

Respectfully, I dissent.

Prime note su *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.**

Giorgio Grasso**

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. I fatti che hanno dato origine alla vicenda. – 3. L'*opinion* di maggioranza della Corte. – 4. La *concurring opinion* di Gorsuch (e Alito). – 5. La *dissenting opinion* di Kagan (Breyer e Sotomayor). – 6. *Climate change*, costituzionalismo globale, democrazia: quando Karlsruhe chiama e Washington non risponde.

1. Rilievi introduttivi

Con la decisione in commento¹, assunta come numerose altre pronunce del *term* in corso con la maggioranza di sei a tre, la Corte suprema ha annullato la sentenza della Corte d'Appello del *District of Columbia Circuit* (con il rinvio dei casi per ulteriori procedimenti coerenti con l'*opinion* approvata), che aveva annullato l'abrogazione del *Clean Power Plan* (da ora anche CPP) da parte dell'*Environmental Protection Agency* (d'ora innanzi anche EPA) e insieme aveva annullato la norma sostitutiva del medesimo *Clean Power Plan*, l'*Affordable Clean Energy* (da ora anche ACE), a sua volta emanata dall'EPA.

Siamo, dunque, nel contesto della normativa statunitense in tema di cambiamento climatico – nel quale non è la prima volta che la Corte suprema interviene in modo assai rilevante, basti il rimando a *Massachusetts v. EPA* del 2007, richiamata più volte nella sentenza

* Contributo sottoposto al referaggio della Direzione della Rivista.

** Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli Studi dell'Insubria, giorgio.grasso@uninsubria.it.

¹ Reperibile al sito Internet della Corte suprema: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_new_1537.pdf. Per un primo commento, a caldo, v. <https://www.scotusblog.com/2022/07/climate-change-at-the-supreme-court/>, nonché L. PERONA, *La Corte Suprema si pronuncia sulla Clean Power Plan Rule: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, anticipazione di *DPCE Online*, 2022, n. 3, 15 luglio 2022.

in esame² –, e in particolare nell’ambito delle misure, approvate nel 2015 dall’EPA con l’adozione del *Clean Power Plan*, riguardanti le emissioni di anidride carbonica dalle centrali elettriche esistenti alimentate a carbone e a gas naturale. A far da sfondo alla pronuncia, stanno tre successive amministrazioni presidenziali (Obama, Trump e Biden), che hanno indirizzato diversamente il modo di procedere dell’agenzia amministrativa in questo campo, e tre differenti decisioni giurisprudenziali che sono via via sopravvenute, una della medesima Corte suprema di sospensione nel febbraio del 2016 del CPP e due della Corte d’appello del *District of Columbia Circuit*, la prima di annullamento dell’abrogazione del *Clean Power Plan* e di rinvio all’EPA per ulteriori considerazioni e di annullamento dell’ACE e ancora di rinvio all’agenzia, la seconda di sospensione dell’annullamento dell’abrogazione del medesimo CPP.

Accanto all’*opinion* di maggioranza espressa dal *Chief Justice* Robert, a nome della Corte, sono poi state formulate la *concurring opinion* del giudice Gorsuch, a cui ha aderito il giudice Alito, e la *dissenting opinion* del giudice Kagan, a cui hanno aderito i giudici Breyer, che era in uscita dalla Corte suprema, in quanto dimissionario al 30 giugno 2022, data della decisione, e Sotomayor. Il titolo delle presenti osservazioni è proprio la frase finale scritta da Kagan nella sua opinione dissenziente: «La Corte nomina sé stessa – invece del Congresso o dell’agenzia esperta – il decisore della politica climatica. I cannot think of many things more frightening. Respectfully, I dissent».

2. I fatti che hanno dato origine alla vicenda

Svolte queste necessarie considerazioni preliminari, pare utile intanto ricostruire sinteticamente i termini della vicenda e il suo complicato *background* sostanziale e processuale. Nell’agosto del 2015, dietro forte impulso della Presidenza Obama³, l’EPA ha emanato il CPP, utilizzando come base normativa la *Section 111(d)* del *Clean Air Act*, la legge federale approvata dal Congresso nel 1970 che regola le emissioni atmosferiche da fonti fisse e mobili, e in particolare la disposizione secondo cui l’EPA determina il limite di emissioni a cui devono conformarsi le fonti di emissione esistenti, come le centrali elettriche, attraverso «l’applicazione del miglior sistema di riduzione delle emissioni che (tenendo conto del costo di realizzazione di tale riduzione e di qualsiasi impatto sulla salute e sull’ambien-

² E oggetto anche di attenzione da parte di studiosi italiani che hanno particolarmente indagato le tematiche ambientali: v. in particolare B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2021, n. 2, p. 287. Vedi inoltre G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/06 e 2006/07*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, n. 5, p. 3807, che non a caso include la pronuncia nella rassegna periodica dedicata alla giurisprudenza della Corte suprema. Anche questa decisione venne approvata a maggioranza, cinque a quattro, ma a favore dell’ala *liberal* della Corte (Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer con lo *swing vote* di Kennedy).

³ Si veda il sito Internet: <https://archive.epa.gov/epa/cleanpowerplan/clean-power-plan-existing-power-plants-regulatory-actions.html>.

te non legato alla qualità dell'aria e dei requisiti energetici) l'Amministratore [ovvero l'EPA stessa] ritenga sia stato adeguatamente dimostrato» (the best system of emission reduction, d'ora innanzi anche BSER: *Section 111(a)*).

