

Il nuovo art. 9, co. 3 Cost. nell'interpretazione conforme del Consiglio di Stato*

di Matteo Milanesi**

8 aprile 2024

Abstract. Il contributo analizza l'interpretazione e l'applicazione del nuovo art. 9, co. 3 Cost. da parte del Consiglio di Stato. Preliminarmente ricostruiti i meccanismi di attuazione del dettato costituzionale da parte delle giurisdizioni comuni, il *paper* vaglia le divergenti esegesi che si sono fatte spazio nell'ambito della giurisdizione amministrativa in ordine alla riforma, auspicando conclusivamente un ritorno alla preminenza della logica del bilanciamento.

Abstract. *The paper analyses the interpretation of the new art. 9.3 of the Italian Constitution made by the Italian Council of State. After the reconstruction of the common-jurisdiction application theory of the constitutional dictate, the article examines the different interpretations of L. cost. 1/2022 promoted by the administrative Supreme Judge. It eventually suggests a return to the classical balancing-based exegesis.*

Sommario. 1. Una breve premessa: la L. cost. 1/2022. – 2. I casi in esame e il solco delle prime pronunce. – 3. *Excursus*: l'applicazione del testo costituzionale nella giurisprudenza amministrativa. – 4. Il ragionamento del Consiglio di Stato e l'affermazione di un *favor* ambientale. – 5. Apologia del bilanciamento (e della proporzionalità). Una conclusione.

1. Una breve premessa: la L. cost. 1/2022

Come noto, la L. cost. n. 1 del 2022 ha modificato in modo significativo il testo costituzionale. Con la riforma degli artt. 41 e 9 della Carta, il legislatore della riforma ha inteso, rispettivamente, coniugare sostenibilità ed impresa ed accentuare – mettendolo

nero su bianco – il rilievo sovraordinato della tutela dell'ambiente, già recepito a più riprese dalla Consulta¹.

Sebbene l'utilità di siffatta revisione costituzionale sia dibattuta², quel che è certo è che si è di fronte alla scelta politica di evidenziare l'importanza del valore-ambiente, atteso anche il peculiare momento storico in essere, nel quale l'aspirazione ecologica fonda l'ansia riformatrice delle istituzioni³. Così, ad oggi, questi temi non solo trovano spazio all'interno della Carta, ma addirittura nei primi dodici articoli, ossia tra i contenuti rubricati quali «principi fondamentali»⁴.

In particolare, la novella dell'art. 9 Cost. fonderebbe, secondo una tesi, il superamento della dogmatica degli interessi costituzionalmente protetti, tradizionalmente ispirata ad una parità di fondo, ed aprirebbe – per converso – ad una prevalenza *iuris et de iure* delle istanze ambientali. Secondo tale impostazione, il bilanciamento dei diritti dovrebbe informarsi alla indiscutibile prevalenza del profilo ecologico, con la conseguente degradazione degli interessi concorrenti⁵.

2. I casi in esame e il solco delle prime pronunce

La bontà di questa impostazione potrà essere compresa solo con il tempo, allorché la sedimentazione delle prassi consentirà di sondare con più sicurezza il recepimento giurisprudenziale ed amministrativo della riforma.

*Riflessioni a margine delle sentenze 2836 e 6578 del 2023. Lo scritto ha partecipato alla selezione per l'attribuzione del Premio Guicciardi 2023. Si pubblica per g. c. dell'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti.

** Cultore della materia in Diritto costituzionale, Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Cfr., fra tutte, le sentt. C. cost. nn. 85/2013 e 58/2018.

² Si vedano: G. VIVOLI, *La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione: una svolta storica per l'ambiente o "molto rumore per nulla"?*, in *Queste istituzioni*, n. 1, 2022, pp. 8-43; E. DI SALVATORE, *Brevi osservazioni sulla revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2022; F. CORTESE, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in *Ambientediritto.it*, n. 4, 2022, pp. 637-642; E. JONA, *La libertà di iniziativa economica e la protezione dell'ambiente e della salute*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2023, pp. 104-119; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2021, pp. 285-314.

