 2015. L'UE ha formalmente ratificato l'Accordo il 5 ottobre 2016, consentendo in tal modo la sua entrata in vigore il 4 novembre 2016.

<sup>15</sup> Fonti: i) gruppo intergovernativo sui cambiamenti climatici (IPCC): relazione speciale sull'impatto di un aumento del riscaldamento globale di 1,5 °C; ii) piattaforma intergovernativa di politica scientifica per la biodiversità e i servizi ecosistemici (IPBES): relazione di valutazione globale sulla biodiversità e i servizi ecosistemici del 2019; iii) gruppo internazionale per le risorse (*International Resource Panel*): Rapporto sulle prospettive in materia di risorse a livello mondiale 2019: - risorse naturali per il futuro che vogliamo; iv) Agenzia europea dell'ambiente: l'ambiente in Europa - stato e prospettive nel 2020 - conoscenze per la transizione verso un'Europa sostenibile.

Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni e l'8 ottobre dello scorso anno il Parlamento europeo ha approvato con ampia maggioranza la Legge europea: in tal modo l'obiettivo della Commissione è diventato proposta di norma per essere negoziata con i governi.

Il 10 e 11 dicembre 2020 il Consiglio europeo ha raggiunto un accordo su un orientamento generale sulla proposta di Legge europea del clima, compreso un nuovo obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

## 2. *L'articolo 9 della Costituzione italiana*

Nonostante l'assenza di espliciti riferimenti all'ambiente nel testo originario della Costituzione e della successiva comparsa della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" solo come materia di potestà legislativa esclusiva dello Stato con la riforma costituzionale del 2001 all'interno dell'art. 117 Cost., è evidente che, almeno a partire dalla metà degli anni ottanta del secolo scorso, si sia formato e consolidato un vero e proprio diritto costituzionale dell'ambiente di matrice giurisprudenziale principalmente ad opera delle pronunce della Corte Costituzionale. Si tratta, tuttavia, di un diritto costituzionale che sconta tutte le debolezze del diritto di formazione pretoria, ovvero di un diritto connotato "da quei caratteri di frammentarietà, precarietà e incompletezza che discendono dalla sua origine casistica e che, proprio per questo, rendono di per sé sicuramente utile e auspicabile un intervento di normazione positiva che valga a tradurre in proposizioni normative gli approdi giurisprudenziali che possano essere ritenuti ormai consolidati, così acquisendoli definitivamente al patrimonio della Carta costituzionale"<sup>16</sup>.

Fatte queste premesse, gli approdi che la giurisprudenza costituzionale ci ha fino ad oggi consegnato in ordine alla tutela dell'ambiente possono così sintetizzarsi:

a. la tutela dell'ambiente, relativa specificatamente alla tutela ecologica oltre che alla tutela paesaggistica, è interesse pubblico di rilievo

<sup>16</sup> CECCHETTI, *op. cit.*

costituzionale<sup>17</sup>, trovando fondamento nel combinato disposto degli artt. 9<sup>18</sup> e 32 Cost.<sup>19</sup>;

b. l'ambiente in quanto tale non si qualifica come oggetto di un diritto fondamentale o di una qualunque altra situazione giuridica soggettiva individuale o collettiva, bensì come “valore costituzionale primario” (o “fondamentale”), benché tale primarietà non possa assumersi come primazia assoluta in una sorta di scala gerarchica rispetto agli altri valori costituzionali<sup>20</sup>;

c. la tutela dell'ambiente si atteggia come interesse “trasversale” rispetto a una pluralità di settori, di materie e di ambiti oggettivi nei quali intervengono le politiche pubbliche<sup>21</sup>.

Se sono questi i “baluardi” del diritto costituzionale dell'ambiente attualmente vigente nel nostro ordinamento, è chiaro che il legislatore costituzionale non possa fare a meno di chiedersi se dare forma di diritto costituzionale positivo agli approdi giurisprudenziali o se (ed eventualmente con quali formulazioni normative) arricchire i contenuti di questo diritto costituzionale, cogliendo tutte le possibili opportunità dell'intervento di revisione<sup>22</sup>.

Tutti i disegni di legge costituzionale in materia ambiente si propongono l'intento di consolidare nel testo costituzionale, attraverso la revisione dell'art. 9 Cost., gli approdi cui è ormai pervenuto stabilmente il Giudice delle leggi, attribuendo esplicita rilevanza costituzionale alla tutela dell'ambiente all'interno delle previsioni che stabiliscono i “principi

<sup>17</sup> M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, spec. cap. I.

<sup>18</sup> Art. 9 Cost.: “La Repubblica promuove lo sviluppo e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”.

<sup>19</sup> Art. 32 Cost.: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

<sup>20</sup> A tale specifico riguardo, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale nn. 196 del 2004 e n. 85 del 2013.

<sup>21</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 198 del 2018.

<sup>22</sup> M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione Dell'art. 9 della costituzione avente ad oggetto L'introduzione di una disciplina essenziale della tutela Dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento Costituzionale*, cit.

fondamentali” del nostro ordinamento e, in particolare, iscrivendo tale obiettivo nella logica del “compito comune” intestato a tutti gli enti e le istituzioni della Repubblica che è già propria della disposizione costituzionale oggetto della revisione<sup>23</sup>.

Tra le diverse formulazioni proposte, tuttavia, emerge una significativa e fondamentale differenza tra quelle che si mostrano orientate a qualificare la tutela dell’ambiente e degli ecosistemi come “diritto fondamentale della persona e della collettività”<sup>24</sup> e quelle che ne mantengono una qualificazione oggettiva quale “valore costituzionale”, ossia quale oggetto di “politiche pubbliche” al pari degli altri interessi pubblici attualmente contemplati nell’art. 9 Cost. Dunque, in questa seconda opzione, la tutela dell’ambiente non viene contemplata come diritto o interesse complesso soggettivamente imputabile e rivolto ad un bene giuridico oggettivamente definibile, piuttosto come “valore costituzionale”, ossia interesse o esigenza non predeterminabile a priori, ma da individuare di volta in volta nei suoi contenuti solo in concreto<sup>25</sup>.

### 3. *La riforma 2001 del titolo V della Costituzione e la sua incidenza sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia ambientale: l’interpretazione degli artt. 17 e 18 Cost.*

La “materia” ambientale, come già accennato, è stata esplicitamente introdotta nella Costituzione italiana solo nel 2001 con la riforma del titolo V, parte II, all’art. 117, c. 2, lett. s)<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> M. CECCHETTI, *Art. 9*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Milano, 2006.

<sup>24</sup> La Corte Costituzionale ha qualificato la salvaguardia dell’ambiente come “diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività” nella sentenza 28 maggio 1987, n. 210.

<sup>25</sup> M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione Dell’art. 9 della costituzione avente ad oggetto L’introduzione di una disciplina essenziale della tutela Dell’ambiente tra i principi fondamentali dell’ordinamento Costituzionale*, cit.

<sup>26</sup> F. RESCIGNO, *Equilibrismi giurisprudenziali ed equilibrio ambientale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 2754 precisa tuttavia che “la riforma del Titolo V non definisce espressamente un ‘diritto all’ambiente’ ma si limita a riferirsi ad esso nell’ambito del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni (art. 117, 2° c. lett. S e 3° c.)”.

