



Comparative Law Review

VOLUME 14/2 – 2023

ISSN:2038 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane
Lorenzo Serafinelli

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE LAW REVIEW VOL. 14/2

6

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH
Tort law as a legal-realist system

17

ERMANNIO CALZOLAIO
Digital Assets and Property: Comparative Remarks from a Civil Law
Perspective

33

TOMASZ GIARO
The Wave of Transfers: An East-European Chapter in the Civil Law
Tradition

59

LORENZO SERAFINELLI
Aborto, armi da fuoco e cambiamento climatico.
Ovvero sulla privatizzazione del conflitto politico negli Stati Uniti a partire dal
trattico di sentenze del giugno 2022 della Corte Suprema

84

MAREL KATSIVELA
Vicarious/employer's liability in common law and in civil law in Canada

101

ANDREA STAZI
Smart Contracts: Elements, Pathologies and Remedies

116

CLAUDIA AMODIO

Il ruolo del precedente giudiziale nell'esperienza francese. Forme e riforme

145

CARLOS DE CORES HELGUERA

Causa concreta e operazione economica nella giurisprudenza uruguayana. L'influenza di Enrico Gabrielli

156

GIANMATTEO SABATINO

L'impero come forma giuridica della contemporaneità

194

ANNA BITETTO

European vs. American Class Action: discrepancy in law and economics perspective!

211

ENRICO BUONO

The Italian Constitution in the Anthropocene. Tracing The European Tradition of Environmental Constitutionalism

ABORTO, ARMI DA FUOCO E CAMBIAMENTO CLIMATICO

OVVERO SULLA PRIVATIZZAZIONE DEL CONFLITTO POLITICO NEGLI STATI UNITI A PARTIRE DAL TRITICO DI SENTENZE DEL GIUGNO 2022 DELLA CORTE SUPREMA

Lorenzo Serafinelli

SOMMARIO:

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. – I. ABORTO. – I.1. *Dobbs v. Jackson* e le sue implicazioni per il diritto privato. – I.2. Il *Texas Heartbeat Act* e l'introduzione di un sistema di taglie. – I.3. (Segue). L'attivazione dei privati. – I.4. (Segue). L'assenza di un danno diretto subito dal denunciante e l'ampio novero dei legittimati passivi. – II. ARMI DA FUOCO. – II.1. *New York State Rifle & Pistol Assn. v. Bruen* e le sue implicazioni per il diritto privato. – II.2. *Firearms regulation through civil litigation*: il ruolo della *tort law*. – III. CAMBIAMENTO CLIMATICO. – III.1. *West Virginia v. EPA* e le sue implicazioni per il diritto privato. – III.2. La prima ondata di contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti. – III.3. La seconda ondata di contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti. – III.4. I possibili futuri sviluppi del contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti.

In June 2022, the Supreme Court of the United States rendered three fundamental and troubling decisions on three critical issues: abortion, firearms regulation and climate change. There has been a great deal of writing about the consequences of these changes in terms of constitutional law and administrative law. On the contrary, less, if anything, has been said about the private law implications. This research aims at filling the gap and argues that the stance taken by the Supreme Court in the three decisions is likely to increase the use of tort law, and of civil litigation, as a tool to wage political struggle, both in conservative and progressive terms. From a comparative point of view, such a phenomenon is of particular interest, since in the European context, and particularly in the Italian one, an increasing number of climate change disputes are currently being brought before the courts, using civil liability rules as an instrument of regulation through litigation. The comparison with the U.S. legal system will therefore be instructive in addressing the perils and promise of employing tort law and civil litigation in the optics of the privatization of political conflict.

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

L'impiego dei tribunali civili e del diritto privato come veicoli di composizione (o in alcuni casi di alimentazione) dei conflitti politici e sociali è oggi un argomento attuale non solo negli Stati di giurisdizione, ma anche in quelli di legislazione.

La questione è particolarmente avvertita nello spazio europeo dal momento che l'istituto dell'illecito civile viene impiegato in numerose controversie volte a fronteggiare il cambiamento climatico dinanzi ai tribunali di diversi Stati europei. Esemplificativa, in tal senso, è l'esperienza italiana, dove due recenti iniziative, una contro lo Stato e la seconda contro ENI, assunte rispettivamente dall'Associazione "A Sud" e da Recommon/Greenpeace, testimoniano l'emergere pure nel nostro ordinamento di sensibilità nuove rispetto all'utilizzo del diritto privato (*sub specie*, della responsabilità aquiliana) quale catalizzatore di istanze inedite. E funzionali al riconoscimento di parimenti inediti diritti, primo tra gli altri quello delle future generazioni a un clima stabile. Strumento cardine della nuova tendenza, lo si diceva, è la responsabilità civile, che, segnatamente in

quadri normativi informati al principio della (tendenziale) atipicità dell'illecito, si presta ad abbracciare eterogenee forme di interessi.

Tutto questo sollecita a rivolgere lo sguardo comparatistico all'esperienza campione dell'utilizzo della responsabilità extracontrattuale per propositi latamente di regolazione: gli Stati Uniti d'America. L'interesse nutrito nei loro confronti è accresciuto dalle conseguenze pratiche e dai punti di caduta che il trittico di sentenze del giugno 2022 della Corte Suprema su armi, clima e aborto sta producendo e produrrà sulla dorsale della *tort litigation*.

Il presente lavoro sarà strutturato in modo tale che per ogni tematica trattata si riporteranno le ricadute ricreate dalle pronunce sul fronte del diritto privato. Per ciò che concerne la materia climatica, la decisione di sostenere l'inesistenza di un *regulatory power* in capo all'EPA con riferimento alla regolazione delle emissioni di gas climalteranti delle società produttrici di energia elettrica potrebbe condurre, per i motivi che diremo, a una peculiare configurazione della *climate change tort-related litigation*. Per quanto interessa le armi da fuoco, all'oltremodo espansiva interpretazione del diritto di portare armi resa dalla Corte Suprema, si assiste già e si assisterà sempre più all'emersione di iniziative giurisdizionali tese a citare in giudizio i produttori di armi al fine di ridurne quanto più possibile il commercio e la vendita. Quando non proprio a tentativi (ad esempio in California) di imitare l'approccio *sue your neighbor* sotteso alla legge texana in materia di aborto così da incaricare i privati di monitorare la circolazione illegale di armi. Appunto, nel caso sull'aborto (l'ultimo deciso in ordine cronologico ma il primo in ordine di trattazione) la dichiarata insussistenza di un diritto federale all'interruzione della gravidanza coniugata alla declaratoria di inammissibilità nei confronti della richiesta di sospensione dell'operatività della legge texana è idonea a produrre due effetti. Da un lato, una frammentazione dell'accesso ai diritti civili nei differenti Stati, dall'altro, a emulazioni da parte degli Stati conservatori di leggi simili a quella texana con il suo meccanismo di *private enforcement* che trasforma i cittadini in *vigilantes* di pratiche abortive illegali.

Volendo sin da subito anticipare le conclusioni, va detto che dalla disamina del contesto statunitense fuoriesce un quadro complesso e chiaroscurale. Se è vero che la *tort law* è impiegata come tentativo di colmare il vuoto politico e giudiziario federale ricreato ad arte dai *justice* nel campo delle armi e del clima, al contempo la discutibile disciplina texana in materia di aborto segnala i rischi dello scivolamento del conflitto sociale nel terreno del diritto privato. Il che costituisce un chiaro monito: lo strumento della responsabilità civile va maneggiato con cura e gli spazi ad esso lasciato per occuparsi dei conflitti sociali devono essere ragionati, ponderati e ben misurati. Altrimenti, un'eccessiva disinvoltura negli approcci rischia di far dimenticare come esso, proprio in quanto strumento "neutrale" e pertanto idoneo a soddisfare le più eterogenee esigenze, possa tramutarsi in possente dispositivo per l'affermazione e la garanzia di interessi "conservatori". Lo testimonia il caso texano in materia di aborto, a cui conviene ora volgere la nostra attenzione.

I. ABORTO

1. *Dobbs v. Jackson e le sue implicazioni per il diritto privato*

Il 24 giugno 2022, la Corte Suprema ha pubblicato la sentenza nel caso *Dobbs v. Jackson*¹, determinando – a maggioranza di 6-3 – l’*overruling* dei consolidati precedenti *Roe v. Wade*² e *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*³. Com’è noto, negli Stati Uniti la materia dell’aborto, in assenza del varo di una legge federale *ad hoc*, era disciplinata dai due precedenti da ultimo citati, i quali avevano ricavato il diritto ad abortire dalla protezione della riservatezza in favore della donna. L’interruzione volontaria di gravidanza, come configurata prima in *Roe* e poi in *Casey*, era uno schema a diverse finestre temporali, scandite in trimestri, all’interno delle quali si operava un bilanciamento differenziato tra i due interessi antagonisti della donna ad abortire e del feto a nascere in base a quanto fosse progredito lo stato della gestazione. Di talché, tanto più si era vicini alla fase finale della gravidanza, tanto più era prevalente il secondo sul primo, e viceversa. Il perno attorno al quale ruotava l’intero sistema confezionato dai *justice* era la *viability*, ovvero sia il termine di ventiquattro settimane a partire dal concepimento e creduto essere il momento in cui il feto è sufficientemente sviluppato da poter sopravvivere al di fuori dell’utero materno. Oltre tale termine, l’interruzione volontaria di gravidanza veniva generalmente esclusa, pur ammettendosi casi di natura eccezionale là dove, ad esempio, il proseguire della gestazione avesse potuto attentare alla salute della madre. Prima del termine indicato, gli Stati rimanevano liberi di regolare la materia, con l’unico limite di non poter escludere completamente il diritto ad abortire⁴.

¹ 597 U.S. ____ (2022). La sentenza ha ricreato una discussione pressoché sterminata in letteratura scientifica, non solo statunitense. Tra i molti, cfr. B. Andrews, *No Choice. The Fall of Roe v. Wade and the Fight to Protect the Right to Abortion*, London, 2022, p. 208 ss.; V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion laws and private enforcement*, in *DPCE Online*, 2023, n. Sp. 1, p. 249 ss.; A. Buratti, *Egregiously Wrong. Errori e mistificazioni della Corte Suprema nella decisione di disincorporazione del diritto delle donne all’interruzione volontaria della gravidanza*, in *Diritticomparati.it*, 14 luglio 2022; A. Di Martino, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, in *Nomos*, 2022, II, spec. p. 17 ss.; L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove: l’aborto, la polarizzazione politica e la crisi democratica nell’esperienza federale statunitense*, in *BioLaw J.*, 2022, p. 5 ss.; E. Grande, *Dobbs e le allarmanti implicazioni di un overruling politico in tema di aborto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, p. 73 ss.; R. Johnson, *Dobbs v. Jackson and the Revival of the States’ Rights Constitution*, in *93 Polit. Q.*, 2022, p. 612 ss.; M.R. Marella, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, l’Europa e noi*, in *Giustizia insieme*, 26 settembre 2022; S. Penasa, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE Online*, 2022, p. 1609 ss.; L. Poli, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 659 ss.; L. Ronchetti, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere «egregiously wrong from the start»*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, II, Parte I, p. 32 ss.; C. Sunstein, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, in *ssrn.com*, 29 giugno 2022; M. Dani, *Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse*, in *BioLaw J.*, 2023, n. Sp., p. 73 ss.; P. Insolera, *Sentenza Dobbs e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica “direzione” dell’attuale maggioranza della Corte Suprema americana*, ivi, p. 115 ss.; A. Ridolfi, *«Roe and Casey are overruled». Riflessioni sulla sentenza Dobbs e sul ruolo della Corte Suprema nel sistema costituzionale statunitense*, in *Costituzionalismo.it*, 2023, I, Parte III, p. 1 ss., nonché, da ultimo, R.B. Siegel, *Memory Games: Dobbs’s Originalism as Anti-Democratic Living Constitutionalism – and Some Pathways for Resistance*, in *101 Tex. L. Rev.*, 2023, p. 1127 ss.