³ Emblematico, in questo senso, il ricorrente *slogan* che accompagna le misure dell'*European Green Deal*: «diventare il primo continente a impatto climatico zero». Per approfondimenti: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it

⁴ Critico sulla scelta T. E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2021, pp. 2-4.

⁵ Cfr. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2021, p. 478; A. MORRONE, *Fondata sull'ambiente*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4, 2022, p. 789 e s.; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell'ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un'analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Istituzioni del federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, n. 4, 2022, p. 798.

Per intanto, possono cogliersi solo taluni elementi indiziari, a partire dall'esame delle prime pronunce in materia. In questo quadro, la giurisprudenza amministrativa costituisce senza alcun dubbio la cartina tornasole delle nuove tendenze, posti la funzione di *gatekeeper* dell'ambiente svolta dalla P.A. ed il conseguente⁶ sindacato successivo, il quale tendenzialmente ricade nel campo della giurisdizione generale di legittimità.

Sono due, ad oggi, le pronunce del Consiglio di Stato che forniscono qualche rilevante elemento d'esame. Si tratta delle sentenze 2836 e 6578 del 2023, con le quali il Supremo Consesso ha cominciato a delineare la propria posizione sul novellato art. 9 Cost.

Entrambi i casi muovono dalla disciplina dettata dal c.d. Codice Urbani, attenendo – rispettivamente – all'impugnazione di un parere negativo *ex art.* 146 D. Lgs. 42/2004 e di un diniego di permesso di costruire motivato alla luce dell'art. 142 dello stesso Codice.

Con la sent. 2836, in particolare, il Collegio rileva il forte ruolo svolto dalla discrezionalità tecnica, conseguentemente osservando il compito del G.A., che «'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto.»⁷

Non sarebbe opportuno ripercorrere, in questa sede, il dibattito sul sindacato dell'atto discrezionale; basti unicamente osservare come il G.A. possa conoscere tanto della opinabilità del *decisum* amministrativo quanto della sua opportunità, intendendosi con tali locuzioni, rispettivamente, il momento della «valutazione dei fatti» e la successiva fase di «ponderazione e comparazione degli interessi rilevanti»⁸. Come ben noto, in quest'ultimo stadio del procedimento emerge l'esigenza di scegliere quella che, tra più soluzioni egualmente legittime, appaia la più adeguata⁹.

E se è vero che, tradizionalmente, questo ambito si considera governato dalla riserva di amministrazione, è altrettanto vero che l'attività della P.A. deve pur sempre restare confinata nel recinto della legalità. Come operare dunque la scelta opportuna? In questo campo minato, caratterizzato da profonda incertezza, emerge – con sempre maggiore tenacia – il valore orientativo dei principi.

Un profilo di primo piano è peraltro riservato ai principi di rango costituzionale. Questi, caratterizzati da fundamentalità ed indeterminatezza¹⁰, «esprimono le opzioni fondamentali cui l'ordinamento stesso si informa»¹¹, fungendo in tal senso da norme di chiusura del diritto in senso oggettivo.

I caratteri del principio permeano peraltro ogni norma della Carta, tanto che può forse dirsi che ogni disposizione costituzionale contenga un principio. Con il che emerge una conseguenza lineare: la Costituzione informa per sua natura l'attività amministrativa,

⁶ Ancorché eventuale.

⁷ Cons. St., sent. 2836/2023 cit.

⁸ F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. dir.*, Ann. II, 2008, p. 480.

⁹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 52.

¹⁰ R. GUASTINI, *Principi di diritto (I Agg.)*, in *Digesto online*, UTET, Torino, 2011.

¹¹ M. AINIS, *Principi*, in ID. (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 358.

fondandone i presupposti, indirizzandone l'esercizio e delineandone i fini ultimi. Conseguentemente, diviene – *ex post* – «materiale legislativo»¹² per l'interprete giudiziale, chiamato a verificare la rispondenza dell'attività della P.A. ai canoni in essa prescritti.