Il testo costituzionale, infatti, nella sua versione originaria, non si riferiva espressamente alla tutela dei valori ambientali<sup>27</sup>; tuttavia, alcune disposizioni quali l'art. 9 Cost., dedicato al paesaggio ed ai beni culturali, e l'art. 32 Cost., che invece disciplina il diritto alla salute della persona, potevano già essere ricondotte ad ambiti connessi con la problematica dell'ambiente naturale. L'assenza di indicazioni di portata sostanziale rispetto alla dimensione ambientale si era tradotta, di fatto, in una lunga disputa tra Stato e Regioni circa i presupposti delle rispettive prerogative. Significativo, pertanto, è stato il ruolo della Corte Costituzionale che ha contribuito a tracciare un modello di governo ambientale basato principalmente su tre pilastri: il primo, quello per cui il sistema di riparto delle competenze tra i vari enti territoriali doveva informarsi a logiche di tipo sussidiario basate, cioè, sul criterio della dimensione territoriale dell'interesse e sull'individuazione del livello ottimale di allocazione delle diverse funzioni<sup>28</sup>; il secondo pilastro andava individuato nel riconoscimento da parte della Corte costituzionale di una potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di protezione ambientale che, in mancanza di un espresso riferimento nell'art.117 Cost., poteva ricavarsi da un'interpretazione teleologica di alcune materie regionali<sup>29</sup>; infine, l'ultimo pilastro su cui si è sviluppato il governo dell'ambiente prima del 2001, consisteva nell'esigenza che nell'azione di tutela del valore ambientale fossero realmente interessati tutti i livelli territoriali di governo in una logica di concreta corresponsabilità e tenendo conto del fondamentale principio della leale collaborazione<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Sulle ragioni dell'assenza di un riferimento letterale all'ambiente nella Costituzione italiana si v. N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2004, p. 55 ss.

<sup>28</sup> A. COLAVECCHIO, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in F. GABRIELE, A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, p. 7 ss.

<sup>29</sup> Più precisamente, la Corte, nella sentenza 7 ottobre 1999, n. 382, riprendendo altre decisioni (come ad esempio la sentenza Corte Cost. 20 maggio 1987, n. 183), afferma che “[...] alla funzione di governo del territorio si riallaccia anche una competenza in materia di interessi ambientali, da reputare costituzionalmente garantita e funzionalmente collegata [...] alle altre spettanti alla Regione, tra cui, oltre all'urbanistica, quale funzione ordinatrice dell'uso e delle trasformazioni del suolo, quella dell'assistenza sanitaria, intesa come complesso degli interventi positivi per la tutela e promozione della salute umana”.

<sup>30</sup> Tale giurisprudenza costituzionale venne affiancata da importanti riforme che,

D'altronde, non solo la giurisprudenza costituzionale, ma anche la legislazione ordinaria, sottolineavano costantemente due ineliminabili esigenze destinate a fronteggiarsi nel governo ambientale e che trovavano sintesi nei due principi che esprimono proprio la logica della sussidiarietà c.d. verticale nel campo della tutela dell'ambiente: il principio di azione unitario del livello territoriale superiore ed il principio della tutela più rigorosa del livello territoriale inferiore<sup>31</sup>

Il nuovo Titolo V, Parte seconda, della Costituzione, pur richiamando per la prima volta, nell'art. 117, la materia della tutela dell'ambiente, di competenza esclusiva dello Stato, ha provocato numerosi problemi interpretativi di carattere generale, la cui soluzione non ha sicuramente agevolato la tutela dell'ambiente. La giurisprudenza costituzionale ha dovuto così guidare il passaggio da un sistema che si reggeva su poteri legislativi centralizzati, o trasferiti alle Regioni, e sul principio di corrispondenza delle competenze legislative con quelle amministrative, ad un apparato del tutto differente, che prevede, per i poteri legislativi, una netta suddivisione per materie tra Stato e Regioni, escludendo la delega di materie, e per i poteri amministrativi, un meccanismo di massima flessibilità secondo il quale la stessa funzione può essere attribuita, "per assicurarne l'esercizio unitario", a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, "sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza". È evidente che in questo nuovo scenario la giurisprudenza costituzionale si è mossa per minimizzare "lo scontro tra vecchio e nuovo"<sup>32</sup>, utilizzando formule non sempre tecniche, ma che hanno permesso un cambiamento graduale del sistema di riparto delle competenze legislative ed amministrative.

Con l'obiettivo di consentire una certa continuità dell'indirizzo giuri-

sebbene a livello di normazione ordinaria, hanno inciso molto sul sistema di riparto delle competenze ambientali. In particolare, la legge n. 59 del 1997, ha escluso dal conferimento al sistema delle autonomie territoriali i soli compiti di rilievo nazionale per la tutela dell'ambiente e della salute (art. 1, c. 4, lett. c) e, nell'attuazione compiuta dal D.Lgs. 112/1998, ha visto chiaramente identificate le competenze ambientali regionali tra quelle riferibili alle materie di cui all'art. 117 Cost.

<sup>31</sup> COLAVECCHIO, *op. cit.*

<sup>32</sup> P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in *www.fedarilismi.it*, 10 marzo 2010.

sprudenziiale, si è innanzitutto posto il principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni come rilevante e si è privilegiato l'istituto dell'intesa<sup>33</sup>.

Per facilitare questa compartecipazione tra Stato e Regioni, si è iniziato a sostenere che non tutte le materie rubricate nell'art. 117 Cost. fossero "materie in senso stretto", che vi erano "materie-fini", "materie-valori", "materie trasversali", per cui non di rado veniva fuori "un incrocio inestricabile di competenze" (con l'esigenza, quindi, di trovare una intesa sul piano amministrativo) o un "incrocio di materie" (con la necessità di trovare la "materia prevalente" e che, laddove non fosse possibile determinare suddetta prevalenza, si dovesse anche in questo caso utilizzare l'intesa<sup>34</sup>.

Per quanto concerne l'art. 118 Cost., che disciplina le funzioni amministrative, l'espressione "per assicurarne l'esercizio unitario" (al fine di sancire standard omogenei, e perciò spesso minimi, di tutela per tutto il territorio nazionale) è stata prevalentemente interpretata nel senso di una "attrazione in sussidiarietà" da parte dello Stato. Risultato di quanto appena detto è stata l'inattuazione dell'art. 117, comma secondo, lettera s) Cost.: questo perché l'ambiente è stato considerato un concetto evanescente, mentre la "materia della tutela dell'ambiente" è stata concepita una "materia-valore", una "materia-fine", una "materia-trasversale", se non addirittura "un compito", ed in ogni caso mai una "materia in senso proprio"<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Corte Cost. 13 gennaio 2005, n. 62. Con tale decisione la Corte Costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale della legge regionale della Sardegna 3 luglio 2003, n. 8, con cui si dichiarava "denuclearizzato il territorio regionale della Sardegna e precluso al transito ed alla presenza, anche transitoria, di materiali nucleari non prodotti nel territorio regionale". Il giudice delle leggi sembra riprendere la tradizionale impostazione che configura l'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto che, in quanto tale, delinea una materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che possono essere anche regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (sent. n. 407/2002, nn. 507 e 54/2000, n. 382/1999, n. 273/1998). La Corte inoltre sembra implicitamente ritenere che, malgrado la l. cost. 3/2001 abbia cancellato il limite dell'interesse nazionale, l'attribuzione allo Stato della competenza in via esclusiva in materia di tutela ambientale e dell'ecosistema (art. 117, co. 2, l. s) sia idonea a giustificare l'intervento legislativo dello Stato, al fine di soddisfare interesse tutelabili unicamente in sede nazionale.