² 410 U.S. 113 (1973).

³ 505 U.S. 833 (1992).

⁴ In argomento di aborto negli Stati Uniti, cfr. R.L. Welborn, *Abortion Laws: A Constitutional Right to Abortion*, in *49 N.C.L. Rev.*, 1971, p. 487 ss.; A.N. Cabot, *History of Abortion Law*, in *12 Ariz. St. L. J.*, 1980, p. 73 ss.; L.H. Tribe, *Abortion. The Clash of Absolutes*, II ed., New York-London, 1992; R. Dworkin, *Life’s dominion: an*

La pronuncia in *Dobbs* ha di fatto esautorato la precedente impostazione, rinfocolando il dibattito sul tema, reso ancor più aspro da una fuga di notizie prima della pubblicazione della decisione⁵. In estrema sintesi, la Corte Suprema ha sancito l'incostituzionalità del criterio della *viability*, reputando pienamente legittima la legislazione del Mississippi che lo ha sostituito con quello dello "sviluppo fetale". Detto ultimo criterio impone il divieto di abortire quando «the probable gestational stage of the unborn human being has been determined to be greater than (15) fifteen weeks»⁶. Sicché la pronuncia in esame attribuisce patente di legittimità ad una legge che punisce sul fondamento di una possibile maturazione del feto calcolato dal primo giorno dell'ultimo ciclo mestruale della donna incinta.

Dobbs ha attratto l'attenzione della dottrina, non solo statunitense, alla luce delle molteplici ed eterogenee implicazioni che reca con sé. La prima caratteristica che spicca è che l'opinione di maggioranza è informata a un'interpretazione di segno tradizionalista della *due process clause*. Il *due process traditionalism* postula la tutela dei diritti non espressamente previsti dalla Costituzione solo allorché essi siano: profondamente radicati nella storia e nella tradizione del Paese; impliciti nel concetto stesso di libertà ordinata (*ordered liberty*)⁷. Ha poi suscitato interesse poiché: ha criticato i due precedenti *Roe* e *Casey* definendoli "egregiously wrong"⁸; produce l'effetto di inasprire le disegualianze tra Stati sull'accesso ai diritti civili⁹; mette a rischio la sopravvivenza dei diritti ricavati in via giurisprudenziale dagli emendamenti alla Costituzione (cosiddetti *penumbra rights*)¹⁰; modifica il criterio di scrutinio costituzionale, affermandosi che i giudici valuteranno le discipline statali sull'aborto adottando il più blando criterio della *rational basis* rispetto a quello imposto in *Casey* dell'*undue burden*¹¹; rimodula significativamente il ruolo della Corte in un *self-restraint*

argument about abortion, euthanasia, and individual freedom, New York, 1993; C. Sanger, *About Abortion. Terminating Pregnancy in Twenty-First-Century America*, Cambridge-Mass., 2017; M. Ziegler, *Abortion and the Law in America: Roe v. Wade to the Present*, Cambridge-Mass.-London, 2020; B. Andrews, *No Choice*, cit.; A. Di Martino, *Donne, aborto e Costituzione negli Stati Uniti*, cit.; L. Fabiano, *Tanto tuonò che piove*, cit., p. 42 ss.; D.S. Cohen, G. Donley, R. Rebouché, *The New Abortion Battleground*, in 123 *Colum. L. Rev.*, 2023, p. 1 ss. In ottica comparatistica, cfr. R. Siegel, *The Constitutionalization of Abortion*, in M. Rosenfeld e A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1057 ss. e A. Baraggia, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2022. Per una prospettiva generale sulle linee di tendenza del diritto di aborto nel quadro contemporaneo, si rinvia altresì al n. Sp. della *BioLaw J.* del 2023, a cura di L. Busatta, M.P. Iadicicco, B. Liberali, S. Penasa, M. Tomasi, dedicato a *Gli Abortion Rights e il costituzionalismo contemporaneo*.

⁵ <https://www.politico.com/news/2022/05/02/read-justice-alito-initial-abortion-opinion-overturn-roe-v-wade-pdf-00029504>.

⁶ Gestational Age Act, Miss. Code Ann. §41-41-191 (2018).

⁷ Cfr. C. Sunstein, *Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism*, cit. Si veda pure Id., *Due Process Traditionalism*, in 106 *Mich. L. Rev.*, 2008, p. 447 ss. Opportunamente rilevano A. Sperti, *Il diritto all'aborto e il ruolo della tradizione nel controverso overruling di Roe v. Wade*, in *Gruppo di Pisa*, 2022, III, p. 23 ss. e V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 253 che la pronuncia in esame fa proprio l'approccio interpretativo del *Due Process Traditionalism* e non già una forma di interpretazione originalista, come accaduto invece – per come vedremo – nel caso della sentenza sulle armi. Per ulteriori approfondimenti, cfr. R.E. Barnett e L.B. Solum, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition*, in 118 *Nw. U. L. Rev.*, 2023, p. 433 ss.

⁸ *Dobbs v. Jackson*, cit., *opinion of the Court*, p. 6.

⁹ V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 252.

¹⁰ *Dobbs v. Jackson*, cit., *concurring opinion*, justice Thomas, p. 3.

¹¹ Per queste e altre riflessioni, cfr. V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 254.

che delega agli Stati la regolamentazione della materia e che le fa perdere il carattere di potere contromaggioritario¹².

Oltre quanto fin qui riportato, vi è un ulteriore, e per certi versi maggiormente inquietante, aspetto da tenere a mente nella lettura delle recenti vicende relative all'aborto negli Stati Uniti. Difatti, la sentenza *Dobbs* deve essere letta assieme a una pronuncia di poco precedente con cui gli stessi *justice* hanno rigettato la richiesta di sospensione dell'operatività della legge texana in materia¹³. Il tutto, lo diremo, getta una luce sinistra sul futuro del diritto di abortire, e più in generale sul godimento dei diritti civili negli Stati Uniti.

2. Il Texas Heartbeat Act e l'introduzione di un sistema di taglie

La sostanziale traslazione del conflitto politico nell'alveo delle arene del diritto privato trova una sua recente emblematica espressione nell'approvazione della disciplina texana in materia di aborto. Il 1° settembre 2021 è entrato in vigore in Texas l'*Heartbeat Act* (SB 8)¹⁴, che ha introdotto nello Stato il divieto di abortire dopo il rilevamento dell'attività cardiaca o fetale (normalmente, dopo circa sei settimane dal concepimento).

Al fine di assicurare effettività al dettato legislativo, è stata predisposta una inedita variante di *private enforcement*, istituito originariamente ideato per attribuire ai privati il potere di far valere in giudizio violazioni di leggi statali o federali così da assicurarne l'osservanza pur nell'inerzia o nell'impossibilità di intervenire dei pubblici poteri. Più precisamente, la legge texana ha previsto una sorta di sistema di taglie (un *bounty system*), sicché sono i cittadini, e non anche le autorità pubbliche, incaricati di vigilare sull'osservanza delle prescrizioni limitative delle pratiche abortive attraverso il ricorso alla *civil litigation* (divenendo così degli autentici *bounty hunter*). Per l'effetto, ai privati (sia residenti del Texas che non) i quali instaurino vittoriosamente un giudizio civile contro chi è ritenuto responsabile di una pratica abortiva vietata è riconosciuto il diritto di pretendere la somma di 10.000 dollari. Al contrario, in caso di soccombenza la legge esonera gli attori-*vigilantes* dal rifondere ai convenuti le spese processuali.

Nel novero dei possibili convenuti rientra un ampio spettro di soggetti: i medici, il personale sanitario, i dirigenti delle strutture cliniche e finanche coloro che abbiano eventualmente accompagnato la donna ad abortire. Più in generale tutti coloro che effettuino aborti in spregio alla legge. Il novero, pur notevole, non include la donna. Circostanza che ben esemplifica il paradigma ispiratore della disciplina: i diritti riproduttivi, prim'ancora che afferenti alla sua sfera individuale, sono piuttosto un fatto collettivo pienamente riconducibile alla sfera di controllo dello Stato, da funzionalizzare in virtù degli interessi che esso – più o meno esplicitamente – persegue¹⁵.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Whole Women's Health et al. v. Jackson et al.*, 594 U.S. ____ 2021.

¹⁴ Acts 2021, 87th Leg., R.S., Ch. 62 (S.B. 8), che ha emendato e integrato il Tex. Health and Safety Code Ann. ai §§ 171.204(a), 171.207(a), 171.208(a)(2), (3).

¹⁵ Per una disamina storica della funzionalizzazione dei diritti negli Stati Uniti, cfr. A. Somma, *Stato del benessere o benessere dello Stato? Giustizia sociale, politiche demografiche e ordine economico nell'esperienza statunitense*, in *Quad. fior.*, 2017, p. 417 ss.

La configurazione di un meccanismo di attivazione da parte dei privati per il perseguimento di interessi pubblici (o che presentino interferenze pubblicistiche) gode oramai di una diffusa tradizione. Il settore della concorrenza è a tal fine particolarmente istruttivo: sia negli Stati Uniti che nell'Unione europea il *private enforcement* volto a intercettare e sanzionare pratiche distorsive del confronto competitivo è elemento che potremmo definire strutturale dell'assetto di economia di mercato¹⁶. L'assunto di fondo, condiviso da regolazioni in vari settori¹⁷, è fondato sulla convinzione per cui i più interessati al rispetto dei regolamenti sulla concorrenza sono gli attori e gli operatori economici, in guisa che risulta quantomeno efficiente attribuire loro compiti e funzioni di polizia (*sub specie* economica)¹⁸. L'argomento cardine della citata tendenza devolutiva è stato nel senso che l'attivazione di forze estranee alla pubblica amministrazione permette di controbilanciare la concreta situazione di asimmetria informativa e di scarsità di risorse (anche in termini di organico) che i pubblici poteri si trovano a scontare. Si è osservato che una cooperazione di segno virtuoso tra i diretti interessati al rispetto di talune prerogative, da un lato, e gli organi pubblici deputati alla loro tutela, dall'altro, mostra dei vantaggi indubbi e significativi per l'interesse generale coinvolto. Con il che si giunge a volte a giustificare persino l'immunità ai soggetti denunciati ancorché abbiano preso parte all'illecito e ne abbiano tratto vantaggio¹⁹.

Nonostante gli effetti benefici rilevati nel *private enforcement*, non può sottacersi che la devoluzione ai privati di compiti di polizia incrina gli assetti dello Stato contemporaneo, dove il presidio dei diritti è tendenzialmente appannaggio proprio dell'apparato pubblico. Sebbene le diverse forme di devoluzione privatistica di sorveglianza di interessi pubblici presentino dei tratti assolutamente particolari, e perciò il loro accostamento merita cautela²⁰, è difficile negare la presenza di una oltremodo trasversale crescita di forme devolutive da parte degli Stati, implicite o esplicite, più o meno consapevoli²¹.