Il BSER per gli impianti esistenti a carbone e a gas naturale, secondo il CPP, è costituito da tre diverse misure, definite dall'EPA «building blocks», due delle quali (e qui sta, essenzialmente, la ragione di merito del contendere che ha portato poi alla pronuncia della Corte suprema che si sta commentando) richiedono di realizzare ciò che è definito uno spostamento, un cambio della generazione a livello di rete («generation shifting»), e cioè un trasferimento nella produzione di elettricità, ai fini della riduzione delle emissioni di anidride carbonica, da produttori a più alta emissione a produttori a più bassa emissione e nello specifico dalle centrali elettriche a carbone esistenti alle centrali a gas naturale e dalle centrali elettriche a carbone e a gas alle energie rinnovabili, soprattutto eoliche e solari. La ragionevole quantità di spostamento a favore del gas naturale e delle fonti di energia rinnovabile, indicata dall'EPA («a “reasonable” amount of shift»), che non avrebbe dovuto determinare costi eccessivi né ridurre la fornitura complessiva di energia, prefigurava che entro il 2030 il carbone avrebbe fornito il 27% della produzione nazionale di energia elettrica, contro il 38% del 2014. Tuttavia, a sua volta, il Governo prevedeva che «the rule would impose billions in compliance costs, raise retail electricity prices, require the retirement of dozens of coal plants, and eliminate tens of thousands of jobs».

Il 9 febbraio 2016, con una maggioranza di 5 a 4, la Corte suprema ha sospeso il CPP, impedendo che esso potesse entrare in vigore. Si è trattata di una decisione approvata, per la prima volta nella storia del massimo organo giurisdizionale statunitense, «before an initial review by a federal appeals court» e dopo che la Corte d'appello del *District of Columbia Circuit* aveva respinto, nel gennaio 2016, la richiesta di sospensione del medesimo CPP, presentata da 27 stati dell'Unione e da decine di parti, adottando nel contempo un calendario per la presentazione delle memorie delle parti⁴.

Diventato poi Presidente Donald Trump, il CPP, pur mai entrato in vigore, è stato abrogato. L'EPA, infatti, ha ritenuto che il CPP avesse ecceduto «the Agency's statutory authority under Section 111» e in base alla c.d. dottrina delle grandi questioni («the major question doctrine»), che come vedremo tra poco rappresenta l'elemento decisivo su cui si è fondata l'*opinion* di maggioranza della Corte suprema e anche la *concurring opinion* di Gorsuch, ha affermato che è necessaria una dichiarazione chiara perché un tribunale possa concludere che il Congresso intendeva delegare a un'agenzia amministrativa, l'EPA stessa, il compito di regolamentare un settore fondamentale dell'economia americana. L'EPA non ha trovato tale dichiarazione nel testo della legge e ha sostituito il CPP, approvando, sempre sulla base della *Section 111(d)*, l'ACE, che non contiene più al suo interno meccanismi

⁴ Si veda il sito Internet: <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/environmental-energy/practice/2016/021716-energy-supreme-court-stays-epas-clean-power-plan/>

di *generation shifting*, ma “si accontenta” di stabilire una combinazione di aggiornamenti delle apparecchiature e di pratiche operative capaci di migliorare i tassi di calore degli impianti.

Diversi Stati e parti private hanno presentato ricorso dinanzi alla Corte di Appello del *District of Columbia Circuit*, contro l’abrogazione del CPP e l’emanazione del nuovo ACE, e la Corte d’Appello nel gennaio del 2021 ha annullato sia l’abrogazione del CPP, sia l’ACE *rule*⁵, con rinvio all’EPA «for further consideration».

Con l’elezione di Biden alla Casa Bianca, è stata infine l’EPA stessa a chiedere alla Corte d’appello di sospendere parzialmente «the issuance of its mandate as it pertained to the CPP», preferendo che il CPP non tornasse immediatamente in vigore, in quanto l’agenzia stava valutando se predisporre una diversa regolamentazione. La Corte d’appello ha accolto questa richiesta, sospendendo l’annullamento dell’abrogazione del CPP e le parti private e gli Stati che difendevano l’abrogazione hanno quindi presentato istanza di *certiorari* alla Corte Suprema, dando origine alla pronuncia, oggetto del presente commento, a cui si rivolge ora finalmente la nostra attenzione.

3. L’*opinion* (di maggioranza) della Corte

Il *Chief Justice* Roberts, esprimendo l’*opinion* (di maggioranza) della Corte suprema, pone immediatamente la domanda cruciale che accompagna in realtà tutto lo svolgersi della sentenza, comprese l’opinione concorrente di Gorsuch e l’opinione dissenziente di Kagan, e cioè se la più ampia concezione dell’autorità dell’EPA, manifestata con l’adozione nel 2015 del CPP, rientri nei poteri concessi all’agenzia amministrativa dal *Clean Air Act*.

Dopo aver ripercorso le caratteristiche della disciplina contenuta in questa fonte legislativa, strutturata su tre principali «regulatory programs» per il controllo dell’inquinamento atmosferico da fonti fisse come le centrali elettriche, e dopo aver dato conto del complessivo «regulatory role» dell’EPA e dei suoi poteri, l’*opinion* si sofferma sulla sua *Section* 111(d), che assegna all’agenzia e non agli Stati membri, che pure sono competenti a stabilire le norme effettive che regolano le centrali elettriche esistenti, di decidere la quantità di riduzione dell’inquinamento che deve essere raggiunta. L’*opinion* evidenzia che l’EPA, dal momento in cui esiste il *Clean Air Act* e cioè dal 1970, ha utilizzato solo raramente la *Section* 111(d), considerata ancillare («the ancillary nature of Section 111(d)»), con un cambio di rotta avvenuto però nel 2015. In quell’anno, infatti, l’EPA ha emanato due diverse discipline normative, una per i nuovi impianti ai sensi della *Section* 111(b), l’altra per gli impianti esistenti ai sensi della *Section* 111(d). Entrambe le discipline, afferma l’*opinion*,

⁵ Vedi *American Lung Association et al. v. EPA*, reperibile al sito Internet: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/19-1140/19-1140-2021-01-19.html>.

erano basate sulla constatazione da parte dell’Agenzia che «il biossido di carbonio è un “inquinante atmosferico” che “si può ragionevolmente prevedere possa mettere in pericolo la salute o il benessere pubblico” causando il cambiamento climatico». Si noti che si tratta del primo passaggio in cui Roberts parla di *climate change* e che nell’*opinion* di maggioranza l’espressione ritorna ancora tre volte, mentre non è mai utilizzata da Gorsuch nella *concurring opinion* ed è impiegata cinque volte da Kagan nella *dissenting opinion*.

