

L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice amministrativo*

Fabio Cintioli

SOMMARIO: 1. Beniamino Caravita di Toritto e il diritto dell'ambiente. – 2. Il dibattito costituzionale e i punti di convergenza. – 3. I punti controversi. Il bilanciamento del valore della tutela dell'ambiente. – 4. (*Segue*) Le generazioni future. – 5. (*Segue*) L'art. 41 e i limiti all'iniziativa economica privata. – 6. (*Segue*) L'art. 41 e la pianificazione economica. – 7. L'amministrazione. – 8. Il giudice amministrativo.

1. *Beniamino Caravita di Toritto e il diritto dell'ambiente*

Non credo sia casuale che Beniamino Caravita abbia scelto il diritto ambientale come uno dei suoi terreni preferiti di riflessione e ricerca.

In molti hanno già ricordato in questi ultimi mesi nei primi contributi a lui dedicati la *summa* del suo pensiero in argomento: la centralità e primarietà dell'essere umano, visto al crocevia di un intreccio di diritti e doveri in una dimensione sia individuale sia collettiva, da opporre agli estremismi di un fondamentalismo ecologico a lui sin da principio ben chiaro nel suo manifestarsi; l'irrinunciabilità dei valori di pluralismo e tolleranza e dei principi organizzativi e procedurali che formano il collante dello Stato di diritto e che anche in materia di tutela dell'ambiente devono trovare puntuale osservanza, evitando le scorciatoie di nuove ideologie; la centralità della scienza e della ricerca, le cui capacità innovative possono sole consentire di attuare il miracolo dello sviluppo sostenibile¹.

* Scritto dedicato agli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*.

¹ Valga il richiamo alla prima edizione del suo *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990, al quale hanno fatto richiamo sia M. Cecchetti, *Introduzione. La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente nella memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del convegno del 28 gennaio 2022, Napoli, 9 e ss.; nonché A. Morrone, *L'ambiente nella Costituzione. Premesse di un nuovo "contratto sociale"*, ivi, 91 e ss.

In questi tre punti in effetti ritroviamo la personalità, l'apertura consapevole al "nuovo", mai impulsiva e mai totalizzante, e la formazione culturale di Beniamino, di grandissimo spessore. Egli non credo potesse definirsi un "conservatore", sarebbe davvero semplicistico ed i suoi studi lo testimoniano. Tuttavia, nel suo desiderio di tuffarsi nella modernità, di abbracciare sempre nuove categorie, di elaborare un pensiero critico su profili ancora inesplorati, manifestava sempre un approccio meditato, mai banale, che gli consentiva di evitare fughe in avanti e di valorizzare quell'etica della responsabilità di weberiana accezione che in pieno lo contraddistingueva in tutte le sue attività.

Quindi, l'attenzione che Beniamino Caravita ha rivolto al diritto dell'ambiente era in linea col suo percorso di ricerca e con le sue attitudini umane e più intime: guardare al nuovo con gli strumenti del presente e del passato.

La sua profonda cultura giuridica, poi, gli consentiva di muoversi con destrezza in un ambito, quello del diritto ambientale, che cumula da sempre profili e problemi rientranti in differenti partizioni dell'ordinamento: dal diritto costituzionale al diritto amministrativo; dal diritto comunitario al diritto privato. Ed a questo proposito non è casuale che Egli si fosse cimentato negli ultimi anni della sua attività scientifica e professionale, con i risultati che la sua maestria puntualmente esibiva, in un altro settore che mostra analogia eclettica: il diritto antitrust.

Molte le esperienze che mi legano a Beniamino: dalla vivace stagione che vedeva riuniti intorno alla Presidenza del Senato, nella XIV legislatura, un gruppo di studiosi che confidavano sulla possibilità di varare una riforma costituzionale della forma di Governo, alla collaborazione per Federalismi e alle molte vicende forensi che ci hanno visto insieme. Tra i non pochi ricordi desidero citare quelli degli anni spesi insieme nel Comitato legislativo di Regione Lombardia e durante i quali Egli in particolare mi colpì, ancora una volta, proprio per la formidabile abilità nello sceverare complicate questioni di apparente dettaglio, utilizzando strumenti propri dei più vari segmenti dell'ordinamento e senza ovviamente mancare di avvalersi, con le giuste dosi, della sua visione di costituzionalista, se del caso col vezzo di utilizzare qualche parola in tedesco, lingua che dominava.

Così, venendo al tema prescelto per questo scritto che vuole fargli omaggio, il suo contributo scientifico al diritto ambientale è stato uno dei più saldi punti di riferimento del percorso di questa materia. Intendo riferirmi, prima ancora che alla riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 sui quali mi soffermerò, al vibrante percorso giurisprudenziale che, in una triangolazione tra diritto europeo, costituzionale e amministrativo (i tre principali punti di osservazione di Caravita), manifestò la concreta rilevanza del bene ambiente come valore costituzionale di ordine primario, benché mai assorbente in eccesso e mai "tiranno". La modernità, del resto, come Egli ci insegnava, deve filtrare per le tre coordinate che abbia-

mo testé ricordato: un umanesimo di fondo come culla dei valori in discussione, lo Stato di diritto e l'organizzazione procedimentale degli interessi e delle voci e il valore della scienza.

Cercherò, dunque, di farne tesoro per le considerazioni che seguiranno, con le quali, partendo dalla recente riforma costituzionale, vorrei provare a descrivere le conseguenze e l'impatto che essa potrebbe avere nei riguardi dell'amministrazione e della giurisdizione amministrativa.

2. *Il dibattito costituzionale e i punti di convergenza*

Sono ormai numerosi i commenti dedicati alla recente riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione. È possibile, pertanto, iniziare con alcune considerazioni di sintesi, che traggono spunto da tali contributi per offrire un parametro concettuale per le considerazioni successive.

Vi sono anzitutto alcuni punti di convergenza nel dibattito, che possiamo rapidamente ricordare.