3. *Excursus*: l'applicazione del testo costituzionale nella giurisprudenza amministrativa

Prima di proseguire nella trattazione del tema principale, si rende opportuno comprendere – con maggiore precisione – in quali termini la norma costituzionale possa giocare un ruolo nel processo e, segnatamente, nel processo amministrativo. Preliminarmente, deve darsi conto di come sia del tutto superata l'idea di una riserva di giurisdizione costituzionale in ordine all'interpretazione della Costituzione. E di come, conseguentemente, sussista una contitolarità di giudici costituzionali e comuni nell'applicazione del dettato della Carta¹³.

Con il tempo hanno dunque trovato conferma le intuizioni di Crisafulli ed Esposito. I quali – all'indomani dell'entrata in funzione della Consulta – ebbero a scrivere, rispettivamente, che nella molteplicità delle interpretazioni di una disposizione, articolate dal giudice comune, è ben possibile che ve ne siano di compatibili e di incompatibili con le norme costituzionali¹⁴ e che – parallelamente – alla Corte «spetta in modo esclusivo solo lo stabilire la incompatibilità di una disposizione di legge con tali norme»¹⁵, non anche di stabilirne la compatibilità. Del resto, è ormai ben nota la sentenza n. 356/1996, con la quale la Corte ha chiarito che: «[i]n linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...] ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali.»¹⁶

L'evoluzione della tecnica giudiziaria ha partorito, via via, metodologie raffinate. A ben vedere, ad oggi, possono descriversi quantomeno due generalissimi schemi entro i quali si incardina l'attività decisoria fondata sul dettato costituzionale: l'applicazione diretta della Carta e l'interpretazione conforme. La prima, di peculiare attualità in tempi di dibattito sul salario minimo, consiste nell'estrazione immediata di significato dalla

¹² R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, reperibile online al sito www.robertobin.it, p. 14.

¹³ Cfr. da LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Astrid*, disponibile online, p. 1 e L. IANNUCILLI, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni. Brevi note sul tema*, 6 novembre 2009, disponibile su www.cortecostituzionale.it, p. 5.

¹⁴ V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 938 e s.

¹⁵ C. ESPOSITO, *Osservazione*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 570 e s.; corsivo rimosso.

¹⁶ C. cost., sent. 356/1996.

disposizione costituzionale, con il fine ultimo di impiegare la medesima come *regula* risolutiva della controversia. La seconda implica invece un procedimento più complesso, volto a incardinare il disposto sui binari della compatibilità costituzionale¹⁷.

Se quanto detto vale con riferimento a qualsiasi giudizio comune, doppiamente rileva in ordine al processo amministrativo, ove la legge (anche costituzionale) costituisce il «parametro ultimo»¹⁸ alla luce del quale valutare la coerenza tra provvedimento e sistema.

Certo è che la normativa superiore costituisce un parametro del tutto peculiare. Invero, se la legge amministrativa spesso si riduce alla casistica, disciplinando il dettaglio della fattispecie, quella costituzionale segue la logica opposta, carezzando una mitezza¹⁹ di fondo e adottando a piene mani le possibilità offerte dalle clausole generali. La malleabilità della legislazione di principio costituisce tuttavia fonte di incertezza per il giudice, chiamato a svolgere quel processo di concretizzazione necessario ad estrapolare significato da norme, per loro natura, vaghe.

4. Il ragionamento del Consiglio di Stato e l'affermazione di un *favor* ambientale

Non fanno eccezione i casi in commento, ove il Consiglio di Stato si confronta con la portata precettiva del novellato art. 9 Cost., tentando di coglierne la sostanza e il *quid novi*.

Dal canto suo, la sent. 2836 si mostra estremamente cauta nell'accostare il tema. Preliminarmente ricordati i caratteri della discrezionalità tecnica, la pronuncia riporta le conclusioni della più recente giurisprudenza, a mente della quale ove «si fronteggino opinioni divergenti parimenti plausibili, il giudice deve far prevalere la posizione espressa dall'organo istituzionalmente competente ad adottare la decisione»²⁰.