L’*opinion* esamina poi l’approccio del CPP nella definizione del BSER per le centrali elettriche a carbone esistenti, basato in particolare sul già ricordato passaggio della produzione di energia elettrica a favore di centrali a gas naturale e dalle centrali a carbone e a gas a fonti a basso o nullo contenuto di carbonio, principalmente eoliche e solari, così da garantire la produzione di energia pulita, con una consistente riduzione di emissioni in grado, nelle parole dell’EPA, «to adress climate change».

Fatta la storia del CPP (ripresa in particolare anche nel paragrafo 2 di questo commento) e respinta una contestazione da parte del Governo sulla legittimazione ad agire dei ricorrenti, che avrebbe reso il caso non giustiziabile, l’*opinion* affronta il merito, tutto incentrato, si diceva, sulla verifica dell’ampiezza dei poteri effettivamente assegnati all’EPA da parte del Congresso, anche con il costante richiamo di significativi precedenti. «Extraordinary grants of regulatory authority – afferma l’*opinion*, proprio con un rimando a una decisione passata – are rarely accomplished through “modest words”, “vague terms”, or “subtle device[s]”, aggiungendo, questa volta con una citazione di dottrina statunitense, «Agencies have only those powers given to them by Congress, and “enabling legislation” is generally not an “open book to which the agency [may] add pages and change the plot line”». In mancanza di una chiara autorizzazione del Congresso, quindi, la Corte suprema non può che essere riluttante a leggere in un testo normativo ambiguo di una legge federale la delega che si sostiene vi si annidi.

È la dottrina delle grandi questioni a supportare il ragionamento della Corte suprema, rispetto alla pretesa dell’EPA «to discover in a long-extant statute an unheralded power” representing a “transformative expansion in [its] regulatory authority”, che ha permesso all’agenzia di adottare una regolamentazione che il Congresso aveva rifiutato in modo evidente e ripetuto di approvare, elaborando un limite basato su un sistema che avrebbe ridotto l’inquinamento semplicemente spostando l’attività inquinante da fonti più sporche a fonti più pulite. L’EPA, secondo l’*opinion*, ha fatto propria un’inedita valutazione politica («policy judgment»), «that it would be “best” if coal made up a much smaller share of national electricity generation» e che potrebbe, in futuro, spingersi ancora oltre, sino a costringere gli impianti a carbone a spostare integralmente la loro produzione, cessando altrimenti la produzione di energia elettrica.

Di fronte all’entità di quello che viene definito un potere senza precedenti sull’industria americana, che pure il Governo cercherebbe di minimizzare, l’*opinion* di maggioranza è netta: «There is little reason to think Congress assigned such decisions to the Agency» ed è, conseguentemente, altamente improbabile che il Congresso lasci alla discrezione dell’EPA la decisione sulla quantità di generazione a carbone nei prossimi decenni. Quel Congresso che, come appena ricordato, molto tempo dopo che i pericoli posti dalle emissioni di gas

serra erano diventati ben noti, aveva preso in considerazione e sempre respinto tutte le proposte di modifica del *Clean Air Act*, che fossero andate nella direzione presa dal CPP, compresa la misura molto simile di una tassa sul carbone. L'affermazione dell'EPA, per la quale la *Section 111(d)* del *Clean Air Act* conferirebbe all'agenzia il potere di elaborare tetti alle emissioni di carbonio, basato sul passaggio generazionale, lascia piuttosto scettica la Corte suprema, e per superare questo scetticismo «the Government must – under the major questions doctrine – point to “clear congressional authorization” to regulate in that manner». Ma il Governo, secondo la Corte, non è riuscito a dimostrare che nel *Clean Air Act* vi sia questa evidente autorizzazione, richiesta da tutti i precedenti giurisprudenziali in questo ambito, ma soltanto un «vague statutory grant», e di fronte alla questione interpretativa se il BSER, identificato dall'EPA nel CPP, «was within the authority granted to the Agency in Section 111(d) of the Clean Air Act», la risposta è seccamente negativa e il dispositivo porta ad annullare la sentenza della Corte d'Appello del *District of Columbia Circuit* e a stabilire che «the cases are remanded for further proceedings consistent with this opinion». Solo nell'ultimo passaggio dell'*opinion* vi è una piccola apertura alle gravissime conseguenze che l'inquinamento da anidride carbonica provoca sull'ambiente e sul cambiamento climatico, pure non citati espressamente: «Capping carbon dioxide emissions at a level that will force a nationwide transition away from the use of coal to generate electricity may be a sensible “solution to the crisis of the day”», una soluzione ragionevole, sensata, a quella che però non è, purtroppo, una crisi del momento, come sostiene la Corte suprema, quanto una crisi che sta diventando un tutt'uno con la storia e il futuro dell'umanità intera. Tuttavia, «it is not plausible that Congress gave EPA the authority to adopt on its own such a regulatory scheme in Section 111(d). A decision of such magnitude and consequence rests with Congress itself, or an agency acting pursuant to a clear delegation from that representative body». L'*opinion* della Corte, cioè, finisce per utilizzare l'elemento democratico, la necessaria decisione del Congresso, l'organo della rappresentanza politica-parlamentare, per contrastare quel più efficace tentativo di affrontare le sfide del cambiamento climatico, che il CPP comportava (ma sul punto vedi anche il paragrafo conclusivo di questo commento).