Si diceva di come discipline attributive ai privati del potere di rendere effettivi i loro dettami sono diffuse in ambiti eterogenei, e campioni di questa esperienza sono certamente gli Stati Uniti, sia a livello federale che statale. Si è già riportato che tale attribuzione ha solitamente ad oggetto un interesse che, se non propriamente pubblico (per esempio, l'anticorruzione), quantomeno trascina nel pubblico (o nel pubblicamente rilevante). Siffatta caratteristica è completamente assente nella disciplina texana: lì a legittimare l'attivazione del privato, al di là della forte carica morale che le è sottesa, è solo l'interesse materiale ed egoistico di ottenere il premio in denaro. Vieppiù in considerazione del fatto che non è richiesta in alcun modo una qualche forma di collegamento, neppure indiretto, tra il vigilante e la pratica abortiva oggetto della querela. Ciò vale a rendere il

¹⁶ *Ex plurimis*, cfr. G.A. Benacchio, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Padova, 2020.

¹⁷ Quale quello dell'anticorruzione, ad esempio: cfr. W.T. Loris, *Private Civil Actions. A Tool for a Citizen-Led Battle against Corruption*, in 5 *World Bank Legal Rev.*, 2014, p. 437 ss.

¹⁸ Cfr. S. Ferreri, *La rivincita del delatore. Il privato promotore di giustizia: dal private enforcement delle politiche antitrust alla legislazione del Texas sull'aborto. L'interesse individuale come strumento di pressione o cacciatori di taglie?*, in RGDPC, 2022, p. 295 ss.

¹⁹ Come accade nel caso dei *whistle blower*: *ivi*, p. 296.

²⁰ *Ivi*, p. 295.

²¹ È la stessa autrice che, se da un lato richiama alla prudenza, dall'altro parla di "piano inclinato" e di "deriva" verso l'attivazione delle forze private: *ibidem*.

congegno del *private enforcement* texano pruriginoso e ancor più carico di un'aura sinistra. Rievoca, all'evidenza, momenti travagliati della storia statunitense: la caccia alle streghe, vecchia e nuova (dai roghi di Salem alle persecuzioni durante il maccartismo); il sistema delle patenti rilasciate ai cacciatori di taglie; infine, i meccanismi di denuncia degli schiavi in fuga.

Al riguardo, benché la legge texana sia stata definita “senza precedenti”²² e “inventiva”²³, non è mancato chi ha fatto convincentemente notare che negli Stati Uniti vi siano stati dei precedenti parimenti discutibili relativi all'attribuzione di “licenze” a privati affinché si attivassero per sopprimere il godimento di diritti attraverso l'instaurazione di controversie in tribunale²⁴. Un analogo storico è rappresentato dalle due famigerate leggi sugli schiavi fuggitivi approvate dal Congresso nel 1793²⁵ e nel 1850²⁶. I due *Act* citati hanno compromesso il diritto dei cittadini neri al giusto processo previsto dal Quinto Emendamento e il diritto all'*habeas corpus* per contestare le privazioni della libertà da parte del governo. Le leggi consentivano ai negrieri di assumere agenti per rintracciare persone fuggite dalla schiavitù negli Stati liberi. All'epoca della loro approvazione, nessuno contestava seriamente che gli afro-americani liberi dovessero godere dei diritti costituzionali alla libertà. E però le procedure delle leggi sugli schiavi fuggitivi erano state appositamente confezionate per aggirare altresì le libertà dei cittadini neri liberi. Secondo la disciplina del 1850, ad esempio, i procedimenti erano a dir poco sommari; una presunta persona schiavizzata non aveva diritto di parola in corte e le era precluso di poter testimoniare a proprio favore; un commissario riceveva 10 dollari se giudicava a favore del proprietario, mentre solo 5 se a favore della presunta persona schiavizzata; e non vi era alcuna supervisione giudiziaria. Si trattava di un congegno progettato per ottenere decisioni rapide a favore degli schiavisti, aggirando così le protezioni costituzionali.

Volendo passare a esaminare in dettaglio l'*Heartbeat Act*, occorre iniziare con l'enucleare i principali aspetti problematici della disciplina, che possono così sintetizzarsi: l'attivazione dei privati; il sistema delle taglie; l'assenza di un qualsivoglia collegamento tra il denunciante e la pratica abortiva; l'estensione a un ventaglio potenzialmente illimitato di soggetti responsabili.

3. (Segue). *L'attivazione dei privati*

La legge incarica in maniera esclusiva i privati cittadini di rendere effettive le sue prescrizioni, mentre le autorità pubbliche sono dispensate da ogni coinvolgimento. Se, a primo acchito, il modo di incedere può apparire controintuitivo, a una più ravvicinata analisi se ne scorge la logica diabolica: esso è proteso ad aggirare lo scrutinio delle corti federali sulla conformità a Costituzione dello *statute* texano. Nelle parole dell'opinione dissenziente resa nel caso *Whole Women's Health v. Jackson*, «a flagrantly unconstitutional law

²² *United States v. Texas*, 566 F. Supp. 3d 605 (W.D. Tex. 2021).

²³ J. Filipovic, *Is the Texas Abortion Law Backfiring on the People Who Pushed It Through?*, in *The Atlantic*, 1° ottobre 2021.

²⁴ A. Huq, *What Texas's abortion law has in common with the Fugitive Slave Act*, in *Wash. Post*, 1° novembre 2021.

²⁵ Fugitive Slave Act of 1793.

²⁶ Fugitive Slave Act of 1850.

engineered to prohibit women from exercising their constitutional rights and evade scrutiny ... by outsourcing enforcement of unconstitutional laws to its citizenry»²⁷.

Atteso che non è il potere pubblico chiamato a sorvegliare sul rispetto dei dettami legislativi, nessun individuo o associazione potrebbero citare in giudizio il Procuratore generale del Texas per sentir dichiarare l'illegittimità del suo operato, e a monte della legge. L'unico viatico possibile, viceversa, rimane quello di assumersi il rischio di violarla e contestarla in sede di contenzioso contro il *bounty hunter*²⁸. Rischio che, tuttavia, in pochi hanno intenzione di correre: «In a study published in the *New England Journal of Medicine*^[29], researchers conclude that the Texas abortion ban has had a chilling effect on a broad range of health care professionals, adversely affecting patient care and endangering people's lives»³⁰. Si tratta di uno stratagemma che, coinvolgendo i privati nel perseguimento dell'illecito, mira a sottrarre il governo dello Stato alle critiche derivanti dall'applicazione della legge, così da operare un distanziamento tra le relative conseguenze e l'apparato pubblico³¹. Il tutto coadiuvato dagli ostacoli frapposti all'accesso alla giustizia federale. Difatti, in virtù del consolidato orientamento delle corti federali statunitensi, una pretesa di risarcimento avanzata da un qualsiasi individuo contro una clinica abortista sarebbe respinta a livello di giustizia federale per mancanza di legittimazione ad agire ai sensi dell'articolo III della Costituzione. L'articolo citato limita l'intervento del potere giudiziario alla risoluzione di "casi" e "controversie" nelle quali la parte attrice abbia subito (*rectius*, affermi di aver subito) un danno concreto³².

In *Lujan v. Defenders of Wildlife*³³, la Corte Suprema ha stabilito che i danni indiretti o speculativi non conferiscono la legittimazione ad agire: nel caso dal quale è originata la pronuncia, i ricorrenti hanno tentato di utilizzare una disposizione dell'*Endangered Species Act* che autorizzava qualsiasi persona ad avviare un'azione civile per proprio conto al fine di ingiungere a qualsiasi soggetto, compresi gli Stati Uniti e qualsiasi altro ente o agenzia governativa, che si presuma violi una qualsiasi disposizione della normativa³⁴. Gli attori avevano contestato un regolamento emanato dall'Interior Department poiché, a loro dire, non prevedeva adeguate cautele nei confronti delle specie in via di estinzione. Nonostante ciò, la Corte Suprema ha concluso che il danno lamentato era speculativo e pertanto inidoneo a legittimare l'azione³⁵. In sostanza, sulla scorta della pronuncia in *Lujan*, i tribunali federali avrebbero buon gioco a ritenere che un *bounty hunter* anti-abortista non ha sofferto di un danno concreto, con il conseguente difetto di legittimazione ad agire. Come si è accennato, l'articolo III si riferisce in modo esclusivo alla giurisdizione federale, non trovando applicazione nelle cause instaurate dinanzi ai tribunali statali. Di

²⁷ *Whole Women's Health et al. v. Jackson et al.*, cit., *dissenting opinion*, pp. 1 e 4.

²⁸ Cfr. M. Johnson, *The Texas Heartbeat Act: How Private Citizens Are Given the Power to Violate a Woman's Right to Privacy through an Unusual Enforcement Mechanism*, in 23 *Geo. J. Gender & L.*, 2021, p. 1 ss., spec. p. 3.

²⁹ W. Arey et al., *A Preview of the Dangerous Future of Abortion Bans – Texas Senate Bill 8*, in 387 *N. Eng. J. Med.*, 2022, p. 388 ss., spec. p. 389.

³⁰ Così M. Goodwin, *Complicit Bias and the Supreme Court*, in 136 *Harv. L. Rev.*, 2022, p. 119 ss., spec. p. 158.

³¹ Cfr. S. Ferreri, *La rivincita del delatore*, cit., p. 298, nota 10.

³² Sul tema, V. Barsotti, *Not only Dobbs v. Jackson*, cit., p. 258 s.

³³ 404 U.S. 555 (1992) con commento di V. Barsotti, *La sentenza Lujan della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 1175 ss.

³⁴ 16 U.S.C. nn. 1531-1544 (1988).

³⁵ *Lujan*, cit.

conseguenza, le norme sulla legittimazione ad agire del Texas potrebbero in teoria essere sufficientemente ampie da riconoscere la legittimazione ad agire per le richieste proposte in base al *Texas Heartbeat Act*. Al contrario delle leggi anti-aborto a cui l'esperienza ci ha abituato, dove è il governo a essere il guardiano della loro applicazione, qui il presidio è affidato ai privati. Così si giunge al paradossale risultato che anche chi è contrario alla disciplina si ritrova costretto a trasformarsi in vigilante al fine di metterne in discussione la costituzionalità. È quanto accaduto, ad esempio, all'avvocato Oscar Stilley e a Felipe Gomez, i quali hanno convenuto in giudizio un medico, il dott. Braid, al fine di poter stimolare in sede giudiziale lo scrutinio di costituzionalità sulla legge texana. Benché i due si professino contrari alla legge, hanno comunque dovuto attivare il meccanismo di *private enforcement* onde tentare di inficiarne la validità in sede giurisdizionale³⁶.

Eloquentemente, nella *dissenting opinion* in *Dobbs v. Jackson* si legge che «(a)s Texas has recently shown, a State can turn neighbor against neighbor, enlisting fellow citizens in the effort to root out anyone who tries to get an abortion, or to assist another doing so»³⁷. Insomma, il meccanismo di applicazione promuove il vigilantismo con la creazione di un sistema di taglie e il riconoscimento di un premio di 10.000 dollari a chiunque inizi un giudizio contro un soggetto ritenuto di aver effettuato una pratica abortiva illegale. Questo ha dato la stura all'emersione di iniziative fantasiose da parte delle associazioni anti-abortiste. Ad esempio, l'organizzazione *Texas Right to Life* aveva annunciato di voler lanciare un sito web per consentire in forma anonima alle persone di riportare di essere venute a conoscenza di un aborto praticato in spregio alla legge. Il sito non è mai entrato in funzione, asseritamente per problemi tecnici che l'associazione non ha saputo risolvere³⁸.