Il primo concerne la scelta del Parlamento di considerare e dunque qualificare dal punto di vista giuridico l'ambiente e, specificamente, gli ecosistemi e la biodiversità come un complessivo valore costituzionale collocato in modo solenne all'articolo 9, anziché come un diritto soggettivo di incerto contenuto e di non chiara appartenenza dal punto di vista della sua titolarità². Enunciare l'ambiente come oggetto di tutela costituzionale in quanto valore compreso tra quelli che la carta fondamentale mette sotto la propria protezione significa anche, come è stato ben ricordato, stabilire che esiste un dovere di carattere generale che è funzionale alla tutela di questo bene e che deve tradursi in altrettante politiche pubbliche che all'ambiente dovranno rivolgersi. Sebbene sia opportuna una certa cautela nel dosaggio di tale valore (ad esempio, sembra eccederne forse il significato costituzionale l'idea di equipararlo addirittura a cardini costituzionali come il principio di democrazia o il pluralismo o l'eguaglianza) e nonostante per tale aspetto si debba condividere l'idea di chi ritiene che questa novella abbia i tratti della riformabilancio piuttosto che non quelli della riforma-programma in quanto non innova ma è ricognitiva del diritto vivente, è indubbio che la sua esplicitazione tra le norme di principio della Costituzione abbia un significato tutt'altro che trascurabile.

Il secondo punto di convergenza concerne la menzione della Repubblica come entità alla quale nel suo complesso è rimessa la tutela dell'ambiente. Il dovere di protezione ambientale, dunque, non è prerogativa esclusiva dell'uno

² In tal senso M. Cecchetti, *Introduzione*, cit.; nonché F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 123 e ss.

o dell'altro ente che compone lo Stato-apparato, ma concerne e interessa tutte le istituzioni della Repubblica senza eccezioni. Per certi aspetti può dirsi esso divenga patrimonio dello Stato-comunità. Mi sembra a questo proposito del tutto condivisibile e peraltro maggioritaria nei primi commenti sulla riforma l'opinione secondo cui questa investitura in capo alla Repubblica sia perfettamente compatibile con l'ordine delle competenze statali e regionali che in materia legislativa sono state fissate dall'articolo 117 così come interpretato dalla Corte costituzionale in questi due decenni dalla riforma del titolo V. Per un verso, la tutela dell'ambiente rimane una materia di carattere trasversale e dunque nella misura in cui enuncia un obiettivo da raggiungere consente alla competenza legislativa dello Stato di espandersi lungo l'intero ordinamento senza limitazioni preventive; per altro verso, al legislatore regionale è concesso di intervenire in questa materia a patto che rispetti le coordinate fissate dallo Stato e secondo una direzione che tende ad accentuare i profili di tutela anziché a ridurli.

Il terzo punto di convergenza è una derivazione della già descritta configurazione dell'ambiente come valore costituzionale anziché come diritto soggettivo. Si tratta infatti del riconoscere che la riforma conferma la centralità del decisore pubblico nella rispettiva qualità di Parlamento e pubblica amministrazione quale destinatari dell'indirizzo costituzionale così enunciato.

È da notare che in alcune delle prime analisi si sottolinea che il dovere di tutela dell'ambiente si rivolgerebbe prevalentemente al legislatore e in qualche misura anche all'amministrazione, ma non al giudice, che sarebbe tenuto soltanto a registrare il dato costituzionale così come filtrato dalle leggi che correttamente lo implementassero³. Non sono mancate tuttavia opinioni diverse che, probabilmente riannodandosi anche alle dottrine dell'interpretazione costituzionalmente orientata, sembrano affermare che l'inserimento esplicito in Costituzione della tutela dell'ambiente, degli ecosistemi e della biodiversità abbia una portata tale da interessare direttamente anche il giudice nella sua attività di interpretazione delle leggi⁴.

Al decisore pubblico comunque spetta il compito di individuare e calibrare, di volta in volta, la portata che il dovere di protezione dell'ambiente deve assumere. Sicché in questa operazione sarà inclusa, tra l'altro, la definizione del rapporto tra ambiente e paesaggio, che pure ha suscitato nel dibattito sviluppatosi all'indomani della riforma non poche discussioni: si ricorda in particolare l'opinione di chi ritenne che accoppiare la tutela dell'ambiente a quella del paesaggio avrebbe provocato il rischio di sacrificare quel valore che nell'originaria previsione dell'articolo 9 aveva ampliato i suoi prevedibili iniziali confini grazie all'ope-

³ M. Cecchetti, *Introduzione*, cit.

⁴ F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9*, cit.

ra del pensiero di studiosi come Alberto Predieri⁵; l'immagine di sterminati campi destinati ad ospitare pale eoliche ed impianti di energia solare con pregiudizio della bellezza d'insieme che il paesaggio, assorbente anche la dimensione urbanistica, aveva saputo offrire emergeva evidente nelle preoccupazioni di chi alimentava questi dubbi⁶. Mi sembra che, comunque, esse possano essere risolte rimandando, appunto, al legislatore così come anche all'amministrazione la ricerca di un giusto equilibrio. E della necessità di bilanciare ed equilibrare i valori in gioco diremo tra un attimo.

3. *I punti controversi. Il bilanciamento del valore della tutela dell'ambiente*

Veniamo adesso a ricordare quali sono invece i punti controversi che il dibattito fino ad oggi ha lasciato sul terreno.

La prima e forse più delicata questione attiene al peso specifico che il valore della tutela ambientale dovrà assumere in relazione a tutti gli altri valori protetti dalla Costituzione repubblicana.