4. La *concurring opinion* di Gorsuch (e Alito)

La *concurring opinion* di Gorsuch, a cui ha aderito Alito, corrobora l'opinione di maggioranza proprio rispetto alla definizione della dottrina delle grandi questioni evocata dalla Corte suprema. Citando una pronuncia del 1825, scritta dal *Chief Justice* Marshall, l'*opinion* evidenzia che, in base a tale dottrina, «important subjects ... must be entirely regulated by the legislature itself,” even if Congress may leave the Executive “to act under such general provisions to fill up the details”». La teoria così protegge la separazione dei poteri della Costituzione, affidando il potere legislativo federale al Congresso, capace di incarnare un ampio consenso sociale e di tenere conto del contributo delle minoranze, e negandolo, in principio, al potere esecutivo, la cui legislazione rischierebbe di diventare nient'altro

che la volontà del Presidente in carica o, peggio ancora, la volontà di funzionari non eletti che rispondono a malapena a lui. In un mondo del genere, in cui il Congresso cedesse il proprio potere legislativo al ramo esecutivo, «agencies could churn out news laws more or less at whim», sostiene ancora Gorsuch, che cita una prima applicazione di tale regola già in un caso del 1897, concernente la *Interstate Commerce Commission* (ICC), antesignana delle *Independent Regulatory Commissions* statunitensi⁶, e ricorda poi un uso sistematico di tale dottrina in numerose pronunce adottate dalla Corte suprema a partire dal 1970, «with the explosive growth of the administrative state»⁷.

Ma quali sono le *major questions* che le agenzie amministrative possono affrontare soltanto se il Congresso le ha chiaramente autorizzate, senza sfruttare a loro vantaggio, per ampliare il loro potere, «“some gap, ambiguity, or doubtful expression in Congress’s statutes to assume responsibilities far beyond” those the people’s representatives actually conferred on them»? L’*opinion* di Gorsuch, portando a sostegno diverse sentenze della Corte suprema, sottolinea intanto che la dottrina si applica quando un’agenzia si arroga il potere di risolvere «a matter of great “political significance”» o di porre fine a un dibattito serio e profondo in tutto il paese; poi quando l’agenzia cerca di regolamentare una parte significativa dell’economia americana «or require “billions of dollars in spending” by private persons or entities»; ancora quando l’agenzia finisce per intromettersi in un’area che è di competenza specifica del diritto statale, interferendo sul canone del federalismo («un-surprisingly, the major questions doctrine and the federalism canon often travel together», si legge in un passo dell’*opinion*).

Tutti questi fattori, secondo Gorsuch, sono presenti nel caso originato dall’emanazione del CPP da parte dell’EPA, che, rivendicando il potere di costringere le centrali elettriche a carbone e a gas di cessare del tutto la loro attività, tocca certamente «a question everyone can agree is vitally important» e che il Congresso a lungo ha dibattuto, rifiutando «conspicuously and repeatedly» di adottare una legislazione simile al CPP; una questione anche cruciale per l’economia statunitense⁸, visto che il settore dell’energia elettrica «is among the largest

⁶ L’ICC sosteneva che il Congresso aveva conferito all’agenzia il potere di fissare i prezzi dei trasporti ferroviari e la Corte rispose che «Congress has transferred such a power to any administrative body is not to be presumed or implied from any doubtful and uncertain language. The words and phrases efficacious to make such a delegation of power are well understood, and have been frequently used, and if Congress had intended to grant such a power to the [agency], it cannot be doubted that it would have used language *open to no misconstruction*, but *clear and direct*» (corsivo aggiunto da Gorsuch).

⁷ Come si legge nella sentenza in commento, la Corte ha applicato la dottrina delle grandi questioni «in “all corners of the administrative state”, whether the issue at hand involved an agency’s asserted power to regulate tobacco products, bandrugs used in physician-assisted suicide, extend Clean Air Act regulations to private homes, impose an eviction moratorium, or enforce a vaccine mandate».

⁸ Come vedremo nel paragrafo che segue anche la *dissenting opinion*, affermando che l’azione contestata dell’agenzia riguarda una delle più grandi sfide del nostro tempo, il cambiamento climatico, evidenzia che il caso tocca una questione di profondo significato economico e politico; ma per l’opinione concorrente questa diventa la ragione per considerare il caso alla luce della dottrina delle *major questions*, mentre per l’opinione dissenziente è il motivo che avrebbe dovuto spingere la Corte suprema a “difendere” la bontà dell’approccio seguito dall’EPA, adottando il CPP.

in the U.S. economy, with links to every other sector», per le pesanti ricadute sull'occupazione, con l'eliminazione di migliaia di posti di lavoro, e sui costi dell'elettricità per i consumatori; una questione, infine, che ha indubbiamente un impatto sul federalismo, «as “the regulation of utilities is one of the most important of the functions traditionally associated with the police power of the States”».

Elencate le diverse ragioni, che renderebbero relativamente facile («relatively easy») applicare al caso del CPP la dottrina delle *major questions*, la *concurring opinion* – in modo un po' più robusto di quanto aveva fatto l'*opinion* di maggioranza – schiude la porta alla disciplina sostanziale del CPP: «None of this is to say the policy the agency seeks to pursue is unwise or should not be pursued», cioè il contenuto prescrittivo del CPP potrebbe anche essere non irragionevole o forse addirittura da perseguire. Tuttavia, «the agency seeks to resolve for itself the sort of question normally reserved for Congress. As a result, we look for clear evidence that the people's representatives in Congress have actually afforded the agency the power it claims». E, qualche pagina appresso, l'*opinion* ribadisce che «the Court does not purport to pass on the wisdom of the agency's course. It acknowledges only that agency officials have sought to resolve a major policy question without clear legislative authorization to do so».