¹⁷ Secondo M. DE LUCA, quest'ultima tecnica si dipana ulteriormente nelle sottocategorie dell'interpretazione adeguatrice e dell'interpretazione costituzionalmente orientata (ID., *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Il Foro italiano*, 11, 2009, pp. 421-430). Se la prima «accorda preferenza [...] a quella che [, tra le diverse interpretazioni,] risulta [essere l'unica] conforme alla Costituzione» (*ivi*, p. 425), la seconda costituisce «soltanto un'opzione ermeneutica, che propone [...] l'interpretazione ritenuta maggiormente conforme» (*ibid.*).

Peraltro, con il tempo, l'interpretazione adeguatrice è divenuta una necessità per il giudice del processo principale, essendo il medesimo chiamato, prima di proporre l'incidente di costituzionalità, non solo a sondare i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza, ma altresì ad esperire il tentativo di interpretazione conforme (Cfr. G. AMOROSO, *Interpretazione adeguatrice e condizione di ammissibilità della questione incidentale di costituzionalità*, in *Il Foro italiano*, online).

¹⁸ A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2012, p. 54. Nota comunque l'A. che l'applicazione delle norme costituzionali da parte del G.A. «non è quasi mai 'diretta': la loro violazione rileva [...] nelle modalità attraverso le quali l'amministrazione persegue l'interesse pubblico nell'applicazione della legge» (*ibid.*).

¹⁹ L'espressione si deve a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.

²⁰ *Ibid.*; il provvedimento rinvia a Cons. St., sent. 8167/2022. Sulla stessa linea si pone la sent. 6578, che replica il ragionamento fondato sul *favor* istituzionale nella determinazione della scelta amministrativa.

Nonostante tale premessa, l'esame del Consiglio di Stato non si arresta alla valutazione estrinseca dell'operato amministrativo, ma ne valuta la conformità alla legge, proprio al fine di sondarne la bontà.

Approcciando il merito, con passo felpato, il Consesso formula un'ulteriore precisazione; questa volta in materia di bilanciamento. Per farlo rammenta le conclusioni a cui la Corte costituzionale giunse con la celebre sent. 85/2013, osservando dunque «l'assenza [...] di una primazia [...] di un principio e diritto fondamentale rispetto agli altri, tale assunto valendo anche per i 'diritti' [...] e per gli 'interessi' di rango costituzionale»²¹. La Consulta affermò, in quella sede, che «[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»²². A distanza di alcuni anni, la Corte avrebbe avuto modo di rinsaldare questa tesi, ribadendo la necessità di una «tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati»²³.

A questo punto, pienamente consci degli arresti giurisprudenziali delineatisi nella c.d. «saga I.L.V.A.», i giudici di Palazzo Spada aggiungono un tassello. Si legge nella sentenza 2836: «non può esser sottovalutato che il nuovo testo dell'art. 9 Cost., come novellato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, depone nel senso della maggiore, e non minore, tutela dei valori ambientali [...] nell'ottica della salvaguardia delle generazioni future e dello sviluppo sostenibile»²⁴. Una siffatta rilettura critica impone una modifica nell'interpretazione della legge: «l'esegesi delle disposizioni [...] in materia di ambiente e paesaggio dovrebbe essere orientata nel senso di [...] accrescere e non diminuire il livello di protezione effettiva di tali valori.»²⁵

Con queste poche righe, pur pretendendo di non modificare il dogma dell'equiordinazione degli interessi cristallizzatosi nella giurisprudenza costituzionale, il Consiglio di Stato esprime un chiaro *favor* ambientale. L'insegnamento (innegabilmente nomofilattico) che si trae è che, a fronte di un conflitto tra interessi, il giudice debba valorizzare le ragioni del verde, apparentemente imposte dal nuovo testo della Carta: l'interpretazione costituzionalmente orientata diviene necessariamente *interpretazione ambientalmente orientata*. Il medesimo ragionamento è replicato, *ad abundantiam*, dalla sentenza 6578 del 2023, che vale così a consolidare questa nuova linea interpretativa.

Peraltro, questi provvedimenti seguono le prime intuizioni che – già nel 2022 – fecero breccia nella Suprema magistratura amministrativa; si legge nella sent. 8167/2022 che la riforma dell'art. 9 «segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva»²⁶.

²¹ Sent. 2836/2013 cit.

²² C. cost., sent. 85/2013 cit.

²³ C. cost., sent. 58/2018.