Nel tentativo di riassumere le opinioni, possiamo dire che la prima di esse ritiene che la riforma non provochi alcun mutamento dei principi già affermati a questo riguardo dalla Corte costituzionale nella ben nota giurisprudenza Ilva⁷. Si tratta dunque dell'opinione che conferma, anche dopo la riforma, che la tutela dell'ambiente debba essere oggetto di un bilanciamento con gli altri valori che venissero in conflitto con essa. Per un verso (valga per l'ambiente come per ogni altro valore costituzionale) si deve rifuggire dal pericolo di coniare "valori tiranni", i quali possano assorbire in via assoluta e preventiva un dato profilo di tutela con sacrificio di altri valori costituzionali⁸. Per altro verso, si tratta in fondo solo di ribadire anche in questo campo la tradizionale e consolidata tecnica della Corte costituzionale, che consiste nell'applicare la logica del temperamento tra valori: nella soluzione del caso concreto si deve sempre evitare il sacrificio totale dell'uno rispetto all'altro e scegliere una strada che consenta, appunto, di temperare, vale a dire di attribuire all'uno e all'altro lo spazio possibile nella determinata situazione di interesse.

⁵ Rinvio alla raccolta di scritti curata da G. Morbidelli e M. Morisi, *Il paesaggio di Alberto Predieri*, Bagno a Ripoli, 2019.

⁶ G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in www.giustiziainsieme.it.

⁷ M. Cecchetti, *Introduzione*, cit.; in senso dubitativo R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 69 e ss.

⁸ In particolare, Corte cost. sent. n. 85 del 2013.

Non sono mancate tuttavia opinioni diverse, le quali ritengono che l'inserimento della tutela dell'ambiente nell'articolo 9 anzitutto abbia il significato della riforma-programma, con contenuto dunque nettamente innovativo: non si tratterebbe di una novella che ha lo scopo di limitarsi a registrare il diritto vivente. Il passaggio successivo è quello di assumere che la riforma addirittura impedisca a monte ogni possibilità di bilanciamento e di compromesso quando è in gioco la tutela dei valori ambientali⁹. È, questa, la tesi che in sostanza confeziona la tutela dell'ambiente come valore non solo primario ma anche assoluto e che quindi dallo stabilire un preciso ordine gerarchico degli interessi tutelati dalla Costituzione nei fatti prelude all'abbandono della tecnica del bilanciamento quando viene in gioco la tutela dell'ambiente. Non molto diverso da questo approccio è quello di chi ritiene che in linea di principio lo stabilire un ordine gerarchico sia compatibile con i valori costituzionali e che, nello specifico, la novella dell'articolo 9 introduca un imperativo categorico di tutela dell'ambiente, ponendo le premesse per un'inevitabile modifica della giurisprudenza Ilva¹⁰. Il sostrato culturale di questa posizione è quello che affida alla tutela dell'ambiente un compito ultimativo, che riguarderebbe la sopravvivenza di tutte le forme di vita al fine di liberare la società dei viventi da un rischio potenziale ma effettivo di sua estinzione.

La questione è indubbiamente molto delicata e per affrontarla in maniera adeguata si dovrebbe andare ben oltre le pagine di questo scritto, che devono restare nei limiti di una sintesi del dibattito.

Ci si limita allora ad osservare che, se fosse vero che la riforma prelude alla fine di ogni bilanciamento quando è in gioco la tutela dell'ambiente, si dovrebbe dire che il compito del decisore pubblico sarebbe destinato inevitabilmente a scolorire; nei fatti esso finirebbe probabilmente nel risolversi in quello di anteporre di volta in volta ogni profilo di protezione ambientale a quello che inerisce alla protezione di altri valori costituzionali. Inoltre, questo tipo di ragionamento è esattamente quello che, a mio parere, apre le porte alla creazione di valori tiranni, trascurando il fatto che la tecnica del contemperamento è consustanziale all'equilibrio costituzionale e si salda, grazie all'opera della Corte costituzionale, ad uno di quei principi fondamentali che caratterizzano l'ordine costituzionale e quindi simbolicamente resistono persino al processo di revisione di cui all'articolo 138 Cost.¹¹. Se davvero la riforma avesse inteso riservare alla tutela dell'ambiente una tale posizione di assoluto primato, dovremmo allora riprendere in seria considerazione le preoccupazioni di chi aveva ritenuto durante il corso della sua appro-

⁹ G. Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 - Modifica articolo 9 della Costituzione*, in www.osservatorioaic.it, 2020, 1, 73, per una visione nella quale l'ambiente diviene un bene *extra commercium*.

¹⁰ A. Morrone, *L'ambiente nella Costituzione*, cit.

¹¹ Sui valori tiranni, è di rito la citazione di C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, ed. italiana, Milano 2008.

vazione che essa potesse porsi in contrasto coi principi supremi dell'ordinamento costituzionale e varcare i limiti frapposti alla revisione costituzionale¹².

Se è vero, come ritengo lo sia, che la funzione del costituzionalismo sia principalmente quella di ostacolare l'avvento di nuovi totalitarismi, quale ne sia la natura, è indispensabile ricordare sia che la sovranità appartiene al popolo e che questo sconsiglia nuove rigidità costituzionali, sia la circostanza che l'esperienza storica ci dimostra che gli abiti che il totalitarismo può assumere sono molto diversi di epoca in epoca e che il loro tratto fondante è l'unicità del pensiero, attraverso la quale si afferma la concentrazione del potere. Potrebbe bastare questo per sconsigliare di mettere da parte la tecnica del bilanciamento.

Di fronte, poi, al drammatico pericolo dell'estinzione della specie, purtroppo non si può fare a meno di evocare anche il principio di proporzionalità e nel contempo il ruolo, eccedente la stessa dimensione del costituzionalismo nazionale, che compete alla dinamica delle relazioni internazionali tra Stati sovrani, entro e fuori le organizzazioni sovranazionali. L'affacciare lo sguardo oltre i confini europei, e guardando soprattutto ad Est, ci fa capire che esistono elementi e dati di fatto che dovrebbero parimenti condizionare la portata da assegnare a questo valore costituzionale: di fronte a un rischio simile, lo sforzo che la nostra Costituzione e quindi la Repubblica italiana può approfondire è inevitabilmente assai limitato rispetto al resto dell'umanità. Sarà dunque più utile approfondire sforzi di politica internazionale per persuadere gli Stati sovrani che rimangono indifferenti a questo pericolo piuttosto che piegare la Costituzione ad inedite rigidità che molti problemi potrebbero generare nel contesto socio-economico della stessa Repubblica.