C'è una metafora molto suggestiva, coniata da Antonin Scalia, redigendo a nome della Corte suprema una pronuncia del 2001 (*Whitman v. American Trucking Associations*), riguardante anch'essa i poteri dell'EPA, che ora è ripresa nell'*opinion* scritta da Gorsuch: il Congresso, diceva Scalia, non nasconde elefanti in tane di topi, e neppure le agenzie, sostiene adesso Gorsuch, possono «seek to hide “elephants in mouseholes” (...), or rely on “gap filler” provisions».

Se questo è il criterio orientativo, l'EPA nell'esercitare il suo potere si è basata, secondo l'*opinion* redatta da Gorsuch, su una previsione di legge, la *Section 111(d)*, raramente utilizzata, che è stata approvata con uno scarso dibattito ed è stata caratterizzata come «as an “obscure, never-used section of the law»». Inoltre, manca un consolidamento nel tempo di un'interpretazione estensiva di questa disposizione, che possa influenzare la decisione dei tribunali, e si configura, invece, «a “mismatch” between the EPA's expertise over environmental matters and the agency's claim that “Congress implicitly tasked it, and it alone, with balancing the many vital considerations of national policy implicated in deciding how Americans will get their energy”», che determina un notevole scetticismo rispetto alla possibilità dell'EPA di essere effettivamente autorizzata a impegnarsi nell'approccio del trasferimento generazionale dalle centrali elettriche a carbone e a gas agli impianti basati su energie pulite.

«Congress seems slow to solve problems» – conclude Gorsuch –, «it may be only natural that those in the Executive Branch might seek to take matters into their own hands. But the Constitution does not authorize agencies to use pen-and-phone regulations as substitutes

for laws passed by the people's representatives». E con questa stoccata finale al Presidente Obama⁹, l'opinione concorrente concorda con l'opinione di maggioranza della Corte.

5. La *dissenting opinion* di Kagan (Breyer e Sotomayor)

È nella lunga *dissenting opinion* di Kagan, cui hanno aderito Breyer e Sotomayor, che emerge, finalmente, quello che potremmo definire il profilo strettamente ambientalistico, seppure solo di minoranza, della Corte suprema.

L'esordio dell'opinione è davvero *tranchant*: «Today, the Court strips the Environmental Protection Agency (EPA) of the power Congress gave it to respond to “the most pressing environmental challenge of our time”», con un rinvio a quanto affermato in *Massachusetts v. EPA*.

Richiamando l'ultimo *report* dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)¹⁰ e altri documenti nazionali, l'*opinione* dà conto delle cause del cambiamento climatico e delle gravissime conseguenze e dei pericoli che esso comporta, per poi affermare che il Congresso ha incaricato l'EPA, attraverso la *Section* 111, di affrontare questi danni potenzialmente catastrofici, anche attraverso la regolamentazione delle centrali elettriche a combustibili fossili.

«EPA thus serves as the Nation's “primary regulator of greenhouse gas emissions”», dice l'*opinione*, e tra le entità più importanti che l'agenzia regola vi sono le centrali elettriche alimentate a combustibili fossili (principalmente carbone e gas naturale), responsabili di circa un quarto delle emissioni di gas serra degli Stati Uniti. La riduzione della produzione di queste emissioni «is a necessary part of any effective approach for addressing climate change».

In questa cornice, l'*opinione* racconta le ragioni che hanno spinto l'EPA ad emanare il CPP e tutto il percorso politico e processuale che ha portato alla sentenza in commento, evidenziando in particolare l'opposizione della Corte suprema agli sforzi compiuti dall'EPA, anche con la sospensione del CPP, avvenuta con un'azione senza precedenti; come già ricordato, infatti, non era mai accaduto che «the Court stayed a regulation then under review in the lower courts». Anche la circostanza che la Corte, con la decisione in commento, non negando il *certiorari*, abbia deciso di pronunciarsi comunque sulla legalità di una disciplina normativa, ormai obsoleta, che la stessa amministrazione Biden stava pensando di modificare, è contestata dall'opinione dissenziente, sostenendo che la Corte «today issues what is really an advisory opinion on the proper scope of the new rule EPA is considering».

⁹ Per l'attribuzione di questa frase al Presidente Obama, vedi B.C.S. WATSON, *The Pen, the Phone – and the Constitution*, in <https://lawliberty.org/the-pen-the-phone-and-the-constitution/>.

¹⁰ Si noti che i *reports* di questo organismo sono massicciamente impiegati (anche) nella sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, di cui si parlerà nell'ultimo paragrafo di questo lavoro.

Entrando nel merito l'*opinion* interpreta la *Section* 111(d) del *Clean Air Act* agli antipodi di quanto affermato dalla maggioranza della Corte: tale disposizione, infatti, inserita all'interno di un testo legislativo che, come sostenuto dal Congresso, ha l'obiettivo di accelerare, espandere e intensificare la guerra contro l'inquinamento atmosferico in tutte le sue forme, non è «an ancillary provision» e neppure «a statutory “backwater”», quanto una disposizione finalizzata a garantire che il *Clean Air Act* raggiunga un controllo globale dell'inquinamento atmosferico. Il termine sistema, su cui si costruisce l'espressione BSER, non è vago, poco chiaro, ambiguo, nebuloso, come pensa la maggioranza della Corte, di fronte a quello che viene definito lo spauracchio della regolamentazione ambientale («the bogeyman of environmental regulation»), ma di ampio respiro, completo, esteso e capace di conseguenza di includere il trasferimento, lo spostamento di generazione da fonti maggiormente inquinanti a fonti più pulite, disciplinato nel CPP. Se per l'*opinion* di maggioranza il CPP si è spinto troppo oltre, rispetto a quanto indicato dal Congresso nella *Section* 111, secondo il *dissent* la maggioranza ha proprio ignorato il testo di questa legge, che in realtà avrebbe concesso all'EPA una certa discrezionalità («agency discretion»), mediante l'uso di un linguaggio espansivo in grado di autorizzare l'azione dell'agenzia e di vincolare l'autorità giudiziaria. Il Congresso sapeva, citando ancora *Massachusetts v. EPA*, che, «without regulatory flexibility, changing circumstances and scientific developments would soon render the Clean Air Act obsolete».