4. (Segue). *L'assenza di un danno diretto subito dal denunciante e l'ampio novero dei legittimati passivi*
Si è già avuto modo di accennare che la disciplina non impone al querelante di provare l'esistenza di un rapporto o di un legame diretti con chi ha abortito o ha reso possibile l'aborto. Si tratta di una peculiarità unica che accresce il grado di vigilantismo insito nell'*Heartbeat Act*. L'impiego della formula "qualsiasi persona" per riferirsi ai legittimati attivi senza che ne sia data una definizione chiarificatrice apre le porte a un novero potenzialmente illimitato di soggetti, sia cittadini che non dello Stato texano. Il meccanismo è stato ben illustrato da Melissa Murray, docente di diritto alla New York University: stando a quanto da lei ricostruito, se un barista in un caffè dovesse sentire una donna parlare del suo aborto, sarebbe legittimato a far causa alla clinica dove l'aborto è stato praticato. Più significativo poi è che un partner in disaccordo con l'intenzione di abortire con la donna può citare in giudizio, a mo' di vendetta, la clinica e ciascun soggetto coinvolto³⁹.

³⁶ Cfr. M. JOHNSON, *The Texas Heartbeat Act*, cit., p. 8.

³⁷ *Dobbs v. Jackson*, cit., *dissenting opinion*, p. 3.

³⁸ Il dominio del sito era emblematicamente *ProLifeWhistleBlower.com*: cfr. M. Kornfield, *A website for 'whistleblowers' to expose Texas abortion providers was taken down – again*, in *Wash. Post*, 6 settembre 2021, reperibile al seguente indirizzo <https://www.washingtonpost.com/nation/2021/09/06/texas-abortion-ban-website/>.

³⁹ S. Tavernise, *Citizens, Not the State, Will Enforce New Abortion Law in Texas*, in *NYT*, 9 luglio 2021, reperibile al seguente indirizzo <https://www.nytimes.com/2021/07/09/us/abortion-law-regulations-texas.html>.

Neppure il parallelismo con il *Clean Air Act* e con il *Clean Water Act*, checché se ne dica⁴⁰, conduce a far rinvenire i germi di vigilantismo in altre leggi statunitensi contemporanee. È vero che ai sensi delle fonti menzionate, i privati cittadini sono legittimati a convenire in giudizio il Governo federale per la mancata applicazione delle disposizioni in esse contenute. Tuttavia, e in disparte il fatto che si tratta di un congegno volto a far causa alle autorità pubbliche per condotte omissive e che è necessario dimostrare l'esistenza di un danno diretto in capo ai ricorrenti, non sfugge come l'interesse sotteso riguardi pretese volte a tutelare la salubrità dell'ambiente, e non già un interesse egoistico, quale è al contrario quello scolpito nell'*Heartbeat Act* texano.

Il terzo e ultimo elemento problematico della disciplina è rappresentato dallo spettro assai ampio di soggetti legittimati passivi: potenzialmente, tutti coloro i quali sono entrati in contatto con la donna durante il processo di aborto. Mai la donna stessa, essendo ridotta a mero dispositivo riproduttivo per gli interessi generali della collettività. Così, ad esempio, l'autista che l'ha accompagnata in clinica è passabile di condanna. Il tema ha generato una gran discussione, anche complice il fatto che due società di servizi di trasporto, Uber e Lyft, non hanno mancato di utilizzare l'occasione a proprio vantaggio per farsi pubblicità. Il 3 settembre 2021, Lyft ha rilasciato una dichiarazione dove ha definito inaccettabile che un conducente possa essere dichiarato responsabile di aver trasportato, non importa se consapevolmente o meno, una donna in clinica ad abortire. Al contempo, la medesima dichiarazione reputa parimenti inaccettabile che una donna incinta possa vedersi cancellata la corsa perché gli autisti potrebbero temere di violare la legge⁴¹. Lyft ha quindi assunto due iniziative conseguenti: ha effettuato una donazione da 1 milione di dollari a Planned Parenthood; ha affermato che sosterrà le spese e i costi legali che i propri conducenti dovessero essere chiamati ad affrontare in modo da tenerli al riparo da esborsi di somme di denaro. Da parte sua, Uber ha invece creato un fondo per i propri autisti destinato a coprire i costi e le spese processuali da affrontare⁴².

Oltre alle criticità fin qui rilevate (vigilantismo, assenza del requisito della sussistenza di un danno diretto tra attore e pratica abortiva, l'ampio spettro dei legittimati passivi), vi è un'aggiuntiva implicazione, altrettanto sinistra e di sistema, che è racchiusa in un siffatto tipo di congegno di *private enforcement* contemplato nel *Texas Heartbeat Act*. Ci si riferisce alla sua potenziale estensione ad ulteriori settori, così venendosi a ricreare un'innumerabile sequenza di terreni di scontro nei tribunali. In effetti, all'indomani della sentenza che ha rigettato la richiesta di sospensione della legge texana⁴³, da più parti, e in maniera assolutamente bipartisan, sono arrivate proposte di leggi contenenti un meccanismo simile. Sicché, per quanto il raffronto tra i sistemi di *private enforcement* chiami alla cautela, vieppiù in ragione della diversità profonda degli interessi di volta in volta coinvolti, è indubitabile che si sia di fronte a un effetto di "deriva" e di "piano inclinato", con un inarrestabile scivolamento nella direzione della devoluzione ai privati di funzioni

⁴⁰ Così M. Johnson, *The Texas Heartbeat Act*, cit., p. 8 s.

⁴¹ Cfr. <https://www.lyft.com/blog/posts/defending-drivers-and-womens-access-to-healthcare>.

⁴² Cfr. K. Frazier, *Lyft, Uber to pay legal fees for drivers sued under Texas abortion ban*, in *Axios*, 3 settembre 2021, reperibile al seguente indirizzo <https://www.axios.com/2021/09/03/lyft-uber-pay-legal-fees-for-drivers-sued-under-texas-abortion-ban>.

⁴³ *Whole Women's Health et al. v. Jackson et al.*, cit.

di polizia. Emblematica sul punto è la dichiarazione resa dall'allora Governatore della California, Gavin Newsom, un democratico si badi bene, che aveva paventato la possibilità di utilizzare l'approccio *sue your neighbor* della legge texana nel contesto delle armi. Il progetto di legge che intendeva proporre avrebbe mirato «to let private individuals sue anyone who makes or sells assault weapons of the 'ghost guns' made from parts bought online. (I)f states could protect their laws from review by federal courts then California will use that authority to protect people's lives, where Texas used it to put women in harm's way»⁴⁴. Proprio alle armi conviene ora volgere la nostra attenzione avendo a mente quanto fin qui sostenuto: siamo probabilmente solo all'inizio della diffusione di sistemi, più o meno espliciti, di vigilantismo.

II. ARMI DA FUOCO

1. *New York State Rifle & Pistols Assn. v. Bruen e le sue implicazioni per il diritto privato*
Con la pronuncia resa il 23 giugno 2022 in *NYSRPA v. Bruen*⁴⁵, la Corte Suprema degli Stati Uniti è tornata sull'ampiezza del diritto riconosciuto dal Secondo Emendamento di possedere e portare armi. La decisione, adottata 6-3, trae origine da un'azione proposta da due cittadini dello Stato di New York, tali Brandon Koch e Robert Nash, avverso il rigetto opposto loro alla richiesta, fondata sul diritto all'autodifesa, di una licenza incondizionata per portare in pubblico armi da fuoco. L'ufficio competente dello Stato ha motivato il diniego concentrandosi sul mancato assolvimento, sia da parte di Koch che di Nash, dell'onere di provare la sussistenza di una giusta causa (*proper cause*). Secondo la disciplina vigente nello Stato, un individuo può portare con sé fuori dalla propria abitazione un'arma nascosta a condizione che possieda un'apposita licenza (*to have and carry*), il cui rilascio è condizionato alla prova dell'esistenza di una *proper cause*⁴⁶. Quest'ultima, secondo quanto hanno chiarito le corti newyorchesi, sussiste ove l'istante provi una speciale esigenza di protezione individuale che sia differenziata rispetto a quelle della comunità nel suo complesso⁴⁷. Koch e Nash, assistiti dalla New York State Rifle & Pistol Assn., Inc., un'organizzazione che persegue interessi dei proprietari di armi e della quale sono membri i due, hanno agito dolendosi del diniego opposto loro dall'organo competente al rilascio delle licenze, la sovrintendenza della New York State Police. Sia la Corte distrettuale che la Corte di appello hanno confermato l'operato dell'autorità convenuta, entrambe fondandosi sullo standard fissato da un precedente della seconda che ha imposto la presenza del perseguimento di taluni interessi pubblici per il ricorrere di una *proper cause*⁴⁸. Di conseguenza, la questione è stata portata dinanzi alla Corte Suprema, che ha rilasciato il *certiorari* per stabilire se la disciplina newyorchese che abbiamo ricostruito brevemente sia o meno conforme a Costituzione.

⁴⁴ Cfr. le dichiarazioni riportate in <https://www.nbcnews.com/politics/politics-news/newsom-says-he-will-use-texas-abortion-law-tactics-restrict-n1285794>.

⁴⁵ 597 U.S. _____ (2022).

⁴⁶ N.Y. Penal Law Ann. §400.00(2)(f).

⁴⁷ *In re Klenosky*, 75 App. Div. 2d 793, 428 N.Y. S. 2d 256, spec. p. 257.

⁴⁸ *Kachalsky*, 701 F. 3d 81, spec. p. 96.

Venendo al merito della decisione, occorre iniziare con il dire che i giudici hanno optato per il superamento dell'analisi bifasica che le corti inferiori avevano sviluppato per esaminare le doglianze in materia di controllo delle armi successivamente alle altre sue due pronunce sul tema, *Heller*⁴⁹ e *McDonald*⁵⁰. Un approccio a due passaggi che era funzionale a limitare, sostanzialmente, la loro portata applicativa. Tale approccio risultava essere così articolato: in primo luogo, si verificava se una restrizione fosse conforme all'interpretazione storicamente orientata del testo del Secondo Emendamento; in secondo luogo, e in caso affermativo, si passava a stabilire se la restrizione fosse proporzionale alla promozione di un interesse pubblico meritevole di tutela (cosiddetto *means-end scrutiny*)⁵¹. Appunto, secondo l'*opinion* di maggioranza, il doppio passaggio va censurato atteso che né *Heller* né *McDonald* supportano lo scrutinio circa gli obiettivi perseguiti dalle autorità pubbliche nella regolazione. Detto diversamente, per stabilire la costituzionalità di una determinata norma limitativa dell'uso delle armi, l'autorità da cui essa promana deve dimostrare che la norma faccia parte della tradizione storica che delimita i confini esterni del diritto di detenere e portare armi⁵².

Circostanza ancor più degna di nota è che la Corte ha rifiutato radicalmente l'operatività del sistema dei tre livelli di scrutinio (*three tiers of scrutiny*) nel sindacato di costituzionalità delle misure che riguardino il Secondo Emendamento⁵³. Com'è noto, nell'ambito dei diritti fondamentali della persona e sulla clausola dell'*equal protection*, vi sono tre test elaborati dalla prassi giurisprudenziale⁵⁴. Il *rationality basis test*, che si atteggia a sindacato di legittimità sulla ragionevolezza dell'operato dei poteri pubblici, *rectius* a controllo di non manifesta irragionevolezza (si tratta di uno scrutinio generalmente impiegato per giudicare su legislazioni economico-sociali). L'*intermediate scrutiny*, in virtù del quale la costituzionalità di una legge è stabilita guardando al perseguimento di un importante obiettivo da parte del governo (e viene impiegato generalmente in alcune forme di discriminazione, di disciplina del cosiddetto *commercial speech* e della *freedom of speech* nei luoghi pubblici). Infine, lo *strict scrutiny*, la forma più penetrante di controllo giurisdizionale che impone alle autorità pubbliche di dimostrare che la misura adottata sia necessaria per ottenere un impellente obiettivo di interesse generale (*compelling government purpose*) e che costituisca l'alternativa meno restrittiva e discriminatoria (il tipo di scrutinio appena descritto viene impiegato nei casi di discriminazione razziale, sulla base della nazionalità, nei confronti degli stranieri, e in materia di *fundamental rights*)⁵⁵.