Infine, dal momento che è acquisito al dibattito tra gli studiosi che la politica e il Parlamento vivono una stagione di crisi e che è concreto il pericolo di una caduta della loro legittimazione nei riguardi dei cittadini, sembra non troppo meditato attribuire a questa riforma, benché varata quasi all'unanimità, un effetto così potente e tale da alterare le radici della struttura costituzionale e del modo in cui la Corte costituzionale ha continuato ad renderla viva nel corso di tutti questi decenni¹³.

¹² Così T. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it, paper*, 23 giugno 2021.

¹³ G.L. Conti, *Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, 2, 194 e ss., il quale osserva che i lavori preparatori della legge costituzionale 1/2022 sono particolarmente scarni e che il tema maggiormente dibattuto è stato la tutela degli animali.

4. (Segue) *Le generazioni future*

Il secondo punto critico riguarda l'estensione della tutela anche alle generazioni future.

Secondo alcune voci sarebbe stato opportuno direttamente enunciare la nozione di sviluppo sostenibile, che avrebbe garantito alla disposizione una portata precettiva più efficace. In verità, su questo aspetto mi sembra ragionevole l'osservazione di chi invece ritiene che il riferimento alle generazioni future costituisca un'effettiva e apprezzabile innovazione del tessuto costituzionale e che in essa sia implicito, nella misura che il corso degli eventi potrà determinare, l'evocazione dello stesso sviluppo sostenibile come chiave di svolgimento della tutela ambientale¹⁴.

Vi è stato anche chi ha criticato il riferimento testuale alle generazioni future, per il fatto che avrebbe determinato una dimensione marcatamente antropocentrica e che quindi avrebbe svalutato la tutela dell'ambiente in sé, che dovrebbe essere sempre assicurata a prescindere dal riferimento alla posizione e agli interessi degli esseri umani¹⁵.

La migliore obiezione a questo tipo di perplessità la si può trarre proprio dagli scritti di Beniamino Caravita, i quali anche su questo aspetto possono fungere da guida per l'interprete e che, credo, possano certamente esser condivisi nel loro svolgimento ulteriore. La tutela dell'ambiente non può sganciarsi da una centralità della persona umana, benché intesa in senso ovviamente non solo individuale ma anche collettivo. Sicché un'estensione della tutela anche a beneficio delle generazioni future è una scelta che completa in maniera equilibrata e corretta una riforma costituzionale come quella in discussione.

Del resto, accusare la riforma di antropomorfismo significa, a mio parere, anche aderire ad una concezione delle politiche ambientali molto precisa: quella della c.d. "impronta ecologica", che ritiene che la presenza di ciascun individuo sia un peso per l'ecosistema, un vero e proprio agente di deterioramento del suo equilibrio e che pertanto la politica ecologica debba consistere in una continua e costante compensazione della stessa esistenza umana. Le implicazioni filosofiche di tale "antiumanesimo ambientalista" sono però evidenti e ne segue un completo ribaltamento del percorso seguito da Kant nei postulati della ragion pratica: l'umanità da fine torna ad essere un semplice mezzo¹⁶. Un passaggio sull'interpretazione delle norme costituzionali al quale, se davvero così fosse sostenuto, si dovrebbe resistere con convinzione.

¹⁴ F. Fracchia, *L'ambiente* nell'art. 9, cit.

¹⁵ F. Rescigno, *Quale riforma per l'art. 9*, in *Federalismi.it - paper*, 23 giugno 2021.

¹⁶ Cfr. E. Capozzi, *Politicamente corretto*, Venezia, 2018, 139 e ss., in part. 159.

Guardare al futuro e alle nuove generazioni significa emancipare le decisioni di politica ambientale da troppo ristrette visioni legate all'attualità e ancor più da eventuali condizionamenti di carattere politico e di ricerca del consenso che solo alle generazioni attuali rivolgersero lo sguardo. Si tratta di una formula che implica un richiamo forte alla responsabilità della classe dirigente: la protezione dell'ambiente abbraccia anche il futuro. Nel giudicare la riforma, poi, non si deve neppure trascurare la ricchezza di implicazioni che il riferimento alle generazioni future può avere in campi che sono sì diversi dal diritto ambientale, ma accomunati dal rilievo di doveri intergenerazionali ispirati dal canone di solidarietà *ex art. 2 Cost.*¹⁷.

Questo aspetto non fa che confermare quanto complessa e delicata sia l'operazione di bilanciamento, dato che gli assetti delle generazioni future non sono agevolmente prevedibili *ex ante* e questo, dunque, inocula un seme di dubbio nella scelta degli strumenti da adottare.

Anche per questa ragione ritengo che il riferimento alle generazioni future non debba a sua volta esser letto come strettamente condizionato da una prospettiva di intensificazione della tutela ambientale di per sé. L'interesse delle generazioni future non è caratterizzato da una relazione unilaterale ed esclusiva con l'ambiente, ma è un interesse che si lega anche ad altri aspetti: ad esempio, quello della crescita economica, dello sviluppo del mercato del lavoro, della conservazione di equilibri di bilancio pubblico sopportabili. In altre parole, se è vero che il bilanciamento rimane la chiave di volta per ordinare i valori costituzionali e se è vero che le generazioni future esprimono un interesse multiforme che dev'essere oggetto di tutela, non ci si deve stupire se nei fatti il modo di proteggere l'ambiente anche a beneficio delle generazioni future sia tale da ponderare scelte equilibrate che possano, senza cadere in un eccesso di antropomorfismo, tener conto di altri interessi e valori costituzionali in gioco.

5. (Segue) *L'art. 41 e i limiti all'iniziativa economica privata*

Il terzo punto critico riguarda la riforma dell'articolo 41 Cost., che, come sappiamo, per un verso ha previsto che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi con danno per l'ambiente e, per altro verso, ha incluso tra i fini di una programmazione che potrebbe condizionare l'impresa privata, accanto ai fini di carattere sociale, quelli di carattere ambientale.