La dottrina delle *major questions*, già più volte citata e utilizzata nell'*opinion* di maggioranza e in quella concorrente, per affermare che il CPP era stato emanato in mancanza di una chiara delega da parte del Congresso, sembra addirittura essere contestata nella sua esistenza: «The Court has never even used the term “major questions doctrine” before», rileva Kagan. E ancora un altro passaggio recita: la maggioranza della Corte annuncia l'arrivo della dottrina delle grandi questioni, «which replaces normal text-in-context statutory interpretation with some tougher-to-satisfy set of rules». È quindi soprattutto un problema interpretativo, su come le parole di una legge federale devono essere lette nel loro contesto e in vista della loro collocazione nello schema generale della legge medesima, a dividere l'*opinion* della Corte e la *dissenting opinion*, pur partendo dallo stesso precedente giurisprudenziale, la sentenza *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corporation* del 2000, ben presente anche alla dottrina italiana più avvertita che ha studiato il tema della *judicial deference*, dal caso *Chevron* in poi¹¹. In quella pronuncia, la Corte suprema chiamata a decidere se la *Food Drug Administration* (FDA) avesse o meno il potere di regolamentare anche i prodotti del tabacco e non solo i medicinali e i dispositivi medici, disse che «In extraordinary cases there may be reason to hesitate before concluding that Congress has intended such an implicit delegation». Ma, appunto, a differenza di altri casi ricordati

¹¹ Si veda G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte suprema del dopo Scalia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, n. 2, pp. 517 ss. e 519.

nell'*opinion*, in cui la Corte suprema aveva sollevato un sopracciglio («raised an eyebrow») su una qualche anomalia nell'esercizio del potere di una particolare agenzia, rispetto al contenuto della legge di delega del Congresso, per Kagan, Breyer e Sotomayor, «The Court today faces no such singular assertion of agency power» e «nothing in the Clean Air Act (or, for that matter, any other statute) conflicts with EPA's reading of Section 111». La maggioranza della Corte, aggiunge, infine la *dissenting opinion* non dimostra in alcun modo che il CPP sia in contrasto con il disegno del Congresso o lo metta in pericolo, come pure è sbagliato affermare che l'EPA stia operando al di fuori della sua sfera di competenza.

Il *dissent* controbatte ulteriormente l'*opinion* di maggioranza, fornendo altre interessanti ragioni e potenziali elementi di discussione, di cui non è possibile, però, dare conto nell'economia di queste prime osservazioni di commento. Tuttavia, alcuni spunti finali meritano comunque di essere menzionati. Scrive in primo luogo Kagan: «search high and low, nothing in current law conflicts with, or otherwise casts doubt on, the Clean Power Plan», eppure la Corte, ben diversamente da quanto deciso da un'altra Corte («But that Court was not this Court»), nella citata pronuncia *Massachusetts v. EPA*, riconoscendo, anzi ordinando¹², all'EPA il potere di regolamentare il biossido di carbonio, finisce per privare questa volta l'agenzia dell'autorità che il Congresso le ha dato nella *Section 111(d)*, per rispondere allo stesso pericolo ambientale. Ancora, nella penna della giudice liberal, a proposito del *textualism*, si legge: «Some years ago, I remarked that “[w]e’re all textualists now (...) It seems I was wrong. The current Court is textualist only when being so suits it. When that method would frustrate broader goals, special canons like the “major questions doctrine” magically appear as getout-of-text-free cards». Ciò è accaduto proprio con la decisione che si commenta, nella quale l'opinione di maggioranza e quella concorrente hanno impedito all'EPA di svolgere un lavoro importante, benché fosse quello che il Congresso aveva ordinato. Cercando di spiegare poi i motivi che spingono il Congresso a delegare tutta una serie di poteri, anche su questioni politiche importanti, Kagan sottolinea giustamente che i membri del Congresso spesso non sanno abbastanza e fanno di non sapere abbastanza, «to regulate sensibly on an issue». Di conseguenza è normale che si affidino a persone con maggiore competenza ed esperienza, specie dal punto di vista tecnico e scientifico, e queste si trovano nelle agenzie amministrative, come nel caso dell'EPA. «Congress knows that systems of emission reduction lie not in its own but in EPA's “unique expertise”, tanto più di fronte all'evoluzione tecnologica per cui il BSER di oggi non è quello di ieri e sarà sicuramente diverso da quello di domani. Infine, il ruolo giocato dalla Corte suprema, di fronte alle deleghe di poteri alle agenzie amministrative, che hanno saputo recepire rego-

¹² Come evidenziato da G.F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/06 e 2006/07*, cit., p. 3807, la sentenza «ordina ad una delle più importanti agenzie federali un *facere* specifico nell'ambito del *rule making*, di fatto ingiungendole di adottare una *regulation* adeguata», e svolge «un ruolo di supplenza anche nello scenario globale, nel quale l'Amministrazione Bush ha mantenuto sin qui [eravamo nel 2007] un atteggiamento cauto ed astensionistico, di fatto negando la rilevanza del rapporto tra inquinamento e fattori climatici».