<sup>34</sup> Corte Cost., 23 dicembre 2003, n. 370, 28 gennaio 2005, n. 50, 25 maggio 2005, n. 201, 31 marzo, n. 133, 1° giugno 2006, n. 213, 16 marzo 2007, n. 81.

<sup>35</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*

La tutela dell'ambiente, in tal modo, non è stata considerata né una materia in senso tecnico, né una materia di competenza esclusiva dello Stato. A partire dalla sentenza n. 407 del 2002, seguita dalle sentenze n. 307 del 2003, n. 108, n. 135 e n. 232 del 2005, n. 103, n. 182, n. 246 e n. 398 del 2006, riprendendosi affermazioni presenti in sentenze precedenti, si è affermato che "l'intento del legislatore è stato quello di riservare comunque allo Stato il potere di fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, senza peraltro escludere in questo settore la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali. In definitiva, si può quindi ritenere che riguardo alla protezione dell'ambiente non si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato"<sup>36</sup>.

Più esplicite al riguardo sono state alcune sentenze successive, secondo le quali il compito dello Stato di dettare standard uniformi validi in tutte le Regioni "non esclude affatto la possibilità che le leggi regionali [...] possano assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale"<sup>37</sup>. Detto altrimenti, la competenza dello Stato in materia di ambiente, ecosistema e beni culturali (art. 117, comma secondo, lett. s Cost.), non è stata considerata una competenza piena ed esclusiva ma, limitandosene il contenuto, è stata circoscritta alla potestà di "fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale", con la conseguenza che, riguardo alla tutela ambientale, esistessero anche competenze regionali. La competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente, necessaria poiché le Regioni hanno competenze in materia di fruizione dell'ambiente, e non di tutela, è diventata così (in parte) una competenza condivisa con le Regioni<sup>38</sup>.

Verso la fine del 2007 la stessa Corte Costituzionale, essendosi resa conto che era giunto il momento di rivedere le proprie posizioni, ha iniziato a riconsiderare il rapporto tra l'art. 117 Cost. ed il successivo art.

<sup>36</sup> Corte Cost., 26 luglio 2002, n. 407.

<sup>37</sup> Corte Cost., 16 giugno 2005, n. 232, 5 maggio 2006, n. 182 e 28 giugno 2006, n. 246.

<sup>38</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*

118 Cost. Fin da subito è emerso chiaramente che l'espressione "per assicurarne l'esercizio unitario" aveva un significato ben più specifico dell'espressione "di attrazione in sussidiarietà", coniata dalla giurisprudenza costituzionale per "riservare" allo Stato la fissazione di standard minimi uniformi per tutto il territorio nazionale, in quanto l'esercizio unitario delle competenze amministrative è stato previsto dalla Costituzione non per il suddetto scopo, ma per assicurare la migliore attuazione della funzione amministrativa, assegnando le competenze verso l'alto o verso il basso, sulla base dell'oggetto e della *ratio* della disposizione di legge, da stabilire secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. È apparso inoltre evidente che l'art. 118 Cost. ha smorzato il rigore del principio della non corrispondenza tra funzioni legislative e funzioni amministrative, indentificando in quel "salvo che... siano conferite" il riferimento concreto al soggetto (Stato o Regione) che aveva esercitato la sua competenza legislativa. Si è ritenuto, quindi, che chi è competente ad emettere l'atto legislativo è anche competente ad indicare a quale Ente territoriale spetta la funzione amministrativa, al fine di "assicurarne l'esercizio unitario". Secondo tale interpretazione trova ragion d'essere il principio giurisprudenziale della "leale collaborazione" sul piano amministrativo, con il risultato che l'intesa può avvenire solo sul piano dell'amministrazione e non su quello della legislazione<sup>39</sup>.

Per quanto concerne nello specifico il tema della tutela ambientale, la prima rottura con il passato è stata determinata dalle sentenze n. 367 del 2007, relativa al paesaggio, e dalla sentenza n. 378 del 2007, relativa all'ambiente, nella quale si legge: "Occorre poi premettere, per la soluzione del problema del riparto di competenze tra Stato, Regioni e Province autonome in materia di ambiente, che sovente l'ambiente è stato considerato come "bene immateriale". Tuttavia, quando ci si riferisce all'ambiente come ad una "materia" del riparto della competenza tra Stato e Regioni, è indispensabile tener presente che "si tratta di un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti"<sup>40</sup>. È necessario, quindi, guardare all'ambiente come "sistema", considerato cioè nel suo aspetto dinamico e non solo da un punto

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*

di vista statico ed astratto. La disciplina della tutela dell'ambiente (nella sua interezza) è stata affidata in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, comma 2, lettera s, Cost., il quale si riferisce all'"ambiente" in termini generali ed onnicomprensivi. A tal proposito, dichiara inoltre la Corte, è bene evidenziare che la disposizione costituzionale pone accanto alla parola "ambiente" le parole "ecosistema" e "beni culturali": compete perciò allo Stato disciplinare l'ambiente come un'entità organica. Si deve però sottolineare che accanto al bene giuridico ambiente in senso "organico", possono coesistere altri beni giuridici, aventi ad oggetto componenti o aspetti del "bene" ambiente, ma riguardanti interessi diversi giuridicamente tutelati. Si parla a tal riguardo dell'ambiente come "materia trasversale", nel senso cioè che sullo stesso oggetto coesistono diversi interessi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli concernenti i suoi utilizzi. In tal caso, la disciplina del bene unitario ambiente, di competenza esclusiva allo Stato, viene a imporsi (in materia di competenza propria ed in riferimento ad altri interessi) su quella delle Regioni. Ne consegue, proseguono i giudici costituzionali, che la disciplina ambientale, "che scaturisce dall'esercizio di una competenza esclusiva dello Stato, investendo l'ambiente nel suo complesso, e quindi anche in ciascuna sua parte, viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato"<sup>41</sup>.

Sono tre, in particolare, le affermazioni di grande rilievo contenute in questa sentenza. In primo luogo, l'ambiente non è più considerato come un concetto evanescente, un fine, un valore, ma è un bene materiale oggetto di tutela esclusiva da parte dello Stato. In materia di ambiente, inoltre, si deve discernere tra tutela o conservazione, affidata alla competenza statale, ed utilizzazione o fruizione affidata alle Regioni. Infine, la disciplina della tutela ambientale, di competenza esclusiva allo Stato, viene ad operare come un limite alla disciplina che le Regioni dettano in altre materie di loro competenza, di modo che queste ultime non possono mai derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale posto dallo Stato.