¹⁷ Rinvio alle riflessioni fatte da F. Fracchia e P. Pantalone in *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, Napoli, 2022; e da P. Pantalone, in *La crisi pandemica dal punto di vista dei doveri*, Napoli, 2023.

La prima di queste due novità ha registrato una prevalenza di opinioni favorevole a ritenerla come componente di una riforma-bilancio¹⁸. Infatti, il principio secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi con danno per l'ambiente è stato considerato esattamente corrispondente a quel che la giurisprudenza costituzionale e il diritto vivente avevano nel frattempo introdotto nell'ordinamento: la protezione dell'ambiente è valore costituzionale che, dovendo affermarsi in relazione a tutti i valori costituzionali in eventuale conflitto, non può che richiedere un contemperamento anche con la protezione della libertà economica e con le condotte che si sviluppano nel mercato.

Insomma, non è una novità il fatto che nell'ordinamento italiano l'attività d'impresa incontri un limite nella protezione dell'ambiente.

Mi sembra siano rimaste minoritarie, perciò, le opinioni che invece attribuiscono a questa previsione un significato innovativo, che esprime non soltanto un limite esterno ma anche un limite interno all'iniziativa economica privata¹⁹. In definitiva, si tratta di opinioni che mi sembra si riaggancino alla tesi che nega o comunque riduce la possibilità di un bilanciamento del valore ambientale con altri valori in conflitto e che per questo, nell'istituire un ordine gerarchico che pone in posizione di primato la tutela dell'ambiente, non può che anteporla in maniera assoluta e conformativa all'attività di impresa privata. Ne dovrebbe dunque scaturire una sostanziale modifica della giurisprudenza costituzionale in argomento.

A tali ultime impostazioni si può tuttavia replicare con quanto già osservato in precedenza a proposito del principio del bilanciamento, gli argomenti valgono in maniera speculare. È da aggiungere soltanto che il ritorno della teoria dei limiti interni nell'orbita dell'articolo 41, alla fin fine, sembra riproporre vecchie tesi che sono rimaste tuttavia sconfitte in passato e che al tempo erano state proposte sulla base di un bagaglio politico istituzionale e culturale oggettivamente solido, benché non condiviso dallo scrivente e rimasto perdente nel percorso della storia²⁰. Inoltre, mi sembra che questa riproposizione dei limiti interni implichi anche una revisione troppo forte del punto di equilibrio che faticosamente è stato trovato nel corso di decenni dalla Corte costituzionale²¹. Mi sembra allora discutibile pensa-

¹⁸ Mi sembra che in tal senso possano esser riassunte le considerazioni di L. Casseti, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di nuovi equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, *Federalismi.it*, 2 febbraio 2022; analogamente M. Cecchetti, op. cit.

¹⁹ A. Morrone, *L'ambiente nella Costituzione*, cit.

²⁰ Mi sia concesso rinviare, anche per i richiami ivi contenuti, al mio *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, *Dir. soc.*, 2009, 373 e ss.

²¹ Su questo profilo, e con una puntuale analisi sulle conseguenze che, insieme agli indirizzi provenienti dal diritto UE, ne sono derivate per la regolazione amministrativa dell'economia, M. Ramajoli, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'articolo 41 della Costituzione*, *Dir. amm.*, 2008, 121 e ss.

re che oggi quel tipo di approccio possa esser riproposto in relazione ad un obiettivo certamente fondamentale e primario come la tutela dell'ambiente, ma inevitabilmente impalpabile, proprio per la sua natura di valore costituzionale, esposto ad inevitabili e complesse ponderazioni e destinato comunque ad esser storicamente condizionato dai progressi che la scienza e la tecnica hanno fatto e potranno ancora fare per assicurarne una migliore protezione²². Anche qui il contributo di Beniamino Caravita ci aiuta, aggiungendovi la notazione che è proprio lo sviluppo dell'attività di impresa che fa da motore alla ricerca e al progresso scientifico.

6. (Segue) *L'art. 41 e la pianificazione economica*

Veniamo così alla seconda innovazione che ha riguardato l'articolo 41.

Più di un commentatore ha visto proprio nell'inserimento dei fini ambientali quale oggetto della programmazione economica una delle novità effettive della riforma: questa volta una vera e propria riforma-programma. Si è addirittura ravvisata in questa innovazione una modifica della costituzione economica e una vera e propria rivoluzione destinata a modificare il rapporto tra valori costituzionali e attività di impresa. Stabilire che compete alla Repubblica di definire i fini ambientali attraverso la programmazione economica significherebbe porre le basi costituzionali per un non scontato ritorno della politica e della programmazione industriale in Italia. La tutela dell'ambiente diventerebbe addirittura il fondamento di una stagione di rinnovato protagonismo dei poteri pubblici nell'economia e nella politica industriale²³. Si fa ricorso alle tre definizioni di economia che si sono succedute nel tempo: la *brown* o *red economy*, la *green economy* e la *blue economy*. Mentre la prima preluderebbe ad un'economia usa e getta che conduce ad una produzione totalmente libera e sostanzialmente disinteressata del problema ambientale, la seconda, la *green economy*, evoca una produzione che deve avvenire nel rispetto dell'ambiente e che vede nell'ambiente un limite all'esercizio dell'attività d'impresa. La *blue economy* invece comporterebbe un vincolo positivo all'attività economica, imponendo una sua vincolata transizione verso un sistema economico che produca e favorisca modelli di consumo intrinsecamente idonei a tutelare l'ambiente. In altre parole, la *blue economy* esemplifica la piena attuazione del modello di economia circolare.

²² Per la considerazione che l'ambiente, proprio in quanto valore costituzionale in senso tecnico, rende pressoché impossibile fornire una definizione esaustiva e aprioristica dell'oggetto della tutela, G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1133 e ss.