Si diceva che i giudici statunitensi avessero impiegato nell'epoca post-*Heller* uno scrutinio di tipo intermedio per valutare la costituzionalità delle misure in materia di controllo delle

⁴⁹ 554 U.S. 570 (2008), sulla quale v. V. Fanchiotti, *District of Columbia v. Heller: Todos Pistoleros?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1459 ss.

⁵⁰ *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

⁵¹ Ad es. *United States v. Greeno*, 679 F. 3d 510. 518 (CA6 2012),

⁵² *NYSRPA v. Bruen*, cit., *opinion of the Court*, pp. 9-15.

⁵³ Da ultimo, sul tema, cfr. A. GORDMAN, *The Enumeration Conflagration: Originalist Interest-Balancing Tests After Bruen*, in 60 *Hous. L. Rev.*, 2023, p. 1143 ss.

⁵⁴ Cfr. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144 (1938), spec. p. 152, n. 4.

⁵⁵ Cfr., tra i molti, T.L GROVE, *Tiers of Scrutiny in a Hierarchical Judiciary*, in 14 *Geo. J. L. & Pub. Pol'y*, 2016, p. 475 ss.

armi⁵⁶. In *Bruen* è netta la cesura rispetto al *modus operandi* appena illustrato: nella sentenza in commento, si legge che mentre la deferenza da parte del potere giudiziario al bilanciamento degli interessi legislativi è comprensibile e, altrove appropriato, non è quanto richiesto dalla Costituzione con riferimento al Secondo Emendamento. Il quale, nell'opzione interpretativa assunta dalla Corte, è già «il prodotto stesso di un bilanciamento degli interessi da parte del popolo (*People*)», sicché «eleva sicuramente al di sopra degli altri interessi il diritto dei cittadini responsabili e rispettosi della legge a usare le armi» per l'autodifesa⁵⁷. Da ciò deriva che l'unico test da doversi impiegare, in conformità con *Heller*, sia l'analisi storica (*historical analysis test*), che si traduce nell'imporre ai tribunali di valutare se le moderne normative sulle armi da fuoco siano coerenti con il testo del Secondo Emendamento e con la sua interpretazione, appunto, storicamente orientata. *Justice* Thomas concede che le sfide normative poste oggi dalle armi da fuoco non coincidono con quelle che hanno interessato i Fondatori nel 1791 o la generazione della Ricostruzione nel 1868. Ciononostante, egli reputa che il significato della Costituzione, benché essa debba applicarsi a circostanze non limitate solo a quelle previste dai Fondatori, non può che essere quello che i Fondatori stessi le hanno attribuito.

2. Firearms regulation through civil litigation: *il ruolo del tort law*

La sentenza *Bruen*, oltre ad aver chiarito la natura costituzionale del diritto di portare in luoghi pubblici armi e ad aver riaperto il dibattito intorno all'originalismo quale strumento di manipolazione dei dati storici, simboleggia verosimilmente l'inizio di una stagione dove la regolazione delle armi assumerà nuove forme, e in cui i singoli, le associazioni e le stesse autorità pubbliche tenteranno di contrastare la crescente diffusione delle armi da fuoco attraverso la proposizione di *tort claim* nei confronti della *gun industry*, nel più ampio contesto della cosiddetta *Firearms Litigation*⁵⁸. Questo stato di cose è confermato da due iniziative processuali avviate dallo Stato di New York sei giorni dopo la pronuncia della Corte Suprema⁵⁹. In particolare, i funzionari hanno intentato due azioni legali volte a fermare la proliferazione di armi da fuoco non rintracciabili (le cosiddette *ghost gun*) sulla scorta di una nuova legge statale diretta ad aggirare l'ampia immunità riconosciuta dal *Protection of Lawful Commerce in Arms Act*⁶⁰, che esenta l'industria delle armi da responsabilità per crimini commessi con le armi che produce⁶¹.

La disciplina newyorchese prescrive in capo ai produttori una forma di responsabilità nel caso di *public nuisance* creato dalle loro attività commerciali⁶². La normativa impone alle società produttrici di realizzare dei controlli ragionevoli finalizzati a impedire che le armi

⁵⁶ S.H. HERMAN, *Post-Heller Second Amendment Jurisprudence*, Congressional Research Service, 25 marzo 2019, p. 15 s., reperibile al seguente indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R44618/14>.

⁵⁷ *NYSRPA v. Bruen*, cit., *opinion of the Court*, pp. 15-17.

⁵⁸ In tema, T.D. Lytton (ed.), *Suing the Gun Industry – A Battle at the Cross of Gun Control and Mass Torts*, Ann Arbor, 2005, *passim*.

⁵⁹ Si veda il comunicato stampa reperibile al seguente indirizzo <https://ag.ny.gov/press-release/2022/attorney-general-james-sues-national-gun-distributors-fueling-gun-violence-crisis>.

⁶⁰ 15 U.S.C. §§ 7901-39.

⁶¹ N.Y. Gen. Bus. Law §§ 898-a-e.

⁶² Per una ricognizione di questo tipo di *tort*, tra tutti, si veda la recente ricostruzione offerta da L. KENDRICK, *The Perils and Promise of Public Nuisance*, in 132 *Yale L. Rev.*, 2023, p. 701 ss.

vengano utilizzate, commercializzate ovvero illegalmente vendute nello Stato di New York. In assenza di tali controlli, il procuratore generale e le autorità locali sono legittimati ad agire in giudizio, parimenti consentendosi anche alle persone lese da crimini commessi a valle dei mancati controlli di ottenere un risarcimento. Oltre ai risarcimenti per equivalente, le azioni giudiziarie, modellate sull'esperienza maturata nel contenzioso contro l'industria farmaceutica nell'ambito della crisi degli oppioidi, mirano a realizzare una specie di redistribuzione imponendo alle aziende di alimentare il fondo per la prevenzione della violenza armata a New York attraverso il versamento dei profitti derivanti dalle vendite delle *ghost gun*. Con le iniziative proposte dalle autorità di New York, sono state convenute in giudizio dieci società ritenute responsabili di aver venduto illegalmente nel territorio dello Stato decine di migliaia di componenti di armi negli ultimi cinque anni ad acquirenti che poi le hanno usate per assemblare pistole e armi d'assalto, così alimentando la diffusione della violenza armata.

Nella prassi giurisprudenziale statunitense, si rinviene un caso in cui una corte ha condannato un'azienda produttrice di armi in un contenzioso civile per responsabilità. In *Kelley v. R.G. Industries, Inc.*⁶³, i giudici del Maryland sono stati chiamati a stabilire se il produttore dell'arma utilizzata in una rapina fosse responsabile civilmente per i danni causati dalla commissione del reato. L'attore aveva richiesto la condanna al risarcimento sia per la qualificazione come pericolosa dell'attività di produzione e commercializzazione delle armi, sia perché esse sono un prodotto intrinsecamente pericoloso. I giudici aditi hanno messo anzitutto in rilievo l'inapplicabilità al produttore di armi delle disposizioni sulla responsabilità oggettiva. In guisa che per potersi configurare una sua responsabilità si rendeva necessario dimostrare la difettosità e l'irragionevole pericolosità del prodotto. La Corte ha quindi condannato l'azienda produttrice perché *strictly liable* in ragione delle caratteristiche dell'arma venduta (particolarmente attrattiva per usi criminali e virtualmente senza alcuna utilità per usi legittimi) e ha per l'effetto condannato al risarcimento dei danni patiti dalle vittime innocenti a causa dell'uso criminale del dispositivo, denominato *Saturday Night Special*⁶⁴. Invero, il caso citato del *Maryland* rappresenta un *unicum* nel panorama degli Stati Uniti, dal momento che le corti hanno tendenzialmente, quantomeno in passato, prediletto un atteggiamento di *self-restraint* sostenendosi l'opportunità che fossero le assemblee legislative ad adottare iniziative in materia⁶⁵. Più frammentata è la posizione della letteratura in materia: accanto ai sostenitori dell'idea della *regulation through litigation*⁶⁶ e ai suoi detrattori⁶⁷, si ritrovano posizioni più caute che adottano un approccio che potremmo definire olistico, di sinergia – più correttamente – tra la sfera dell'attività legislativa e quella del contenzioso⁶⁸.

⁶³ 479 A.2d. 1143 (Md. 1985).

⁶⁴ Per approfondimenti, E. Togni, *Il II emendamento della Costituzione americana e la responsabilità dei produttori di armi da fuoco*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 407 ss., spec. p. 428 s.

⁶⁵ Per una rassegna, cfr. *ivi*, p. 431.

⁶⁶ J.G. Pearson, *Make It, Market It, and You May Have to Pay for It: An Evaluation of Gun Manufacturers Liability for the Criminal Use of Uniquely Dangerous Firearms in Light of In re 101 California Street*, 1997 *BYU L. Rev.*, 1997, p. 131 ss.

⁶⁷ V. ad es. M. Pontillo, *Suing Gun Manufacturers: A Shot in the Dark*, in 74 *St. John's L. Rev.*, 2000, p. 1167 ss.

⁶⁸ T. Lytton, *The Complementary Role of Tort Litigation in Regulating the Gun Industry*, in *Id* (ed.), *Suing Gun Industry*, cit., p. 250 ss.

Al momento, e a séguito della pronuncia in *Bruen*, è evidente che l'attività legislativa volta all'imposizione di limiti alla detenzione e al porto di armi sarà recessiva, stante l'ampiezza dell'interpretazione data al diritto riconosciuto dal Secondo Emendamento agli individui. Ebbene è ragionevole credere che sarà il contenzioso civile ad occupare tali spazi nell'ottica di una tendenza che sta tornando in auge negli Stati Uniti, e si sta diffondendo altrove, che potrebbe esprimersi con la formula di "privatizzazione del conflitto", ovvero di "compensazione privatistica di scopi pubblicistici". Non sfugge come lo schema sia divenuto ormai ridondante. Abbiamo già trattato diffusamente dell'aborto, e ci apprestiamo nei paragrafi che seguono a tracciare le linee essenziali della materia climatica. Ad accomunare le tre tematiche non è dunque il solo fatto di avere formato l'oggetto di scrutinio da parte della Corte Suprema sostanzialmente nello stesso arco di tempo, ma principalmente la circostanza che sempre più il conflitto sociale derivante da tali settori (nonché la sua gestione) viene traslato nel campo del diritto privato, statale, e delle sue arene. Certamente, nell'aborto l'utilizzo della *civil litigation* si pone in un'ottica conservatrice quale meccanismo di sorveglianza privata per il rispetto dei dettami legislativi in ordine al divieto di effettuare pratiche abortive in taluni casi e a certe condizioni. Di segno senza dubbio più progressista paiono invece le iniziative statali di introduzione di specifiche forme di responsabilità in capo ai produttori di armi. E nel medesimo solco emancipatorio si innestano le controversie climatiche che elevano il sistema dell'illecito civile a viatico per l'affermazione di regole maggiormente attente alle questioni dei *climate change*⁶⁹.