L'importanza della sentenza n. 367 del 2007 e della sentenza n. 378 del 2007 (entrambe ribadite nella sentenza n. 104 del 2008) è determi-

<sup>41</sup> Corte Cost., 14 novembre 2007, n. 378.

nante. Innanzitutto, riconoscendo la competenza piena ed esclusiva dello Stato in materia di tutela ambientale, come esplicitamente prescrive l'art. 117, comma secondo, lett. s Cost., viene meno il nucleo sostanziale della precedente giurisprudenza costituzionale in merito, secondo la quale la competenza statale era circoscritta alla fissazione di standard minimi uniformi per tutti il territorio nazionale, mentre toccava alle Regioni colmare eventuali lacune in tema di tutela dell'ambiente con proprie normative. Viene inoltre chiarita la questione fondamentale di dare una spiegazione razionale al "collegamento funzionale" tra funzioni statali e regionali, che sembrava emergere dalla stessa norma costituzionale, non ritenendo che la competenza statale in materia di tutela ambientale fosse in parte comune alle Regioni, ma stabilendo che la disciplina dello Stato, in base alla sua competenza piena ed esclusiva in materia, opera da limite per l'esercizio delle funzioni regionali che hanno ad oggetto la fruizione dell'ambiente<sup>42</sup>.

Per ciò che riguarda la distinzione tra competenza statale competenze regionali, obbligate a rispettare i limiti posti dalla legislazione statale in materia di tutela dell'ambiente, la chiarificazione decisiva si è avuta con la sentenza n. 61 del 2009, nella quale si legge: "Le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, debbono rispettare la normativa statale di tutela dell'ambiente, ma possono stabilire per il raggiungimento dei fini propri delle loro competenze (in materia di tutela della salute, di governo del territorio, di valorizzazione dei beni ambientali, ecc.) livelli di tutela più elevati (vedi sentenze nn. 30 e 12 del 2009, 105, 104 e 62 del 2009). Con ciò certamente incidendo sul bene materiale ambiente, ma al fine, non di tutelare l'ambiente, già salvaguardato dalla disciplina statale, bensì di disciplinare adeguatamente gli oggetti delle loro competenze. Si tratta cioè di un potere insito nelle stesse competenze attribuite alle Regioni, al fine della loro esplicazione. Inoltre, è da rilevare che la dizione, ricorrente nella giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale, in materia di tutela dell'ambiente, lo Stato stabilisce "standard minimi di tutela" va intesa nel senso che lo Stato assicura una tutela adeguata e non riducibile dell'ambiente".

La rilevanza di questa sentenza sta nel confermare ulteriormente la netta separazione tra competenza esclusiva statale, che assicura una tutela adeguata e non limitabile dell'ambiente, e competenze regionali, le

<sup>42</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*

quali possono fissare livelli di tutela anche più elevati al fine di disciplinare nel modo migliore gli oggetti delle loro competenze. Questo principio di netta separazione tra la competenza della tutela ambientale e le altre competenze regionali che in qualche modo incidono sull'ambiente ha proseguito il suo cammino con numerose sentenze<sup>43</sup>.

È da ricordare, in particolare, la sentenza n. 12 del 2009, la quale ha riassunto efficacemente i punti di maggiore interesse del nuovo filone giurisprudenziale ed ha rimarcato che sullo stesso oggetto ambiente possono insistere interessi diversi: quello alla sua conservazione e quelli inerenti alle sue utilizzazioni. In questi casi la disciplina unitaria del bene unitario ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene "a prevalere" su quella dettata dalle Regioni, in materia di competenza propria, che riguardano l'utilizzazione dell'ambiente, e quindi altri interessi.

Un punto restava, tuttavia, ancora da chiarire: quello relativo alla qualificazione giuridica dell'incidenza di più competenze sullo stesso bene ambiente veniva indicato come "intreccio di competenze". Vi ha provveduto la sentenza n. 225 del 2009 la quale, da un lato ha riassunto tutti i punti fondamentali della nuova giurisprudenza, e dall'altro ha chiarito che il fenomeno in questione si spiega ricorrendo al concetto tecnico di "concorso" di competenze sullo stesso oggetto. In altri termini, la competenza dello Stato alla tutela e conservazione dell'ambiente "concorre" autonomamente, e "non si intreccia", con le altre competenze regionali concernenti la fruizione dell'ambiente, ognuna delle quali ha un oggetto diverso<sup>44</sup>. Questa sentenza, sulla quale si sono basate una quindicina di altre sentenze emesse nel luglio 2009, si esprime in questo senso: "A proposito della materia "tutela dell'ambiente", è da osservare che essa ha un contenuto allo stesso tempo oggettivo, in quanto riferito ad un bene, l'ambiente (sentenze n. 367 e n. 378 del 2007; n. 12 del 2009), e finalistico, perché tende alla migliore conservazione del bene stesso (vedi sentenze n. 104 del 2008; n. 10, n. 30 e n. 220 del 2009). L'individuazione nei termini appena descritti della materia tutela dell'ambiente pone in evidenza un dato di rilevante importanza: sullo stesso bene (l'ambiente) (sentenze n. 367 e n. 378 del 2007) "concorrono" diverse competenze (sentenza n. 105 del 2008), le quali, tuttavia, restano distinte tra loro, per-

<sup>43</sup> Corte Cost., 30 maggio 2008, 23 dicembre 2008, n. 437.

<sup>44</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*

seguendo autonomamente le loro specifiche finalità attraverso la previsione di diverse discipline (vedi sentenze n. 367 e n. 378 del 2007, n. 104 e n. 105 del 2008, n. 12 e n. 61 del 2009). Questo fenomeno evidenzia che, secondo il disegno del legislatore costituzionale, da una parte sono affidate allo Stato la tutela e la conservazione dell'ambiente, mediante la fissazione di livelli «adeguati e non riducibili di tutela» (sentenza n. 61 del 2009) e dall'altra compete alle Regioni, nel rispetto dei livelli di tutela fissati dalla disciplina statale (sentenze n. 62 e n. 214 del 2008), di esercitare le proprie competenze, dirette essenzialmente a regolare la fruizione dell'ambiente, evitando compromissioni o alterazioni dell'ambiente stesso. In questo senso può dirsi che la competenza statale, quando è espressione della tutela dell'ambiente, costituisce "limite" all'esercizio delle competenze regionali (sentenze n. 180 e n. 437 del 2008 nonché n. 164 del 2009). A questo proposito, è peraltro necessario precisare che, se è vero che le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, non debbono violare i livelli di tutela dell'ambiente posti dallo Stato, è altrettanto vero, che, una volta che questi ultimi siano stati fissati dallo Stato medesimo, le Regioni stesse, purché restino nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, possono pervenire a livelli di tutela più elevati (sentenze n. 104 del 2008, n. 12, n. 30 e n. 61 del 2009), così incidendo, in modo indiretto sulla tutela dell'ambiente. [...] Per quanto in particolare riguarda l'incidenza del principio di leale collaborazione, è da tener presente che l'art. 118 Cost., nell'eliminare il principio del parallelismo tra competenza legislativa ed amministrativa ai fini del riparto delle funzioni amministrative tra Stato e Regioni ordinarie e nell'imporre un livello dell'azione amministrativa verso il basso, ha stabilito, comunque, che, nel rispetto del principio di legalità, una diversa distribuzione della funzione amministrativa possa avvenire, quando occorra assicurarne l'esercizio unitario, con legge statale o regionale, secondo le competenze legislative previste dall'art. 117 Cost. e nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (sentenze n. 303 del 2003; n. 172 del 2004). Ne consegue che, nel caso della tutela ambientale, lo Stato, in quanto titolare di una competenza esclusiva, ai sensi dell'art. 118 Cost., nel rispetto dei suddetti principi, può conferire a sé le relative funzioni amministrative, ovvero conferirle alle Regioni o ad altri enti territoriali, ovvero ancora prevedere che la funzione amministrativa sia esercitata mediante il coinvolgimento di organi statali ed organi regionali o degli enti locali".