²³ F. de Leonardis, *La riforma "bilancio dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge cost. n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 49 e ss.

Benché brillantemente esposte e con sincero entusiasmo, riesce difficile allo scrivente aderire a questo tipo di considerazioni. In primo luogo, le perplessità poc'anzi espresse circa il ritorno dei limiti interni all'attività economica possono riproporsi verso un ragionamento che, proiettandosi verso così significativi vincoli alla politica industriale e quindi al libero sviluppo delle relazioni imprenditoriali, introduce appunto altrettanti limiti interni e conformativi e di carattere forse anche ancor più pressante, aprendo le porte ad un potere pubblico pianificatorio e ad una funzione amministrativa attuativa della pianificazione che potrebbero rivelarsi molto invasivi. In secondo luogo, rilanciare in maniera così forte l'idea di una programmazione economica improntata all'ambiente non può che suscitare reazioni preoccupate, che si rifugiano nel classico dibattito che ha visto il confronto tra economia pianificata ed economia libera. Per quanto ammantate dal nobile fine di tutelare l'ambiente, le tesi che accettano una pianificazione vincolata dell'economia in misura così significativa vanno inevitabilmente incontro alle obiezioni filosofiche, economiche e politiche che il collettivismo in economia ha incontrato e che si sono dimostrate storicamente ben fondate. Valga anche qui, poi, il richiamo al carattere indefinito della tutela ambientale e al ruolo della scienza e della tecnica, che inevitabilmente potranno via via condizionare e modificare il modo di tutelare l'ambiente; e l'impresa, peraltro, ne sarebbe il motore costante. Si tratterebbe anche di capire chi sia il pianificatore, perché, considerata la sempre più pressante presenza dell'ordinamento dell'Unione europea, è molto dubbio che a livello statale sia possibile per la Repubblica elaborare una propria linea di politica e di programmazione industriale. E se poi fosse vero che il pianificatore deve fare i conti con l'Europa, se non addirittura accettare che sia l'Europa stessa ad assumere le vesti del pianificatore, non potremmo che ricordare che la formula dell'economia sociale di mercato che sta al centro dell'edificio europeo ancora oggi parte dal primato della libertà di impresa e mi appare incompatibile con una visione pianificatoria a tutto tondo. Certo, assistiamo proprio in questi mesi all'attuazione di un PNRR che, attraverso la sua finalizzazione alla transizione energetica, nei fatti influenza non poco la direzione della politica industriale in Italia. Ma questo è un fenomeno che è passato per un avallo esplicito e comunque storicamente contingente della Repubblica, che ha assunto le sue scelte siglando un accordo con l'UE; altra cosa sarebbe accettare un simile mutamento di impostazione, una "rivoluzione" appunto, a livello di fonti costituzionali.

7. *L'amministrazione*

Chiediamoci adesso come questo dibattito sulla riforma costituzionale (e soprattutto i suoi esiti) possa incidere sull'atteggiamento dell'amministrazione e su quello del giudice amministrativo.

Il decisore pubblico cui la riforma si rivolge non è soltanto il legislatore ma sicuramente anche l'amministrazione. Basti osservare il fatto che le scelte concrete, trovando sovente nella legge come punto di riferimento soltanto delle clausole di carattere generale, sono il luogo nel quale il bilanciamento tra tutela ambientale e valori confliggenti dev'essere fatto in maniera efficace e affrontando tutti i dilemmi del caso. Si tratterà non soltanto di porre a confronto la tutela dell'ambiente con quella degli altri interessi in gioco, riguardino essi l'impresa, il lavoro, la salute o la stessa protezione del paesaggio; si dovrà anche, in qualche misura, valorizzare l'estensione della tutela alle generazioni future, se è vero che con questo passaggio la Costituzione ha voluto richiamare il principio dello sviluppo sostenibile.

Certo, l'operazione è complessa e richiede l'uso di una non facile discrezionalità amministrativa.

A parte la questione che attiene al rapporto tra ambiente e paesaggio e che ha dato luogo come ricordato ad un vivace dibattito tra gli studiosi, per dimostrare quanto sia difficile definire le scelte concrete si può ricordare che esistono dei casi nei quali dietro l'apparente frizione tra tutela dell'ambiente e attività di impresa si cela in realtà il contrasto tra due differenti proiezioni della stessa tutela ambientale. Pensiamo all'ipotesi di alcune produzioni chimiche che, per un verso, si avvalgono di fattori produttivi che, stando al principio di precauzione, potrebbero avere un impatto ambientale e richiederebbero di conseguenza sempre più intense misure di contenimento e che, per altro verso, sono però coesenziali coi loro prodotti finiti ad altri cicli produttivi che a loro volta costituiscono un perno della cosiddetta transizione energetica. L'esempio potrebbe essere quello delle batterie dei veicoli a trazione elettrica, le quali appunto si avvalgono di produzioni provenienti dal settore chimico. Complesso, dunque, il bilanciamento e particolarmente ricco l'esercizio della discrezionalità dato che, per dirla con la formula di Giannini, molti sono gli interessi pubblici primari e secondari in gioco.

Queste difficoltà, a mio parere, possono generare una preoccupazione di fondo.

Dovendo essere esercitata la discrezionalità con saggezza ed equilibrio tra due poli che di volta in volta spingeranno verso conclusioni opposte, il timore è che, in una stagione di comprensibile e condivisibile attenzione anche di livello costituzionale al tema ambientale, l'amministrazione possa essere indotta ad una

più “facile” scelta che sacrificasse il necessario bilanciamento e finisse per orientarsi a favore di una tutela pressoché assoluta dell’ambiente, persino con sacrificio della protezione degli interessi delle generazioni future. Mi sembra una considerazione realistica, anche perché è innegabile che in Italia per ragioni profonde di carattere storico la cultura d’impresa è rimasta piuttosto trascurata ed a livelli non soddisfacenti, così come è innegabile che uno dei dilemmi del diritto ambientale sia quello di tener conto in maniera ragionevole e senza eccessi delle spinte popolari che, in nome della tutela dell’ambiente, si oppongono con continuità e vigore ai progetti di sviluppo infrastrutturale e agli insediamenti produttivi che sono nondimeno essenziali non solo per la crescita economica ma per la stessa transizione energetica. L’esperienza italiana lo testimonia efficacemente; basti pensare ad alcune vicende degli anni recenti, su tutte forse la resistenza opposta dal territorio al progetto TAP in Puglia, relativo ad un impianto di trasporto di gas naturale che ha consentito alla Repubblica una fonte di approvvigionamento energetico alternativo rivelatasi addirittura essenziale in questo frangente storico.