III. CAMBIAMENTO CLIMATICO

1. West Virginia v. EPA e le sue implicazioni per il diritto privato

Giungiamo dunque con il cambiamento climatico al terzo atto della saga della Corte Suprema, deciso sempre con la stessa maggioranza di 6-3 il 22 giugno 2022⁷⁰. La vicenda da cui è scaturita la pronuncia in *West Virginia v. EPA* può essere così brevemente riassunta: i *justice* hanno ritenuto non rientrante tra i poteri dell'EPA l'emanazione del *Clean Power Plan* e, in particolare, l'imposizione alle centrali elettriche esistenti di una transizione energetica dal carbone verso fonti rinnovabili. Per la prima volta, si è adottata una decisione invocando in maniera esplicita la *major questions doctrine*⁷¹.

⁶⁹ Cfr., *ex multis*, D.A. Kysar, *What Climate Change Can Do about Tort Law*, in 41 *Environmental Law*, 2011, p. 1 ss.; Id. e R.H. Weaver, *Courting Disaster: Climate Change and The Adjudication of Catastrophe*, in 93 *Notre Dame L. Rev.*, 2016, p. 296 ss.; R. Blomquist, *Comparative Climate Change Torts*, in 46 *Val. U. L. Rev.*, 2012, p. 1053 ss.; B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico e M.M. Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law* 47, 2021, p. 593 ss.

⁷⁰ *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. ____ (2022). Per alcuni commenti alla sentenza, cfr. J. Novkov, *West Virginia v. EPA: Whither the New Deal Order?*, in 55 *Polity*, 2022, p. 410 ss.; L. Parona, *La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*, in *DPCE Online*, 2022, p. 1597ss.; A.M. Sabino, *West Virginia v. EPA: Behind the Supreme Court Principled Decision*, in 39 *Climate & Energy*, 2022, p. 1 ss.; E.M. Dishman, *West Virginia v. EPA: Major Questions for the Future of the Administrative State and American Federalism*, in 53 *Publius*, 2023, p. 435 ss.; G. Vivoli, *Gli effetti della sentenza West Virginia v. Epa sul futuro dell'administrative state statunitense*, in *Federalismi*, 2023, p. 88 ss.

⁷¹ Sulla *major questions doctrine*, D.T. Deacon e L.M. Litman, *The New Major Questions Doctrine*, in 109 *Va. L. Rev.*, 2023, p. 1009 ss.

Volendo succintamente passare in rassegna i punti salienti, è possibile enucleare alcuni passaggi significativi. In primo luogo, l'opinione di maggioranza ha stabilito che il Congresso non ha delegato all'agenzia, a mente della *section 111(d)* del *Clean Air Act*, di definire le soglie delle emissioni fondate sull'approccio del *Clean Power Plan*. Secondo la Corte, sulla scorta appunto della *doctrine* della *major questions*, ci sono settori straordinari dove il significato economico e politico della materia oggetto di regolazione fa sì che sussistano quantomeno una o più ragioni per dubitare dell'intenzione del Congresso di delegare il potere normativo. Detto altrimenti, i fatti alla base della decisione costituiscono uno di quei casi in cui l'EPA avrebbe dovuto indicare una chiara e inequivoca autorizzazione del Congresso. Cosa che – nella prospettiva dei *justice* – non è riuscita a dimostrare. Piuttosto, l'agenzia si sarebbe solo limitata ad asserire il preteso affidamento delle competenze, al contempo essa stessa ammettendo che la trasmissione, la distribuzione e lo stoccaggio dell'elettricità non ricadono tra tali competenze.

La decisione del 2022 si pone solo in apparente contrasto con il precedente *Massachusetts v. EPA*⁷² deciso nel 2007. In quella sede la Corte Suprema aveva a chiare lettere stabilito che l'agenzia federale era detentrica del *regulatory power* in materia di emissioni di gas climalteranti. A una più attenta disamina, i risultati raggiunti in *West Virginia* si pongono in perfetta linea di continuità con il precedente del 2007 dal momento che espressamente riconoscono il potere regolatorio in materia di gas climalteranti in capo al Congresso, che può delegarlo – rispettando i criteri enucleati dalla *major questions doctrine* – alle agenzie federali. *A fortiori*, si esclude radicalmente la possibilità di corti federali che si facciano promotrici di decisioni manifesto volte a regolamentare la materia delle emissioni dei gas altamente inquinanti. Si tratta a ben vedere di portare alle sue logiche conseguenze una ricostruzione ben precisa offerta dai *justice*. Se, difatti, il giudiziario federale qualifica la questione climatica come *major*, allora la qualifica come intrinsecamente politica. Con la conseguenza che non solo è impossibile affidare implicitamente la regolazione ad un'*agency*, ma nei suoi confronti opererà in aggiunta la *political question doctrine* che sbarrata la strada alla regolazione attraverso le pronunce delle corti. Con parole diverse, se il clima è considerato per sua stessa natura politico, allora nei confronti delle agenzie federali opererà la *doctrine* della *major questions*; viceversa, nei confronti del giudiziario quella della *political question*. La quale ultima comporterà fatalmente la dichiarazione di insussistenza di giurisdizione ogni qualvolta le istanze climatiche dovessero presentare, quantunque solo lontanamente, una qualche forma di afflato regolatorio.

La tesi di fondo che qui si sostiene, e che è corroborata da una linea di tendenza giurisprudenziale che si porrà in evidenza nel prosieguo, è *in primis* nel senso che la sentenza in *West Virginia v. EPA* si pone nel solco di un consolidato orientamento già tracciato dalla Corte Suprema e dalle corti federali quando v'è da trattare il contenzioso climatico che presenti propositi di *regulation through litigation*. Da un punto di vista comparativo, tale circostanza suscita non poco interesse giacché è idonea ad allargare di molto le distanze tra il contenzioso civile climatico che si sta delineando in Europa rispetto a quello dell'esperienza, che del fenomeno è la matrice, statunitense⁷³. Il primo è sempre

⁷² 549 U.S. 497 (2007).

⁷³ Cfr. B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, p. 271 ss.

più votato a perseguire obiettivi di regolazione delle attività future dei governi (tre esempi su tutti: il caso olandese *Urgenda*⁷⁴, la decisione del Tribunale federale tedesco nel caso *Neubauer*⁷⁵ e il ricorso presentato dinanzi al Tribunale civile di Roma da parte dell'Associazione A Sud⁷⁶) ovvero all'impiego della responsabilità civile in ottica di strumento di conformazione delle politiche industriali future delle imprese (emblematica in tal senso la controversia *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*⁷⁷ e il caso citato in apertura proposto da Recommon e Greenpeace contro ENI⁷⁸). Mentre ben altra è la rotta intrapresa oltreoceano, dove più che domande di provvedimenti di natura ingiuntiva funzionali ad utilizzare il contenzioso a mo' di strumento autentico di confezionamento di regole valide per il futuro (sia pure nel contesto europeo ciò valendo al limite come *persuasive authority*), le associazioni ambientaliste e gli enti pubblici statunitensi hanno da tempo virato verso strategie meno ambiziose, apparentemente, ma non meno concrete. Così, anziché avanzare richieste di provvedimenti ingiuntivi, domandano risarcimenti per equivalente imperniati essenzialmente sulla figura di *tort* che abbiamo già incontrato nelle pagine che precedono, il *public nuisance*.

Il tutto almeno per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'utilizzo della *tort law*, in quanto materia di competenza statale, scongiura i rischi sottesi ai ricorsi in sede di giustizia federale, dal momento che essa risulta essere quanto mai riluttante nel settore interessato. In secondo luogo, l'utilizzo delle regole in materia di responsabilità civile in senso classico (ovverosia il focus sulle condotte illecite pregresse delle imprese da cui sorge l'obbligo di risarcimento in denaro) consente di porsi al riparo da eventuali declaratorie di difetto di giurisdizione anche da parte dei giudici degli Stati. Stando così le cose, è palese che la scelta statunitense di ripiegare verso approcci tradizionali alla *tort law* contraddice almeno in parte gli iniziali e roboanti tentativi di utilizzare la *litigation* per la *regulation*. Tentativi invece ben presenti in alcuni dei più significativi casi di quella che possiamo definire la prima ondata di contenzioso civile climatico, che ci occuperò nel paragrafo seguente.

2. La prima ondata di contenzioso climatico *tort*-based negli Stati Uniti

Il caso *Comer* è un esempio particolarmente calzante del *self-restraint* adottato dalle corti statunitensi per ignorare il tema della responsabilità civile climatica⁷⁹. Esso è altresì rilevante dal momento che costituisce la prima volta in cui i *tort* sono stati impiegati in una controversia climatica, dal momento che le doglianze erano state predicate sulla disciplina

⁷⁴ *Urgenda Foundation v. the State of Netherlands* [2015] HAZA C/09/00456689.

⁷⁵ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24 marzo 2021 (*Klima-Beschluss*), reperibile su www.bundesverfassungsgericht.de, anche in versione inglese, francese e spagnola. Per una dettagliata disamina del caso e delle sue implicazioni, nonché sul dibattito dottrinale che ne è scaturito in Germania, cfr. A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in *Dir. comp.*, 2023, II, p. 56 ss.

⁷⁶ *A Sud et al. c. Italia*. Documenti di causa reperibili al seguente indirizzo <https://gjudizjouniversale.eu/la-causa-legale/>. In argomento, cfr. D. Castagno, *Le procès pour l'environnement et le climat en droit italien: potentialités, limites et alternatives dans un cadre de contentieux «stratégiques»*, in RIDC, 2023, p. 583 ss.

⁷⁷ *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, file no. 90046903.

⁷⁸ *Greenpeace Italia et al. c. ENI S.p.A. et al.* Documenti di causa accessibili al seguente indirizzo <https://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-italy-et-al-v-eni-spa-the-italian-ministry-of-economy-and-finance-and-cassa-depositi-e-prestiti-spa/>.

⁷⁹ D.A. Kysar e R.H. Weaver, *Courting Disaster*, cit., p. 323.

in materia di responsabilità civile dello Stato del Mississippi. Alcuni proprietari terrieri avevano invocato la responsabilità di alcune società petrolifere, affermando che le loro condotte inquinanti avessero esasperato la violenza dell'uragano Katrina, derivandone la maggiore severità dei danni patiti dagli attori con riguardo ai beni interessati. La corte ha respinto la richiesta sia in primo grado che in appello. Gli attori nel caso *Comer* hanno dovuto percorrere una strada impervia, atteso che il preteso risarcimento riposava principalmente sull'affermazione dell'esistenza di un nesso causale tra le attività dei convenuti, il riscaldamento globale e la distruzione delle loro proprietà a causa dell'innalzamento del livello del mare e della maggiore ferocia dell'uragano Katrina⁸⁰. Gli studi scientifici prevedevano già un aumento sostanziale della gravità e dei danni degli uragani atlantici a causa dell'innalzamento della temperatura e del livello del mare, ma rimaneva comunque complesso stabilire un nesso causale con un'analisi *ex post facto* delle attività umane⁸¹. Prevedibilmente, le domande attoree sono state respinte poiché ponevano una *non-justiciable political question*⁸².