Come si nota, la suddetta sentenza spiega chiaramente che sullo stesso oggetto (l'ambiente) possono "concorrere" più competenze, dello Stato o delle Regioni, perseguendo ognuna, autonomamente, le finalità che le appartengono.

Simile terminologia è stata poi utilizzata dalla sentenza n. 307 del 2009, la quale utilizza l'espressione "concorso di materie", anziché "incrocio di materie", mettendo in discussione il cosiddetto "principio di prevalenza", che in pratica sottrae alle Regioni competenze loro proprie. Piuttosto, quindi, di parlare di "incrocio di materie", deve dirsi che, per il conseguimento di certi obiettivi costituenti la *ratio legis*, lo Stato può prevedere che con le sue materie e competenze "concorrano" anche alcune materie e competenze regionali, purché esso stesso subordini tale previsione ad un'intesa con le Regioni interessate, da esperirsi in sede amministrativa<sup>45</sup>.

### 3.1. *L'agricoltura* tra Unione europea, Stato e Regioni

A seguito della riforma del titolo V della Costituzione del 2001, la materia dell'"agricoltura", non comparando né nell'elenco delle competenze esclusive dello Stato, né in quelle concorrenti tra Stato e Regioni, è da considerarsi una materia di competenza residuale delle Regioni<sup>46</sup>. In questo senso si è più volte espresso anche il giudice costituzionale<sup>47</sup>, eliminando definitivamente qualsiasi dubbio circa una sua possibile frantumazione in altre materie di competenza statale<sup>48</sup>.

Come le altre materie residuali, nondimeno, anche l'agricoltura, sebbene in teoria si tratti di una materia di competenza "esclusiva" delle Regioni (e quindi oggetto di un potere che incontra solo i limiti posti dalla Costituzione, i vincoli derivanti dall'ordinamento eurounitario, e dagli

<sup>45</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*

<sup>46</sup> Sulla competenza in agricoltura si v., A. GERMANÒ, M.P. RAGIONIERI, E. ROOK BASILE, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Torino, 2014.

<sup>47</sup> Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 12; 28 luglio 2004, n. 282; 17 marzo 2006, n. 116; 12 ottobre 2007, n. 339.

<sup>48</sup> C. LOSAVIO, *La competenza legislativa residuale delle Regioni nella giurisprudenza costituzionale: il caso dell'agricoltura*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, volume II, Milano, 2012.

obblighi internazionali), è chiamata a fare i conti con altre competenze statali che si collocano in una posizione di trasversalità rispetto ad essa: la “tutela dell’ambiente”, la “tutela della concorrenza”, l’“alimentazione”, la “tutela della salute”, il “governo del territorio”, ecc.<sup>49</sup>. Tali competenze, infatti, come ha chiarito la Corte costituzionale, possono legittimare un intervento statale in agricoltura<sup>50</sup>.

In questi ultimi anni, a dire il vero, il contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni in materia di agricoltura sembra essersi placato, il che dovrebbe suggerire un reciproco riconoscimento dei limiti e dei confini delle rispettive competenze. Se sul fronte dell’ordinamento interno, l’intervento dello Stato può condizionare l’ampiezza dell’autonomia normativa delle Regioni nel settore agricolo, non si può non ricordare che la competenza regionale incontra anche il limite, ben più pregnante, del diritto dell’Unione europea. L’“agricoltura” rientra, infatti, tra le materie di competenza concorrente tra Stati membri e Unione europea (art. 4, par. 1, lett. B del TFUE) e appartiene, quindi, ad un duplice livello di governo regolato dal principio di sussidiarietà: l’intervento dell’Unione, cioè, si giustifica soltanto se, e nella misura in cui, gli obiettivi dell’azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale.

La potestà legislativa nazionale (e, quindi, regionale nel caso dell’Italia) in materia d’agricoltura discende, in ultima analisi, dallo “spazio” che il legislatore europeo ha lasciato concretamente “non disciplinato” e, pur in presenza di un decisivo intervento dell’Unione in agricoltura, le Regioni hanno saputo trovare il loro spazio d’intervento e mantenere, negli anni, un ruolo rilevante nella tutela e valorizzazione delle risorse agricole. Le Regioni, in questo senso, si sono spesse confermate soggetti attivi nel disciplinare, spesso in anticipo rispetto al legislatore nazionale, alcuni temi e questioni di grande valore non solo per le realtà territoriali di riferimento<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> A. JANNARELLI, *L’agricoltura tra materia e funzione: contributo all’analisi del nuovo art. 117 Cost.*, in A. GERMANÒ (a cura di), *Il governo dell’agricoltura nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2003.

<sup>50</sup> Corte Cost., 17 marzo 2006, n. 116 e 12 ottobre 2007, n. 339, rispettivamente in tema di organismi geneticamente modificati e agriturismo.

<sup>51</sup> C. LOSAVIO, *L’agricoltura” tra Unione europea, Stato e Regioni*, reperibile sulla rete interconnessa.

#### 4. *La proposta della Regione Marche*

Dopo la riforma costituzionale si è assistito ad una serie di proposte regionali sul passaggio di competenze legislative in materia di ambiente ed ecosistema dallo Stato ad alcune Regioni (Emilia Romagna, Lombardia, Veneto, Trentino-Alto Adige e Sardegna). Le Regioni hanno spesso reclamato quello che reputano sia un loro legittimo ambito di intervento, ossia la normazione dell'ambiente, settore, come già ricordato, che si sovrappone a numerose competenze legislative regionali, quali l'urbanistica, la caccia, l'utilizzazione delle acque pubbliche per citarne alcune, col risultato che se le Regioni non possono legiferare in tale materia, anche le competenze nelle materie adiacenti all'ambiente rischiano di essere svuotate.

E se, in materia ambientale, alcune Regioni hanno contestato l'esclusiva competenza statale, altre, come la Regione Marche, hanno chiesto il coinvolgimento delle stesse da parte dei Parlamenti nazionali alla partecipazione al processo di formazione degli atti dell'Unione europea.

Le Marche, infatti, con risoluzione n. 79 del 25 settembre 2018<sup>52</sup>, avevano chiesto il coinvolgimento dell'Assemblea legislativa regionale in merito alla proposta di un atto dell'Unione europea in materia ambientale. Si trattava in particolare della proposta di direttiva sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente<sup>53</sup>.

La proposta delle Marche, però, non ha avuto seguito, mentre la direttiva in questione è entrata in vigore il 2 luglio 2019<sup>54</sup>. Essa ha l'obiettivo principale di ridurre il quantitativo dei rifiuti di plastica nell'ambiente marino e oceanico che è aumentato a discapito degli ecosistemi, della biodiversità, nonché, potenzialmente, della salute umana, ed è causa di diffuse preoccupazioni. L'Europa, sottolinea la proposta europea, ha la responsabilità di affrontare il problema dei propri rifiuti marini e deve impegnarsi ad agire a livello mondiale, in particolare attraverso il G7 e il

<sup>52</sup> Consiglio Regionale, Assemblea legislativa delle Marche, Atti Assembleari, X Legislatura, estratto del processo, verbale della seduta del 25 settembre 2018, n. 109.