A ciò deve aggiungersi che l’amministrazione italiana vive comunque una stagione molto difficile e ci appare sovente fragile, soprattutto nelle occasioni in cui è chiamata ad effettuare le scelte più complesse dal punto di vista degli interessi in gioco e delle conseguenze che possono derivarne. L’amministrazione italiana, specie quella “decidente”, come si addice alla materia ambientale, è stata interessata da un vero e proprio “attacco alla discrezionalità” in nome di non sempre ben meditate politiche di prevenzione della “corruzione” e vive nella difficoltà di districarsi tra moltissime e complicate disposizioni che sono state il frutto di una troppo estesa codificazione del diritto amministrativo²⁴. Questo stato di cose come è stato dimostrato dagli ormai numerosi scritti sul fenomeno della burocrazia difensiva, amplifica la responsabilità del funzionario e induce sovente l’amministrazione a rifugiarsi nella scelta che meglio protegge il funzionario stesso da responsabilità e rischi e che spesso finisce per coincidere con la propensione per una tutela ambientale che sfugge al necessario bilanciamento con i valori in conflitto²⁵.

C’è da chiedersi allora come possa influire su questo stato di cose la riforma costituzionale.

A mio parere la constatazione dello stato dei fatti consiglia molta cautela nell’interpretazione delle norme costituzionali. Qualora infatti si facessero strada le tesi che mirano a dequotare l’operazione di bilanciamento della tutela ambien-

²⁴ Sia concesso di rinviare per una illustrazione più ampia di questi concetti al mio *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici, Dir. e proc. amm.*, 2022, 523 e ss.

²⁵ Si può citare in proposito M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, *Dir. econ.*, 2018, 625 e ss. Cfr. altresì S. Cassese, *Che cosa resta dell’amministrazione pubblica?*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 8; M. Delsignore, M. Ramajoli, *La prevenzione della corruzione e l’illusione di una amministrazione senza macchia*, ivi, 61 e ss.

tale con gli altri valori in possibile conflitto, avremmo il rischio che la tendenza dell'amministrazione, pur talora comprensibile, a cercare la strada di una deresponsabilizzazione preventiva venga con esse ad incrociarsi, in definitiva utilizzando il dato costituzionale degli articoli 9 e 41 per eludere l'esercizio della discrezionalità amministrativa così come l'ordinamento richiede sia esercitato. Si finirebbe così per tradire non soltanto quei valori costituzionali che fossero confliggenti con la tutela ambientale, ma anche il ruolo centrale che la Costituzione stessa affida alla funzione amministrativa. Tra gli insegnamenti che ricaviamo dagli scritti di Beniamino Caravita v'è la costante attenzione all'importanza del procedimento, della partecipazione e delle garanzie che nel procedimento stesso sono previste proprio per l'esercizio di una corretta, per quanto complessa discrezionalità. Dunque, è nel procedimento e nella ricchezza della sua istruttoria che gli interessi in gioco saranno valutati, ma dopo questo momento l'amministrazione potrà e dovrà effettuare le sue scelte in modo consapevole.

8. *Il giudice amministrativo*

Passando infine al giudice amministrativo e al modo in cui la riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 Cost. e le sue interpretazioni potranno incidere sul suo sindacato sulle scelte che riguardano la tutela ambientale, è necessario fare una precisazione preliminare.

È ben noto e ricco il dibattito sull'interpretazione costituzionalmente orientata della legge e dunque sugli spazi che il giudice si riserva nell'interpretare e applicare determinate norme di legge in funzione e alla luce della propria lettura del dato costituzionale.

Non pochi sono i dubbi sollevati su questa tecnica di giudizio, che rischia di alterare il principio di separazione dei poteri nel rapporto tra legislativo e giudiziario, di confondere i due separati momenti della *legis-latio* e *legis-executio* e di generare gravi incertezze che potrebbero minare alla radice l'effettività dell'ordinamento giuridico²⁶.

Questo problema è indubbiamente al centro dell'interpretazione degli articoli 9 e 41 e interessa tuttavia perlopiù il giudice ordinario e non il giudice amministrativo. O perlomeno così dovrebbe essere.

²⁶ Sul rischio del disordine nell'ordinamento giuridico e sui problemi, sia di sistema sia applicativi, che nascono dalle interpretazioni costituzionalmente orientate, cfr. M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, nonché *Interpretazione conforme a costituzione* (ad vocem), *Enc. dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 470 e ss.

Mentre l'operazione di interpretazione della legge assume un rilievo centrale nel giudizio civile come in quello penale, manifestandosi come il campo elettivo di applicazione dell'interpretazione costituzionalmente orientata, il giudice amministrativo incentra invece la sua cognizione in un sindacato che assume come punto di riferimento il potere pubblico. Egli quindi, al di là dei casi in cui vengano in gioco specifiche violazioni di legge o profili di incompetenza amministrativa, utilizza la chiave dell'eccesso di potere, che oggi ha aggiunto visibilmente all'uso dei tradizionali vizi sintomatici un più ampio sindacato di ragionevolezza e proporzionalità. Questa tecnica di giudizio fa sì che il profilo dell'interpretazione della legge, pur restando ovviamente importante nel contesto della sua cognizione, non abbia un carattere esaustivo e che viceversa appaia primario il controllo sul modo in cui il potere pubblico ha effettuato la sua scelta.