Il secondo caso della prima ondata è *Connecticut v. AEP*, reputato il più influente caso di illecito civile sul cambiamento climatico sinora portato dinanzi a una giudice negli Stati Uniti⁸³. Diversi Stati, la città di New York e un gruppo di enti no-profit hanno citato in giudizio cinque grandi aziende erogatrici di servizi pubblici e la Tennessee Valley Authority, denunciando violazioni della *common law* sia statale che federale. Gli attori chiedevano la cessazione delle condotte di *public nuisance* dei convenuti, invocando il loro ruolo di contributori al riscaldamento globale. Le centrali elettriche da loro gestite sono state considerate negli atti processuali le cinque maggiori emittenti di CO₂ negli Stati Uniti responsabili di circa un quarto delle emissioni di anidride carbonica del settore elettrico statunitense⁸⁴. In *Connecticut v. AEP*, la questione del nesso di causalità era meno problematica rispetto a *Comer*, dato che le attività dei convenuti rappresentavano il 2,5% delle emissioni annuali globali di CO₂. Restava in ogni caso da doversi assolvere l'onere di provare l'illiceità dei comportamenti. La circostanza che le domande fossero fondate sulla fattispecie di *public nuisance* mirava strumentalmente al superamento di tale ostacolo. Riguardando i danni all'interesse pubblico, il *public nuisance* è in grado di ovviare ad alcune criticità delle domande di danni climatici, come ad esempio quelle della possibile assenza di prossimità tra la condotta e il danno e dell'attenuazione tra quest'ultimo e la prima per via di fattori concausali idonei a incidere sul nesso diretto. Più di altro, il caso *Connecticut v. AEP* assume rilevanza sotto il profilo delle tutele rimediali, avendo gli attori presentato una richiesta di provvedimento ingiuntivo che, ove accolta, avrebbe imposto ai convenuti l'obbligo di ridurre le emissioni di gas serra. La strategia ha suscitato critiche perché, data la sua innovatività e carica sovversiva, sembrava quasi volesse indurre i giudici a rigettare il caso schermandosi dietro la presenza di questioni politiche. E, in effetti, i giudici hanno respinto le domande poiché persupponnevano una *non-justiciable political question*⁸⁵.

⁸⁰ *Comer*, 585 F.3d, §§859 s. e 863.

⁸¹ T.R. Knutson *et al.*, *Tropical Cyclones and Climate Change*, in 3 *Nat. Geosci.*, 2010, p. 157 ss.

⁸² *Comer*, 585 F.3d, §872.

⁸³ *Connecticut v. AEP*, 406, F. Supp. 2d, §268.

⁸⁴ D.A. Kysar, *What Climate Change Can Do about Tort Law*, cit., p. 23.

⁸⁵ *Connecticut*, 406, F. Supp. 2d, §272.

Gli esiti fallimentari di *Connecticut v. AEP* non hanno impedito ad altri soggetti di richiedere rimedi di natura ingiuntiva di tenore analogo. In *California v. General Motors Corp.*⁸⁶, il procuratore generale dello Stato ha intentato una causa contro la General Motors e altre cinque grandi case automobilistiche per *public nuisance*, poiché, in base alle prove allegate, le emissioni di CO₂ dei convenuti ammontavano al 9% delle emissioni totali a livello mondiale. Come in *Connecticut v. AEP*, il giudice ha respinto l'istanza di risarcimento qualificandola una *non-justiciable political question*, e ritenendo che il giudizio, ove reso, avrebbe imposto di condurre una valutazione politica *tout court*⁸⁷.

L'ultima controversia da ascrivere alla prima ondata di contenzioso in materia di clima *tort-related* è il caso che ha visto coinvolto gli abitanti del villaggio di Kivalina. Il 26 febbraio 2008, circa quattrocento residenti hanno citato in giudizio ventiquattro grandi società energetiche, domandando di sostenere i costi associati al trasferimento del proprio villaggio, minacciato dall'innalzamento dei mari, dalla riduzione dei ghiacci e dallo scioglimento del permafrost⁸⁸. Le istanze erano ancora una volta incentrate sul *public nuisance*, e un aspetto interessante della controversia in questione è che le domande erano radicate su una *cause of action* tradizionale, ovvero la rivendicazione dell'uso e del godimento esclusivo della proprietà, così rivitalizzando una concezione classica della responsabilità per *nuisance*, e della *tort law* più in generale, a scapito di quanto era accaduto nei precedenti casi⁸⁹. Nonostante gli sforzi di arretramento, in un certo modo imposti dagli esiti infausti delle pregresse controversie, i quali hanno fatto ripiegare gli attori su approcci "tradizionali", il 30 settembre 2009, la Corte per il distretto settentrionale della California ha respinto l'azione di risarcimento qualificandola *non-justiciable political question*⁹⁰.

Proprio nel solco dell'approccio assunto in *Kivalina* si pongono le attuali controversie instaurate in materia negli Stati Uniti. Queste ambiscono a utilizzare i canoni tradizionali della *tort law* non tanto per fini regolatori, quanto redistributivi.

3. La seconda ondata di contenzioso climatico *tort-based* negli Stati Uniti

Le principali controversie attualmente pendenti negli Stati Uniti mirano eminentemente a rintracciare, analogamente a quanto accade in differenti parti del globo⁹¹, la responsabilità delle compagnie produttrici di combustibili fossili⁹². Il quadro che si profila è assai frastagliato e complesso, e ricomprende tanto casi proposti da enti pubblici (Stati, contee e municipalità) quanto da privati (sia individui sia gruppi associativi). Eloquente a tale ultimo riguardo è la controversia intentata da un gruppo di pescatori che ha portato in

⁸⁶ No. C06-05755, 2007 WL 2726871.

⁸⁷ Ivi, §8.

⁸⁸ *Kivalina*, 663 F. Supp. 2d, *Complaint*, §§1-4.

⁸⁹ Cfr. J.H. Adler, *Taking Property Rights Seriously: The Case of Climate Change*, in 26 *Soc. Phil. & Pol'y*, 2009, pp. 296 e 306.

⁹⁰ *Kivalina*, 663 F. Supp. 2d, §880 s.

⁹¹ Si v. il documento *Global Climate Litigation Report – 2023 Status Review* accessibile al seguente indirizzo <https://reliefweb.int/report/world/global-climate-litigation-report-2023-status-review>.

⁹² C. McGreal e A. Chang, *How cities and states could finally hold fossil fuel companies accountable*, in *The Guardian*, 30 giugno 2021, accessibile al seguente indirizzo <https://www.theguardian.com/environment/ng-interactive/2021/jun/30/climate-crimes-fossil-fuels-cities-states-interactive>.

giudizio cinque grandi compagnie petrolifere facendo valere come le loro attività inquinanti stiano compromettendo la pesca⁹³.

Anche nella seconda ondata, le controversie si poggiano prevalentemente sul *tort* di *public nuisance*⁹⁴, e dunque sul diritto statale. Detto altrimenti, esse cercano di qualificare le attività delle convenute come una lesione dell'interesse generale della collettività a un clima stabile. L'argomento cardine è quello della consapevolezza da parte degli attori economici della pericolosità per l'ambiente del loro operato⁹⁵. Traslato nella grammatica della responsabilità civile, tale tesi ambisce a dimostrare che i danni cagionati fossero prevedibili dalle convenute, a cui è per l'effetto addebitabile una responsabilità per colpa. Più nello specifico, gli argomenti si dirigono a denunciare il fatto che le imprese sono perfettamente conscie del contributo climalterante delle attività economiche svolte. Inoltre, le convenute vengono altresì accusate di aver posto in essere strategie distorsive della percezione del fenomeno climatico da parte dell'opinione e dei decisori pubblici. Tradotto nel linguaggio dei *tort*: di aver realizzato condotte di *misrepresentation*, *deceit* e *lobbying* aggressivo.

Lo si intuisce, esiti di controversie così impostate riposano sulla premessa del riconoscimento dell'accertata interferenza tra la condotta realizzata e l'evento dannoso prodotto, e che ha leso un diritto riconducibile alla collettività nel suo complesso. Da qui l'intimo legame esistente tra le controversie climatiche *tort-related* con quelle sul versante eminentemente costituzional-pubblicistico, dove si mira ad ottenere per l'appunto il riconoscimento di un diritto fondamentale a un clima stabile. Segnali della sua praticabilità provengono, sempre con riferimento al contesto statunitense, da un lato, dalla decisione dei giudici del Montana che – di recente – hanno accordato tutela costituzionale a un gruppo di giovani e attribuito loro un diritto di tale consistenza⁹⁶.

Siché, volendola raffrontare con quelli che abbiamo ascritto alla cosiddetta prima ondata, l'attuale sequenza di casi pendenti negli Stati Uniti si iscrive pienamente nel solco tracciato dalla controversia in *Kivalina*, in cui la *tort liability* è stata invocata – in ottica “tradizionale” – per l'ottenimento di un risarcimento per equivalente e non già per perseguire obiettivi regolatori attraverso l'emanazione di provvedimenti di natura ingiuntiva. Ma vi è di più: le controversie statunitensi si orientano nel senso di guardare alle condotte pregresse delle imprese convenute al fine di ottenere un risarcimento in forma monetaria, mentre in Europa si guarda alle responsabilità future. Vi si scorge una notevole differenza, sebbene *in nuce*, tra il contenzioso civile climatico *à la* europea e quello *à la* statunitense. Nel contesto europeo, lo dimostrano i casi *Urgenda* e *Milieudefensie* per tutti, la tendenza delle corti (e, a monte, delle parti attrici) è stata di tendere all'emanazione di misure conformative delle politiche pubbliche degli Stati e di quelle industriali dei privati

⁹³ A. Bland, *Fishermen Sue Big Oil for Its Role in Climate Change*, in NPR, 4 dicembre 2018, testo accessibile al seguente indirizzo <https://www.npr.org/sections/thesalt/2018/12/04/671996313/fishermen-sue-big-oil-for-its-role-in-climate-change#:~:text=The%20Pacific%20Coast%20Federation%20of%20fleshed%20crustacean%20most%20years%2C%20and>.

⁹⁴ Per tutti, B. Pontin, *The role of tort in environmental protection*, in *Ann. dir. comp.*, 2021, p. 37 ss. e L. Kendrick, *The Perils and Promise*, cit.

⁹⁵ Diffusamente in argomento M. Russo, *Productive Public Nuisance: How Private Individuals Can Use Public Nuisance to Achieve Environmental Objectives*, in 2018 U. Ill. L. Rev., 2018, p. 1969 ss.

⁹⁶ *Rikki Held et al. v. State of Montana et al.*, No. CDV-2020-307, 1st Dist. Ct. Mont., 14 agosto 2023. Si v. anche il caso, attualmente pendente dinanzi alla *District Court* dell'Oregon: *Juliana, et al. v. United States, et al.*, No. 6:15-CV-01517-AA, D. Or.

con riferimento alla prevenzione dei danni futuri. Rifacendosi pedissequamente all'ultimo rapporto disponibile pubblicato dal *panel* intergovernativo per i cambiamenti climatici (IPCC), i giudici hanno rispettivamente imposto ai Paesi Bassi di modificare in senso più ambizioso la loro disciplina in materia di clima per renderla maggiormente allineata agli obiettivi degli Accordi di Parigi e alla Shell di conformare la propria politica industriale futura ai medesimi obiettivi.

Se, a primo acchito, la contrapposizione può apparire una vera e propria idiosincrasia (essendo i secondi, e non i primi, formalmente uno Stato giurisdizionale), la spiegazione risiede nel particolare assetto di poteri presente negli Stati Uniti, accentuato da ultimo dalla recente decisione in *West Virginia v. EPA*.

Come si ritrae dalla disamina della prima ondata di contenzioso civile climatico, il problema principale incontrato dagli attori è stato di superare il vaglio di ammissibilità, quando non proprio quello di sussistenza della giurisdizione. Si rammenterà la rilevanza a tal riguardo della *political question doctrine*. Ebbene, questo aiuta a spiegare la scelta strumentale di radicare le controversie climatiche nelle corti statali e di fondare le pretese su un approccio classico, tentandosi così di ovviare al rischio che le istanze climatiche vengano considerate regolatorie per loro natura, e pertanto debordanti rispetto ai poteri attribuiti ai giudici. Del resto, nella recente controversia proposta dalla Città di New York contro la Chevron, una corte federale, chiamata ad applicare in *diversity jurisdiction* la materia dei *tort*, ha rigettato le domande di risarcimento sulla scorta delle due seguenti argomentazioni: anzitutto, il cambiamento climatico presenta una singolare problematica in sé internazionale che è opportuno affrontare a livello di legislazione federale; la quale legislazione federale, per l'interpretazione che le corti danno del *Clean Air Statute*, preclude richieste di risarcimento avanzate da privati⁹⁷.