<sup>53</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente. COM/2018/340 final.

<sup>54</sup> Direttiva (UE) 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente.

G20, ma anche mediante l'attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibili delle Nazioni Unite.

Nonostante l'esito negativo della risoluzione regionale in questione, essa rappresentava un elemento di particolare importanza sia sotto il profilo del rispetto del principio di sussidiarietà, tenuto conto dell'impatto che le nuove norme europee producono sugli ordinamenti nazionali e, per quanto qui rileva, su quelli delle regioni italiane, sia sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità, in applicazione dell'art. 5 del Protocollo sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al sistema dei trattati UE<sup>55</sup>.

È necessario premettere che il principio di sussidiarietà, enunciato dall'art. 5 del TUE, è lo strumento che garantisce il corretto esercizio delle competenze attribuite all'Unione e agli Stati membri, stabilendo, in particolare, che “nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”.

Oltre al già citato art. 5 TUE, all'art. 24 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 (che sancisce la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome alle decisioni relative alla formazione di atti normativi dell'Unione europea) e all'art. 12 del TUE (che riconosce il contributo dei Parlamenti nazionali al buon funzionamento dell'Unione), nello specifico,

<sup>55</sup> Art. 5 del Protocollo sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato ai trattati UE: “I progetti di atti legislativi sono motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Ogni progetto di atto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Tale scheda dovrebbe fornire elementi che consentano di valutarne l'impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una direttiva, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale. Le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima sono confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi. I progetti di atti legislativi tengono conto della necessità che gli oneri, siano essi finanziari o amministrativi, che ricadono sull'Unione, sui governi nazionali, sugli enti regionali o locali, sugli operatori economici e sui cittadini siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire”.

nella risoluzione delle Marche veniva in rilievo il Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità che disciplina la procedura di “*early warning*”, in base alla quale le istituzioni dell'Unione europea trasmettono una proposta di atto normativo da esse adottata ai Parlamenti nazionali, in modo tale che questi possano valutare, nel termine di otto settimane, se la proposta medesima è conforme al principio di sussidiarietà. L'art. 6 del citato Protocollo, in particolare, prevede espressamente il coinvolgimento dei Parlamenti regionali con poteri legislativi da parte dei Parlamenti nazionali nell'ambito della procedura di verifica del rispetto del principio di sussidiarietà.

Per quanto riguarda il rispetto dei principi enunciati nel Protocollo 2, nella risoluzione delle Regione, il principio di sussidiarietà appariva rispettato. Specificamente, si riteneva corretta la base giuridica, vale a dire l'art. 192, par. 1, TFUE, in virtù del quale l'Unione europea può adottare un nuovo atto normativo, attraverso la procedura legislativa ordinaria, per perseguire uno degli obiettivi indicati all'art. 191 TFUE, quando si ritiene che tali obiettivi non possono essere perseguiti meglio a livello di ordinamenti degli Stati membri; tra questi obiettivi figura la “salvaguardia, la tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente”.

Quanto al principio di proporzionalità, alcune delle definizioni contenute nella proposta di direttiva apparivano troppo vaghe<sup>56</sup>, al punto da rivestire, almeno potenzialmente, quel carattere di “manifesta inidonei-

<sup>56</sup> Ci si riferiva, in particolare, all'espressione “riduzione significativa” contenuta nell'art. 4 e a quella di “percentuale significativa” dell'art. 6 della direttiva UE 2019/904. All'art. 4, che disciplina la riduzione del consumo, stabilendo che gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire una “riduzione significativa” del consumo dei prodotti di plastica monouso indicati nella parte A dell'allegato alla direttiva, si osservava che l'espressione in “riduzione significativa” appariva vaga. La stessa obiezione veniva mossa anche nei confronti dell'art. 6, che disciplina i requisiti dei prodotti, specificando che i tappi e i coperchi dei prodotti di plastica monouso elencati nella parte C dell'allegato (si tratta di contenitori per bevande, ossia recipienti usati per contenere liquidi, ad esempio bottiglie per bevande e relativi tappi e coperchi) che contengono una “percentuale significativa” di plastica possono essere immessi sul mercato solo se i tappi e i coperchi restano attaccati al contenitore per la durata dell'uso previsto del prodotto. Anche in questo caso, l'espressione “percentuale significativa” appariva troppo vaga rischiando di compromettere l'efficacia dell'allora proposta di direttiva.

tà” a realizzare, in concreto, gli obiettivi che dovrebbe perseguire, compromettendone così la stessa legittimità<sup>57</sup>. Eventuali difficoltà nell’attuazione delle nuove disposizioni, imputabili ad una imprecisa definizione avrebbero, inoltre, potuto anche pregiudicarne il corretto recepimento.

La risoluzione n. 79 delle Marche mirava ad un rafforzamento del ruolo delle Regioni in materia ambientale e costituiva un significativo esempio di applicazione in concreto del principio di sussidiarietà e di esercizio di *governance* multilivello. La scelta politica ed istituzionale di esaminare la proposta di direttiva europea sulla riduzione dell’incidenza di determinati prodotti di plastica sull’ambiente si inseriva, infine, nel contesto delle proposte del programma di lavoro della Commissione europea per il 2018 che concorre all’attuazione della strategia europea sull’economia circolare, alla quale l’Assemblea legislativa marchigiana aveva già deciso di riservare una attenzione particolare.

## 5. Conclusioni

L’intera cura degli interessi legati all’ambiente, quale valore fondamentale (e materia), mostra come ne sia avvertita la trasversalità e come indispensabili per l’intero impianto costituzionale siano i principi di sussidiarietà e di collaborazione tra i diversi livelli di governo. Il riparto delle competenze in materia ambientale tra Stato e Regioni non può essere considerato in termini di rigida separazione di funzioni, ma si presta piuttosto ad essere inquadrato nell’ambito di una necessaria differenziazione ed identificazione degli attori, dell’intensità e della misura dell’azione, tesa all’integrazione e al coordinamento di ruoli e funzioni in vista della maggiore adeguatezza dell’intervento<sup>58</sup>.

Come già visto, dopo la riforma de titolo V della Costituzione, all’art. 117, la materia ambiente viene “divisa” secondo due profili, pur funzionalmente connessi: se da una parte si riserva allo Stato ogni competenza legislativa esclusiva nel settore della “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”, dall’altra si fa rientrare nell’ambito delle mate-

<sup>57</sup> Corte di Giustizia UE, Sentenza del 18 giugno 2015, causa C-508/13.