È stato scritto, con profondità di analisi e lucida comprensione delle dinamiche effettive di tale processo, che il giudice amministrativo è stato sovente non solo "creatore" dei principi, ma anche un giudice che tende persino a porsi in una posizione, se non addirittura sovraordinata, parallela a quella dello stesso legislatore, con una sostanziale inversione dell'ordine formale della gerarchia delle fonti, ove i principi generali del diritto designano in realtà i principi generali del giudice. La giurisprudenza amministrativa e il diritto che ne è sorto sono apparsi tali allora da iscriversi nel solco di un recupero dello spazio "creativo" della giustizia "graziosa" in funzione di limitazione del potere pubblico e del primato giacobino della legge. La specialità del giudice amministrativo è, dunque, figlia della specialità del sistema delle fonti che il diritto amministrativo esibisce e il principio costituzionale secondo il quale il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.) sarà sì valido anche per tale giudice, ma con l'assunzione di un significato molto diverso da quello che vale per il giudice ordinario²⁷. Aggiungo in proposito che questa tecnica di sindacato resiste persino all'imponente codificazione che il diritto amministrativo ha dovuto registrare in nome di una (solo dichiarata, ma non conseguita) semplificazione del diritto amministrativo in questi ultimi due decenni, dato che l'insieme di tali disposizioni, se indubbiamente complica non poco l'attività dell'amministrazione, non impedisce al giudice di estrapolarne dei principi che, in sintonia con quelli tradizionali, sono poi la chiave per esercitare il suo sindacato sul potere.

Si intuisce pertanto che il sindacato del giudice amministrativo dovrà filtrare il valore costituzionale che si voglia assegnare alla riforma degli articoli 9 e 41 Cost. attraverso un suo vaglio sulla ragionevolezza e proporzionalità della scelta. In buona sostanza, si tratta pur sempre di controllare la scelta discrezionale attraverso una verifica del rispetto di quei paletti esterni oltre i quali il merito ammini-

²⁷ M. Mazzamuto, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, *Dir. amm.*, 2015, 683 e ss.

strativo sconfinava in una dimensione che il diritto attrae a se stesso attraverso quel taglio di legittimità che è tipico dell'eccesso di potere.

Si potrà molto discutere su quale sia, di volta in volta, la natura della discrezionalità esercitata dall'amministrazione. Talora essa ci apparirà come discrezionalità tecnica, lì dove la funzione amministrativa si avvalga di profili di carattere scientifico ed opinabili riassunti in una clausola generale stabilita nella legge, talaltra invece assumerà i tratti della discrezionalità pura e questo specie quando la tutela dell'interesse ambientale dovrà essere valutata insieme alla protezione di altri interessi in conflitto.

Questo significa che il giudice amministrativo è chiamato in questi casi a fungere da controllore di quel bilanciamento che abbiamo visto essere consubstanziale all'applicazione di ogni principio e valore della Costituzione. Nella specie, affrontando il quesito circa la ragionevolezza della scelta fatta nel concreto dall'amministrazione, il giudice potrà appurare se i dati che costituiscono la premessa della decisione siano stati correttamente e compiutamente acquisiti nel procedimento e vagliati ai fini della decisione. Il vizio procedimentale, a sua volta, potrà essere causa di annullamento del provvedimento impugnato, non soltanto alla luce della rilevanza di siffatte illegittimità e pur tenendo anche conto di quanto dispone l'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, ma anche in considerazione del rilievo che, anzitutto dal diritto dell'U.E. è assegnato agli elementi del procedimento ed agli aspetti giuridico-formali: basterà menzionare il bando dell'istituto del silenzio-assenso dalla materia delle autorizzazioni ambientali.

Dopodiché, il giudice dovrà valutare l'intrinseca ragionevolezza della determinazione amministrativa, sulla base di una cognizione di tutti gli elementi, anche di tipo scientifico e non giuridico, nonché la proporzionalità del provvedimento secondo la triplice scansione del relativo sindacato che si snoda attraverso il controllo di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto. Ed in questa fase la questione del confronto tra tutela ambientale nello specifico e tutela dell'impresa, del lavoro, del paesaggio, ad esempio, diverrà centrale. Ed è qui che viene in rilievo l'interpretazione degli artt. 9 e 41 così come novellati nel 2022.

Qualora fosse vero che dalla riforma costituzionale discende, se non un azzeramento, quantomeno una forte riduzione del bilanciamento tra l'ambiente ed i valori costituzionali confliggenti, probabilmente questo tipo di sindacato non potrebbe neppure svolgersi o comunque non potrebbe essere assicurata quel tipo di dinamica che prelude al suo buon funzionamento. È infatti nel bilanciamento e nel contemperamento tra i valori che, come si diceva, si manifesta il cuore del sindacato processuale sulla discrezionalità.

Tutto ciò dimostra quanto importante sia il dibattito sulla portata della riforma costituzionale e quante le sue ricadute. E pone in rilievo l'ennesima

ragione che sconsiglia fughe in avanti che volessero imporre una gerarchia rigida a beneficio della tutela ambientale, dato che altrimenti dovremmo accettare il sacrificio parziale di un altro valore costituzionale che costituisce vero e proprio baluardo dello Stato di diritto, nella Repubblica come anche nell'Unione europea: il principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti di qualsiasi atto dell'amministrazione.

Fabio Cintioli - Abstract

L'interpretazione degli articoli 9 e 41 della Costituzione dopo la legge cost. n. 1 del 2022: l'amministrazione e il giudice amministrativo

Il contributo ripercorre il dibattito dottrinale che ha accompagnato la recente riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione, soffermandosi sull'impatto che essa potrà avere sull'attività amministrativa e sul sindacato del giudice amministrativo.

The interpretation of Articles 9 and 41 of the Constitution after Constitutional Law No. 1 of 2022: the public administration and the administrative judge

The paper traces the legal doctrinal debate surrounding the recent reform of Articles 9 and 41 of the Constitution, focusing on the impact it may have on administrative activity and the administrative judicial review.