Per converso, segnali maggiormente favorevoli provengono dalla giurisprudenza delle corti statali. In particolare, in un recente arresto che ha visto contrapposte la città e la contea di Honolulu ad alcune società produttrici di petrolio, i giudici statali hanno ritenuto la responsabilità civile una disciplina adeguatamente equipaggiata per fronteggiare il cambiamento climatico⁹⁸. La decisione sembra sottintendere la convinzione di fondo per cui la *tort law* è una macchina sufficientemente sofisticata che ingloba in sé una vasta gamma di strumenti pienamente capaci di gestire questioni politicamente sensibili, incluso il cambiamento climatico. Ciò fa ancor più chiarezza sulla propensione crescente delle associazioni ambientaliste e degli avvocati statunitensi di rivolgersi alle corti statali e non ai distretti giudiziari federali.

Quanto ricostruito non deve indurre a credere, si badi bene, che si ritrovi già un precedente che abbia stabilito una responsabilità per *tort* di *public nuisance* in capo agli attori inquinanti. È senza dubbio vero che le più recenti iniziative stanno tentando di capitalizzare quanto più possibile sul progresso della scienza in materia di *source attribution*, con tale formula intendendosi la branca delle scienze dure che si occupa di individuare con crescente grado di certezza e precisione la porzione esatta di responsabilità ascrivibile a determinati soggetti

⁹⁷ *City of New York v. Chevron Corp.*, 993 F.3d 81 (2d. Cir. 2021), spec. p. 19.

⁹⁸ *City & County of Honolulu and BWS v. Sunoco, LP, et al*, Civ. No. 1CCV-20-0000380 (1 Cir. Hawai'i), *motion to dismiss*, 22 febbraio 2022, p. 7.

per determinate emissioni nell'ambiente di gas climalteranti⁹⁹. Nonostante ciò, sarà niente affatto agevole persuadere i giudici che debbano essere le imprese a farsi carico delle conseguenze dannose delle emissioni di gas nell'aria poiché implicherebbe dover stabilire una responsabilità esclusiva lungo l'intera catena del valore di produzione. Il che non è facile in un contesto di sistemi produttivi di capitalismo fossile nei quali ciascun individuo contribuisce alle emissioni, fosse anche solamente nella sua veste di consumatore.

4. *I possibili futuri sviluppi del contenzioso climatico tort-based negli Stati Uniti*

Da qui il pronostico che si formula rispetto al fatto che il filone di contenzioso che progredirà all'avanzare della scienza sulla *source attribution* verrà affiancato da altre sequenze di casi in cui si tenterà di neutralizzare la responsabilità degli Stati e dei consumatori finali dei prodotti fossili.

Una possibile prima linea di sviluppo potrebbe concentrarsi sul far emergere la presenza di condotte fraudolente da parte delle compagnie inquinanti. Pratiche che, alterando il patrimonio informativo a disposizione degli individui/consumatori e dei pubblici poteri, hanno distorto la maturazione della consapevolezza circa la pericolosità dei prodotti fossili. Si intravede vistosamente il parallelismo che c'è con la *tobacco litigation*: in quella sede uno dei punti nodali fu dimostrare proprio che i produttori avevano manipolato i dati sulla dannosità dell'uso di tabacco, con la conseguente sterilizzazione della responsabilità dei singoli fumatori e delle autorità pubbliche che avevano fondato le loro decisioni su quei dati¹⁰⁰. Del resto, gli Stati Uniti, al pari di altri Paesi¹⁰¹, impongono in virtù del *Greenhouse Gas Reporting Program*¹⁰² degli obblighi di pubblicità alle imprese con riferimento alle emissioni di gas nell'atmosfera. Di talché la responsabilità civile, in un'ottica di *private enforcement*, potrebbe farsi strumento per assicurare maggiore effettività a tali regole. Obblighi informativi i quali, prospetticamente, potrebbero spingersi ben oltre il tema del solo report delle emissioni: in argomento, è istruttiva una causa intentata in Australia da un membro di un fondo pensionistico, i cui membri sono prevalentemente *millennial*, contro il fondo medesimo, macchiatosi, secondo le prospettazioni di parte attrice, di aver omesso di fornire un adeguato prospetto informativo relativamente all'impatto negativo del cambiamento climatico sui guadagni attesi e derivanti dalla partecipazione al fondo¹⁰³. Oltremodo interessante la controversia lo è pure per il suo esito: il fondo ha transatto, obbligandosi ad assicurare un più rigoroso piano di *disclosure* sul fronte del cambiamento climatico.

L'ampliamento del perimetro della responsabilità con riferimento ai disastri ambientali è del resto già ben noto negli Stati Uniti. Una linea questa che ove accolta condurrebbe all'allargamento dei contorni dei doveri ascrivibili agli operatori economici. Nel senso che

⁹⁹ Cfr. J. Wentz, M. Burger, R. Horton, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, in 51 *ELR*, 2021, p. 1 ss.

¹⁰⁰ Cfr. M. Olszynski, S. Mascher, M. Doelle, *From Smoke to Smokestacks: Lessons from Tobacco for the Future of Climate Change*, in 30 *Geo. Envtl. L. Rev.*, 2017, p. 1 ss.

¹⁰¹ V. N. Singh e L. Longendyke, *A Global Look at Mandatory Greenhouse Gas Reporting Programs*, in *World Resources Institute*, 27 maggio 2015, accessibile al seguente indirizzo <https://www.wri.org/insights/global-look-mandatory-greenhouse-gas-reporting-programs>.

¹⁰² *Greenhouse Gas Reporting Program* (GHGRP), 40 CFR Part 98.

¹⁰³ *McVeigh v. Retail Employees Superannuation Trust*, NSD1333/2018 (FCA 2018).

la questione si sposterebbe a monte, ovvero a stabilire se e in che misura appunto gli attori hanno fatto tutto quanto era nella loro sfera di controllo (dove l'esigibilità) per prevenire i danni da *climate change*. Paradigmatica, sul punto, è la controversia intentata dalla Conservation Law Foundation contro la Exxon¹⁰⁴. Lì gli attori non hanno denunciato i danni direttamente causati dalla società, quanto quelli indirettamente cagionati e derivanti dalla mancata presa in considerazione del cambiamento climatico nella fase di costruzione degli impianti di stoccaggio del combustibile fossile. L'associazione ambientalista si è lamentata della circostanza che la Exxon non aveva adeguatamente inserito il cambiamento climatico tra i fattori di rischio nella predisposizione del piano di prevenzione dei siti dove il materiale era conservato. In altri termini, la società sarebbe stata responsabile dei danni causati al vicinato, in aggiunta per lo più composto da poveri, dall'innalzamento dei mari e dall'intensificarsi dei fenomeni atmosferici estremi. L'impostazione argomentativa così formulata è atta a ricomprendere nel campo dei responsabili per il cambiamento climatico non solamente la produttrice, ma anche i soggetti a vario titolo coinvolti nel processo produttivo. Nella specie, la colpa viene imputata ai progettisti e agli ingegneri degli impianti, ancorché indirettamente, ma non sfuggirà come l'approccio possa essere esteso, ad esempio, ai consulenti legali o finanziari di una determinata società.

Un risvolto simile si è palesato, nel 2014, in una controversia instaurata da una compagnia assicurativa dell'Illinois, la quale ha agito nei confronti di alcune città statunitensi lamentandosi del fatto che queste avevano ommesso di includere nella valutazione le accresciute precipitazioni dovute al cambiamento climatico nei loro piani delle acque meteorologiche. Così producendo un numero superiore di inondazioni riverberatesi in un aumento degli indennizzi dovuti dalla assicuratrice ai propri assicurati¹⁰⁵.

Alla luce di quanto detto, non è affatto da escludersi che nei prossimi anni assisteremo a un continuo ampliamento dei soggetti ritenuti responsabili del *climate change*¹⁰⁶. Del resto, gli Stati Uniti conoscono già una disciplina che include un vasto novero di individui onerati di porre rimedio alle condotte inquinanti perpetrate nelle attività produttive. Ci si riferisce alla regolazione nota comunemente con il nome di *Superfund*¹⁰⁷. Tra gli obbligati alla rimessione in pristino e alla bonifica dei siti inquinati essa include gli ingegneri, le persone sul ponte di comando dell'azienda danneggiante al momento dell'evento dannoso, e quelle in posizioni apicali al momento della proposizione della controversia, etc. Benché si tratti di disciplina statutaria, alcuni studi condotti in letteratura ne hanno rintracciato l'origine nella *common law*¹⁰⁸. Tale rilievo non è privo di conseguenze pratiche, dal momento che gli

¹⁰⁴ *Conservation Law Foundation v. ExxonMobil Corp.*, No. 20-1456 (1st Cir. 2021).

¹⁰⁵ *Illinois Farmers Insurance Co. v. Metropolitan Water Reclamation District of Greater Chicago*. Documenti accessibili al seguente indirizzo <https://climatecasechart.com/case/illinois-farmers-insurance-co-v-metropolitan-water-reclamation-district-of-greater-chicago/>.

¹⁰⁶ I germi di questo processo evolutivo si ritrovano già in *County of Multnomah v. Exxon Mobil Corp.*, 3:23-cv-01213 (D. Or.), dove tra i convenuti figura anche la società di consulenza McKinsey & Co. Documenti di causa accessibili al seguente indirizzo <https://climatecasechart.com/case/county-of-multnomah-v-exxon-mobil-corp/>.

¹⁰⁷ *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, PL-96-510, Dec. 11, 1980, 94 Stat. 2767.

¹⁰⁸ Si v. J.M. Greenberg, *Superfund and Tort Common Law: Why Courts Should Adopt a Contemporary Analytical Framework for Divisibility of Harm*, in 103 *Minn. L. Rev.*, 2018, p. 999 ss., spec. p. 1010, testo corrispondente alla nota 76.

attori nei ricorsi in materia di clima potrebbero invocare il parallelismo con il *Superfund* proprio facendo leva sulla scaturigine storica della regolamentazione nella casistica giurisprudenziale statunitense.

È ragionevole credere che in una lotta interstiziale si attesteranno le traiettorie del conflitto sociale, *sub specie* climatico, nel campo del diritto privato dei *tort*. Che un ulteriore passaggio così congegnato sia privo di rischi non è possibile da sostenere. Aleggia, infatti, costantemente lo spettro di un approccio da *sue your neighbor* che abbiamo avuto già modo di criticare nelle pagine precedenti e che abbiamo visto incastonato nella legge texana in materia di aborto, nonché ingaggiato sotto diverse forme nel contesto della regolamentazione delle armi da fuoco. Ed ecco allora che si tratterà di accostarsi al fenomeno in modo misurato, con realismo e senza eccessivi entusiasmi. Al contempo, nell'osservazione, sarà bene in ogni caso però tenere a mente di come si tratti di tentativi, certo a volte claudicanti, sovente imperfetti, di compensazione con forme privatistiche di interessi pubblicistici. Il tutto, nell'inerzia del circuito legislativo e nella chiusura del circuito giudiziario federale all'affrontare tali tematiche.