<sup>58</sup> A. SCAPERROTTA, *Il riparto di competenze per la tutela dell’ambiente: il principio di sussidiarietà*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it), 27 giugno 2017.

rie di competenza concorrente la “valorizzazione dei beni culturali ed ambientali”, in merito alla quale lo Stato può meramente determinare “i principi fondamentali della materia”. L’art. 116 Cost., che espressamente introduce un possibile modello di “federalismo differenziato”, prevede, fra l’altro, che la suddetta tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali possa essere una della tre materie, fra quelle riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, relativamente alla quale, a conclusione del procedimento aggravato che la norma stessa disciplina, possano essere attribuite ad una Regione “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia”. Si deve ancora una volta ricordare che la Corte costituzionale ha da subito affermato che la tutela dell’ambiente è più un “valore” che una materia oppure, più di recente, che essa è materia e valore. Da ciò, il giudice costituzionale fa coerentemente discendere la conclusione per cui le competenze in campo ambientale sarebbero riferibili, trasversalmente, a tutti i soggetti del sistema multilivello, anche in considerazione del fatto che “le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni dell’Unione nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile” (e dunque anche delle politiche degli Stati membri). Da ultimo, anche l’art. 118 Cost., che sancisce il principio di sussidiarietà verticale, gioca un ruolo fondamentale nei processi di potenziale ristrutturazione della trama complessiva delle relazioni Stato/Regioni, secondo quanto si ricava dalla giurisprudenza costituzionale, nel senso che una diversa allocazione delle potestà amministrative, oltre la dimensione “minima” del Comune, e quindi presso altri soggetti (ad esempio in capo alla Regione) comporta, quasi per un effetto di trascinamento automatico, anche il passaggio, del tutto conseguente, presso questo stesso soggetto, del potere legislativo e/o normativo. Se, quindi, la protezione dell’ambiente è un valore ed una materia, allora la riserva di competenza legislativa esclusiva prevista in favore dello Stato non deve essere intesa in modo assoluto, poiché, in quanto valore/materia, anche gli altri soggetti del sistema multilivello, e quindi in primo luogo le Regioni, sono chiamati ad operare in funzione del raggiungimento di risultati e di obiettivi di valore quanto più elevati possibili<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> R. FERRARA, *La differenziazione possibile nella materia ambiente*, in *Rivista Quadrimestrale di scienze dell’Amministrazione*, 2019.

Guardando alla prassi delle Province autonome molto attive in materia di ambiente, si desume che, pur in assenza di una competenza formale all'interno dello Statuto, le stesse hanno ampiamente legiferato su questioni quali la tutela delle acque dall'inquinamento, la conservazione della biodiversità tramite l'istituzione di parchi, la protezione del suolo e i limiti alle emissioni nell'aria. Per quanto riguarda le Regioni, l'Emilia Romagna, la Lombardia e il Veneto hanno chiesto, ai sensi dell'art. 116 c. 3 Cost. di attuare il cd. "regionalismo differenziato" in materia di ambiente.

Ma lo Stato è disposto a cedere delle competenze legislative in materia di ambiente alle Regioni che lo richiedano? E cosa rischia lo Stato in termini di unitarietà della tutela ambientale e tempestiva attuazione degli *standard* europei? Se, infatti, in alcuni settori quali la tutela delle acque, alcune Regioni si sono mostrate più sollecite nell'attuare la normativa europea, resta comunque il problema di assicurarsi che i beni e i problemi ambientali vengano trattati in prospettiva ecosistemica e unitaria a livello nazionale. In effetti, assicurare un elevato livello di tutela non è solo un'esigenza statale ma un principio di diritto europeo. D'altra parte, la tutela effettiva dei beni ambientali passa tante volte attraverso specifiche normative che disciplinano settori di intervento materiali più circoscritti, quali acque, rifiuti, suolo, energia che, inevitabilmente, si intrecciano con interessi, problematiche e competenze regionali, provinciali e locali. Da questo punto di vista, la tutela dell'ambiente si presenta necessariamente nella sua dimensione multilivello ed è pertanto conveniente che le Regioni ne disciplinino alcuni aspetti, anche per garantirne una migliore realizzazione<sup>60</sup>.

Come già detto, la giurisprudenza costituzionale sull'ambiente ha il grande merito di aver precisato alcuni concetti fondamentali, rilevanti sia sul piano generale, sia sul piano della tutela dell'ambiente.

Sul piano generale, si è precisato che non esistono "materie-valore", "materie-fine", "materie trasversali", "materie non in senso stretto", o semplicemente "compiti"; né esistono "intrecci inestricabili di competenze" o "incroci di materie" che giustifichino il ricorso al "principio di prevalenza".

<sup>60</sup> F. CITTADINO, *Competenza in materia di ambiente, perché tutte le Regioni la vogliono?*, in *lacostituzione.info*, 1 dicembre 2018.

Sul piano della tutela ambientale si può, infine, ricordare quanto segue: la materia dell'ambiente ha un valore allo stesso tempo oggettivistico e finalistico; l'ambiente è un bene materiale; la competenza dello Stato in materia di tutela ambientale ha carattere "esclusivo" (e, quindi, le competenze regionali non possono avere come fine anche la tutela dell'ambiente); il giudice costituzionale, nell'esaminare le leggi statali, non deve ricercare "materie prevalenti", ma deve solo indagare la *ratio* della disposizione e verificare se vengono in gioco anche competenze regionali, nel qual caso è necessario che lo Stato abbia previsto una intesa con le Regioni; la tutela dello Stato non può essere ridotta a "standard minimi" di tutela validi per tutto il territorio nazionale, ma deve prevedere una tutela dell'ambiente "adeguata e non riducibile", mentre le Regioni, nell'esercizio delle loro competenze, possono adeguarsi a livelli di tutela ambientale anche più elevate e rigorose. Queste le innovazioni apportate giurisprudenza costituzionale in materia ambientale che, se da un lato hanno restituito allo Stato la sua competenza piena ed esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, dall'altro hanno "esaltato" le competenze regionali, in quanto oggi le Regioni, piuttosto che inseguire una loro improbabile competenza "integrativa" in materia di tutela dell'ambiente, possono svolgere le proprie competenze attenendosi anche a livelli di tutela ambientale più elevati, mentre è stato posto in discussione, per il caso di "concorso di materie", il cosiddetto "principio di prevalenza", che sottrae loro l'esercizio di importanti funzioni<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> P. MADDALENA, *op. cit.*

*Abstract*

*European Union's environmental policy – Art. 9 Italian Constitution  
Art. 117 and 118 Italian Constitution – Reform of Title 5 of the Italian Constitution  
State-regional competence in environmental matters*

*First of all, the paper analyses the European model of environmental policy and the legal basis for reference. After highlighting the importance of Art. 9 of the Italian Constitution, Articles 117 and 118 of the Constitution are examined before and after the 2001 amendment of Title 5 Cost., and their impact on the division of state-regional competences in environmental matters. Finally, the work analyses the initiative of the Marche Region, which requests, for the proposal for a European Directive on the reduction of the impact of certain plastic products on the environment, to be examined.*



## Energia da fonti rinnovabili e paesaggio: cosa dice la legge e cosa il buonsenso

CATERINA ALESSIA DIBITONTO\*

Secondo la Convenzione europea sul paesaggio, adottata a Firenze il 20 ottobre 2000 e resa esecutiva in Italia con L. 9 gennaio 2006, n. 14, il “Paesaggio designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni” (art. 1).

Il paesaggio è dunque crocevia di più attori in relazione tra di loro: natura e popolazione. La natura che parla alle persone che l’abitano, che vive anche attraverso queste.

Ciò determina la destinazione d’uso del territorio che l’uomo pensa sia funzionale alla sua permanenza sul territorio. La *ratio* è indirizzata ad una migliore sopravvivenza, prima che essere etica: demandata al libero arbitrio dell’uomo, se non fosse invece guidata da normative di settore che negli ultimi dieci anni hanno preservato la bellezza della natura e dunque funzionale a chi la gode ossia l’uomo.