la per regola le linee politiche del Congresso. Kagan è netta: «This Court has historically known enough not to get in the way» e citando, come Gorsuch, ma con un'altra finalità, alcune frasi di Scalia, evidenzia l'inevitabilità delle deleghe da parte del Congresso e i limiti che dovrebbe incontrare il controllo giurisdizionale. «Congress knows what mix of legislative and administrative action conduces to good policy. Courts should be modest». Tutto il contrario di come la Corte ha deciso, secondo il *dissent*, nel caso oggetto di questo commento, nonostante la *Section 111(d)*, sulla base della più naturale interpretazione della norma, autorizzi l'EPA a sviluppare il CPP, considerando il cambio di generazione come il BESR per le centrali elettriche che producono anidride carbonica. Così facendo, «the Court substitutes its own ideas about policymaking for Congress's. The Court will not allow the Clean Air Act to work as Congress instructed. The Court, rather than Congress, will decide how much regulation is too much».

L'epilogo del *dissent*, già in parte citato al principio di queste note, è quasi drammatico: la circostanza che l'oggetto della regolamentazione dell'EPA sia il tentativo di ridurre le emissioni da anidride carbonica, principali responsabili del cambiamento climatico e dei suoi gravissimi effetti, rende l'intervento della Corte suprema ancora più preoccupante, scrive Kagan. «Whatever else this Court may know about, it does not have a clue about how to address climate change. And let's say the obvious: The stakes here are high. Yet the Court today prevents congressionally authorized agency action to curb power plants' carbon dioxide emissions. The Court appoints itself – instead of Congress or the expert agency – the decision-maker on climate policy. I cannot think of many things more frightening. Respectfully, I dissent».

6. *Climate change*, costituzionalismo globale, democrazia: quando Karlsruhe chiama e Washington non risponde

Giunto alle conclusioni di queste prime note di commento su *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, restano da abbozzare due brevi linee di riflessione, rivolte in particolare al contesto politico-istituzionale in cui la decisione è maturata, ma anche alla dimensione globale dei problemi posti dal cambiamento climatico e al contributo che le Corti costituzionali (compresa una "Corte costituzionale davvero speciale", come la *Supreme Court* statunitense) possono offrire per rispondere adeguatamente alle terribili sfide climatiche del nostro tempo.

Rispetto al primo profilo, non è facile cogliere quanto la pronuncia sconti la «polarizzazione tutta a favore del fronte conservatore», che oggi caratterizza la Corte suprema, e con essa la rarefazione del pluralismo al suo interno, «con sei giudici su nove di nomina

repubblicana»¹³, omologando quindi ciò che la Corte pensa sul *climate change* a ciò che la Corte pensa sulle armi e sull'aborto, con l'evidente rimando a *New York State Rifle & Pistol Assn., Inc. v. Bruen* e a *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, adottate, con la stessa maggioranza di sei a tre, pochi giorni prima di *West Virginia*¹⁴. O quanto, piuttosto, la decisione debba collocarsi nel solco del più recente approccio degli Stati Uniti alle questioni ambientali, di un Paese che, dopo essersi configurato come una fonte di ispirazione per lo stesso diritto ambientale internazionale, ha iniziato trent'anni fa quella che si è definita «una parabola calante»¹⁵, che ha avuto certamente tra gli aspetti emblematici più critici la mancata ratifica del Protocollo di Kyoto. Con il paradosso che, se in assenza di un'adeguata *regulation* capace di prendere in considerazione il fenomeno del cambiamento climatico, è stata la *litigation* a sopperire positivamente (e di nuovo il contributo statunitense alla diffusione e alla circolazione del modello di *climate change litigation* è risultato decisivo¹⁶), con *West Virginia* è stato il contenzioso giurisdizionale, portato dinanzi alla Corte suprema, a fare da freno alla *regulation* del *Clean Power Plan*, mentre tre lustri fa *Massachussets* aveva dato semmai un'accelerazione.

Rispetto al secondo profilo, è quasi scontato volgere lo sguardo al Tribunale costituzionale federale tedesco, che il 24 marzo del 2021 ha emanato una decisione assai conosciuta¹⁷, con cui ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge sulla protezione del clima (*Klimaschutzgesetz*), varata dal Parlamento tedesco nel 2019.

¹³ Vedi L. TESTA, *La giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti nei Terms 2019-2020 e 2020-2021*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, n. 5, pp. 2419 e 2461.

¹⁴ In base a questo approccio, tutte queste pronunce sarebbero, in particolare, tenute insieme dall'argomento originalista, considerato tuttavia nient'altro «che uno stratagemma retorico-persuasivo funzionale alla realizzazione di un attualissimo programma politico di stampo conservatore, volto a rivedere alcune tra le più importanti conquiste giurisprudenziali in tema di diritti civili»: così ora C. Caruso, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione>, pur senza citare *West Virginia*, quanto le altre due decisioni ricordate nel testo. Ma l'originalismo è in realtà «una dottrina complessa, che include una pluralità di versioni» e, pur finendo per essere assimilato secondo molti studiosi «ad un corollario dell'approccio *conservative*» (così R. BALDUZZI, *Politica e magistratura. Lezioni ad uso degli studenti del corso di diritto pubblico comparato, a.a. 2020/2021*, Milano, Educatt, 2021, pp. 106 e 107), anche dopo la Presidenza Trump non si può ritenere equivalente al conservatorismo (così L. VANONI, *Originalismo e Costituzione: una risposta*, in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione/originalismo-e-costituzione-una-risposta>, che evidenzia come tale teoria «possa abbracciare anche tesi in linea con il pensiero progressista» e liberal). La varietà delle letture originaliste e testualiste rende così incerto individuare in tali prospettive il comune denominatore tra i casi più recenti, decisi dalla Corte suprema, con la maggioranza di sei a tre.