²⁴ Cons. St., sent. 2836/2023.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Cons. St., sent. 8167/2022.

Il successivo sviluppo giurisprudenziale di tale considerazione sembra averne determinato la radicalizzazione, con la definizione di una sorta di presunzione assoluta di prevalenza delle istanze ambientali su quelle concorrenti.

5. Apologia del bilanciamento (e della proporzionalità). Una conclusione

Pare dunque che si sia avverata la profezia della più attenta dottrina, che già da tempo aveva individuato – nella L. cost. 1/2022 – una ridefinizione della gerarchia dei valori costituzionali o, quantomeno, i presupposti per attuarla²⁷.

A fronte di questo, tuttavia, è necessario domandarsi quale sia il destino del cauto sistema di composizione degli interessi progressivamente disegnato dalla Consulta. Infatti, l'analizzato passaggio con il quale il Consiglio di Stato dichiara di aderire alla sent. 85/2013 assume – francamente – più i contorni di una formula di stile che non di un serio convincimento intellettuale, atteso che poche righe dopo il giudice evidenzia l'idea secondo la quale l'esegesi della disciplina «dovrebbe essere orientata»²⁸ verso la maggior tutela dei valori ambientali.

Ciò, ad ogni modo, non significa che non si possa trovare un punto di convergenza tra le due diverse posizioni. In questo senso, l'uso del condizionale «dovrebbe» – interpretato in senso tenue – potrebbe condurre a conclusioni più morbide. Si potrebbe cioè ritenere che la prevalenza del valore ambientale – qualora effettivamente implicata dalla riforma – non sia tale *iuris et de iure*, ma che, alla stregua di una presunzione relativa, possa essere superata in seno ad un opportuno bilanciamento.

Non si tratterebbe di una novità. Fu, di nuovo, la Corte costituzionale, con la citata sentenza 85/2013, a evidenziare l'esigenza di evitare tirannie tra valori, ravvisando dunque la necessità di «un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»²⁹.

La stessa sentenza 8167/2022 – emanata dal Consiglio di Stato all'indomani della riforma dell'art. 9 Cost. e citata dalle decisioni in commento – non si scosta da questa impostazione. Infatti, pur affermata con solennità l'emersione di «una nuova assiologia compositiva» dei valori ordinamentali, il provvedimento rileva come «il principio di proporzionalità rappresent[i] il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra [...] valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale»³⁰, valorizzando il procedimento amministrativo come «sedes materiae in cui devono contestualmente e dialetticamente avvenire le operazioni di comparazione, bilanciamento e gestione dei diversi interessi confliggenti.»³¹

²⁷ V. *supra*, nt. 5.

²⁸ Cons. St., sentt. 2836/2023 e 6578/2023.

²⁹ C. cost., sent. 85/2013.

³⁰ Cons. St., sent. 8167/2022.

³¹ *Ibid.*

Ebbene: il criterio principe alla luce del quale condurre il giudizio di bilanciamento altro non è che la proporzionalità³². Del resto, proprio commentando la sentenza 8167, la più autorevole dottrina ha avuto modo di notare come tale canone normativo consenta «di individuare il giusto punto di equilibrio»³³ nella ponderazione degli interessi.

Sicché, a ben vedere, la riforma del 2022 non preclude in toto l'applicazione dei criteri tradizionali, bensì consente di rileggerli quali garanzie ultime di un procedimento compositivo delicato. Procedimento entro il quale determinati valori possono sì *presumersi* prevalenti, ma *sino a prova contraria*.

Questa conclusione consente, da un lato, di collocare le statuizioni del Consiglio di Stato commentate in continuità rispetto alla giurisprudenza precedente e, dall'altro, di non svilire la portata innovativa della L. cost. 1/2022.

³² Premessi, secondo A. MORRONE, ulteriori due test: di necessità della limitazione del diritto e sufficienza della tutela residua (cfr. ID. *Bilanciamento [giustizia costituzionale]*, in *Enc. Dir.*, Ann. II, t. 2, 2008, p. 196.

³³ F. G. COCA, L. LAMBERTI, *Valutazioni tecniche, tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2023, p. 240.