Un’importante normativa di settore ha riguardato il Piano Paesaggistico Territoriale (PPTR) e persegue le finalità di tutela e valorizzazione, nonché di recupero e riqualificazione dei paesaggi di Puglia, in attuazione dell’art. 1 della L.R. 7 ottobre 2009, n. 20, “Norme per la pianificazione paesaggistica” e del D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, “Codice dei beni culturali e del paesaggio” e successive modifiche e integrazioni (di seguito denominato Codice), nonché in coerenza con le attribuzioni di cui all’art. 117 della Costituzione e conformemente ai principi di cui all’art. 9 della Costituzione e della sopra richiamata Convenzione europea sul paesaggio.

\* Avvocata, Ordine di Milano.

Il PPTR persegue, in particolare, la promozione e la realizzazione di uno sviluppo socio-economico auto-sostenibile e durevole e di un uso consapevole del territorio regionale, anche attraverso la conservazione ed il recupero degli aspetti e dei caratteri peculiari dell'identità sociale, culturale e ambientale, la tutela della biodiversità, la realizzazione di nuovi valori paesaggistici integrati, coerenti e rispondenti a criteri di qualità e sostenibilità.

Il tema del contrasto tra fotovoltaico e tutela del paesaggio è sempre attuale, e non solo in quelle regioni dove l'agricoltura conta molto. È paradossale che per attivare il risparmio energetico si vadano a occupare degli spazi destinati alle produzioni agricole; e dire che l'industria agro-alimentare è uno dei pochi settori anticongiunturali che crescono durante le crisi economiche.

La legge della Regione Puglia n. 34/2019 enuncia che la regione, in armonia con la legislazione comunitaria, statale e regionale in materia di tutela dell'ambiente, della salute e della qualità della vita della popolazione, sostiene e promuove la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile per:

- a) contribuire alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra;
- b) ridurre la dipendenza dai combustibili fossili;
- c) favorire un'economia basata sulla chiusura dei cicli produttivi, efficiente, resiliente e sostenibile.

Conviene partire dalla Costituzione - in una babele di posizioni economiche, politiche e scientifiche - che all'art. 9 recita "La Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione".

La Convenzione europea sul paesaggio prevede che essa "concerne sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali sia i paesaggi della vita quotidiana sia i paesaggi degradati" (art. 2).

L'enunciazione di questi principi passa attraverso una attuazione per mezzo di normative che lo Stato e le Regioni adottano. Abbiamo analisi di noti paesaggisti che riguardano Lombardia, Liguria, Toscana e Puglia, che cercano di coniugare al meglio la necessità di fare ricorso a fonti energetiche rinnovabili attraverso un utilizzo del territorio consapevole e rispettoso dei caratteri paesaggistici, di biodiversità e di specificità architettoniche locali e che mirano al contempo a preservare lo svolgimento di attività agricole tipiche.

Dunque, alla necessità di avvalersi di fonti energetiche meno inqui-

nanti e più rispettose dell'ambiente, viene associata una attenta cura nella individuazione delle aree dove la collocazione degli impianti andrà esclusa in virtù del loro preminente valore paesaggistico.

Uno studio del 2010 dell'architetto e paesaggista Giorgio Skoff sulla Regione Puglia evidenzia come questa sia la Regione – dopo la Lombardia – con il valore più alto di produzione di energia da fonti rinnovabili. Con un Regolamento dello stesso anno (il n. 24) erano già state approvate le Linee Guida Regionali per le energie rinnovabili e l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, introducendo l'autorizzazione unica per la installazione di nuovi impianti. Questo Regolamento individua tutte le aree soggette a vincolo ove non è possibile installare impianti: parchi, riserve, siti UNESCO, beni culturali, immobili e aree dichiarate di notevole interesse pubblico, territori costieri, laghi, fiumi, boschi, zone archeologiche. Per merito di questo Regolamento si snelliscono in Puglia le procedure per l'installazione di questi impianti, ma con una maggiore tutela di ambiente, territorio e agricoltura e senza compromettere lo sviluppo.

Il provvedimento regionale aveva anche esteso la disciplina di protezione delle aree agricole interessate da produzioni agroalimentari di qualità (marchi DOP, DOC, IGT, IGP e altri) e per i coni visuali (ad esempio le vedute panoramiche Castel del Monte, il Castello di Lucera, Vieste, Minervino Murge, il sito di Egnazia a Fasano, Ostuni e la sua strada panoramica, Alberobello e la strada provinciale dei Trulli, Locorotondo e il suo belvedere, le gravine di Laterza e di Gravina, Santa Maria di Leuca e il santuario de Finibus Terrae, Porto Selvaggio di Nardò, il Castello di Oria).

Questa vecchia previsione ha aperto la strada a ulteriori interventi correttivi ed all'emanazione del PPTR regionale ed è servita a tutelare le aree pugliesi di maggior pregio e a placare i conflitti tra i caratteri strutturali del paesaggio e la produzione di energia che prima erano stati affrontati con i non adeguati strumenti della generica tutela paesaggistica, dando luogo a polemiche.

Recentemente si è assistito ad una polemica tra la Soprintendenza di Archeologia, Belle Arti e Paesaggio di Verona, Vicenza e Rovigo e Legambiente, che accusa le soprintendenze di negare il via libera agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili come pannelli solari e pale eoliche.

Vero è che manca una pianificazione dall'alto e che le Soprintendenze devono decidere su singoli ambiti territoriali. La pianificazione dovrebbe stabilire regole chiare e fissare criteri a cui attenersi per decidere quali aree possono essere vocate a questi impianti e quali no. Senza una pianificazione, si assiste a veti sulla realizzazione di impianti e le Soprintendenze sono chiamate a esprimersi su singoli progetti legati ad aree scelte da altri.

Anche chi fa impresa e non ha sicurezza del suo investimento.

Le Regioni non hanno la forza strategica di intervenire su queste tematiche. Molti dei loro piani paesaggistici si sono bloccati e hanno perso lo slancio di una vera pianificazione urbanistica. La modalità efficace potrebbe essere stabilire una pianificazione nazionale che fissi regole a cui attenersi, definendo le aree da prendere in considerazione e quelle da escludere.

La questione del rapporto tra fotovoltaico e paesaggio ha suscitato nei decenni passati polemiche e cause legali decise dai Tribunali Amministrativi Regionali; fino a quando una importante sentenza del Consiglio di Stato all'inizio del 2017 ha definito alcune limitazioni imposte al fotovoltaico dalle Soprintendenze come "sproporzionate" e "illogiche", anche alla luce dell'esigenza riconosciuta dalla legge di incentivare il più possibile la produzione di energia mediante fonti rinnovabili e di agevolare le soluzioni di risparmio energetico.

Si è aperta finalmente la strada per la sostenibilità ambientale che cerca di contemperare il benessere della popolazione in una natura tutelata e l'uso di una energia pulita di cui l'uomo può beneficiare.

*Abstract*

*Energy from renewable sources and landscape:  
what law says and what common sense does*

*The paper analyzes the complex evolution of the scenario of the regional regulation on land uses and the European Convention on landscape, with emphasis on the Region Puglia, focusing on the balancing of environmental sustainability and the use of clean energy.*

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 settembre 2021  
dalla Vulcanica srl - Nola (NA)