¹⁵ Così B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, cit., p. 282, a cui si rinvia anche per una sintetica, ma efficace, ricostruzione dell'evoluzione della disciplina legislativa in tema di ambiente e di protezione del clima, attraverso le diverse Presidenze che si sono succedute dagli anni Sessanta del Novecento a oggi (vedi 279 ss.).

¹⁶ Vedi ancora B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, cit., 285 ss.

¹⁷ E che ha fornito il terreno per numerosi commenti; ci si limita qui a ricordare, per tutti, J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, in questa *Rivista*, 2022, n. 1, pp. 47 ss. La pronuncia è disponibile, anche nella versione in francese, inglese e spagnolo, al sito Internet del *Bundesverfassungsgericht*: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/FR/2021/03/rs20210324_1bvr265618fr.html.

Senza poter ovviamente tentare una vera e propria comparazione tra il significato complessivo di due pronunce così poderose, anche nel numero di pagine di ciascuna, attraverso un raffronto che richiederebbe da solo la stesura di un *paper* specifico sul tema, è sul rapporto tra Corti, processo democratico e cambiamento climatico che merita compiere un'ultima considerazione. Gorsuch, nella sua *concurring opinion*, in modo ancora più marcato che nell'*opinion* di maggioranza scritta da Roberts, ha in fondo voluto ribadire la «centralità del processo democratico nella legittimazione di qualunque attività che concretizzi l'esercizio di un potere pubblico», con «lo scopo di restituire al Congresso la pienezza del potere legislativo»¹⁸, e così cercando di circoscrivere in realtà quell'uso della penna e del telefono, per riprendere un brano già rammentato, che rafforzerebbe la Presidenza federale e di conseguenza le agenzie amministrative o indipendenti, come era avvenuto con Obama, che aveva una maggioranza del Congresso a lui ostile¹⁹. Kagan, invece, pur ritenendo cruciale il ruolo del Congresso, il solo che conosce quale combinazione di azione legislativa e amministrativa conduce a una buona politica – ma che, a questo punto, proprio alla luce del prevalere dell'opinione di maggioranza dovrebbe “battere un colpo” e fornire, nella pienezza dei suoi poteri, un'interpretazione autentica della *Section 111(d)* del *Clean Air Act*, conforme a quanto deciso dall'EPA emanando il CPP – ha evidenziato tutta l'importanza di autorizzare, di delegare l'esercizio del potere di regolamentazione alle agenzie, contestando la pretesa dei giudici e soprattutto della Corte suprema a cui lei stessa appartiene di essere i decisori ultimi della politica climatica del Paese. Il Tribunale costituzionale federale tedesco, al paragrafo 206, infine, dopo aver affermato che l'art. 20a del *Grundgesetz*, la norma costituzionale ambientale tedesca, «impone un limite al potere politico di adottare o astenersi dall'adottare misure di protezione ambientale», sottolinea che «il processo politico democratico è organizzato sulla base di tempi più brevi, ovvero i cicli elettorali». Per questa ragione quel processo politico democratico potrebbe non rispondere adeguatamente agli interessi ambientali a lungo termine e le generazioni future, che saranno particolarmente colpite dalle decisioni assunte dal Parlamento, non hanno ovviamente modi di esprimere la loro voce nel processo di formazione della volontà politica. E, allora, se questa è stata la premessa dei giudici di Karlsruhe, si può ben aggiungere, in epilogo di questo commento, che nella dichiarazione di incostituzionalità parziale della legge sulla protezione del clima, rispetto a un legislatore che certamente ha cercato di «allineare le emissioni di gas serra della Germania agli obblighi assunti con l'Accordo di

¹⁸ Così proprio in riferimento alla posizione assunta da Gorsuch, già all'inizio del suo mandato, G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte suprema del dopo Scalia*, cit., p. 518.

¹⁹ Ancora G. ROMEO, *Interpretazione della legge e judicial deference nella Corte suprema del dopo Scalia*, cit., p. 517.

Parigi»²⁰, ma non abbastanza²¹, anche il *Bundesverfassungsgericht* è stato il decisore ultimo della politica climatica dello Stato tedesco.

A differenza di Washington (nella metonimia riferita evidentemente alle città dove siedono le due diverse Corti), solo Karlsruhe, però, ha percepito che la protezione del clima e la realizzazione della neutralità climatica, se non hanno ancora il primato assoluto²² su tutti gli altri interessi oggetto di disciplina dei legislatori, dei governi o delle Corti nazionali, rappresentano proprio quelle *major questions*, rispetto a cui la posta in gioco è altissima, ma tra le quali la Corte suprema è sembrata invece perdersi completamente.

²⁰ Vedi J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, cit., p. 50.

²¹ Il legislatore, infatti, aveva fissato «degli obiettivi per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra entro il 2030. Per il periodo dopo il 2030, era demandato al governo federale il compito di fissare livelli di emissioni annualmente decrescenti attraverso opportuni provvedimenti. Il legislatore lasciava aperta la questione sul modo in cui la Germania doveva raggiungere la transizione alla neutralità climatica entro il 2050», e rispetto a questa indeterminatezza delle misure da adottare e degli obiettivi di riduzione da conseguire è stato costruito il ricorso dinanzi al Tribunale costituzionale federale: vedi J. JAHN, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, cit., p. 50, della quale è la citazione.

²² Ma, come si legge al principio 2a della pronuncia tedesca, «l'importanza relativa dell'obbligo di proteggere il clima continuerà ad aumentare più progredirà il cambiamento climatico».

