

I GRANDI PREDATORI E LA NATURA OBBLIGATORIA O VINCOLANTE DEI PARERI DELL' ISPRA: UNA QUESTIONE MAL POSTA

[Marco Olivi](#)

Università Ca' Foscari di Venezia, Dipartimento di Filosofia e Beni Culturali

Abstract

La ricerca affronta il tema della natura dei pareri dell'ISPRA. Dapprima, in via generale, sono svolte considerazioni critiche nei confronti dell'opinione tradizionale che considera i pareri dell'ISPRA obbligatori e non vincolanti. Successivamente è proposta una diversa prospettiva che considera i pareri dell'ISPRA espressione di una valutazione riservata in quanto proveniente da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale. Infine, viene svolta una analisi dell'art. 16 della Direttiva Habitat che consente di derogare ai divieti di cattura, di uccisione etc. previsti dall'art. 12. Riprendendo le considerazioni svolte in generale vengono distinte l'area di discrezionalità tecnica riservata all'ISPRA e l'area di discrezionalità amministrativa riservata all'Autorità competente ad autorizzare le deroghe ossia il Ministero o i Presidenti delle Province autonome di Trento e Bolzano.

Parole chiave: Direttiva Habitat, ISPRA, grandi predatori, competenza.

Large predators and the mandatory or binding nature of ISPRA opinions: a poorly posed question

The research addresses the issue of the nature of ISPRA opinions. First, in general, critical considerations are carried out towards the traditional opinion which considers the opinions of ISPRA mandatory and non-binding. Subsequently, a different perspective is proposed which considers the opinions of ISPRA exclusive competence because it comes from an administration responsible for environmental protection. Finally, an analysis of article 16 of the Habitats Directive is carried out which allows exemptions from the prohibitions on capture, killing etc. provided for by the art. 12. Returning to the considerations made in general, a distinction is made between the area of technical discretion reserved to ISPRA and the area of administrative discretion reserved to the Authority competent to authorize the exceptions, i.e. the Ministry or the Presidents of the autonomous Provinces of Trento and Bolzano.

Key words: Habitat Directive, ISPRA, large predators, sphere of competence.

INTRODUZIONE

L'attuale emergenza relativa al ritorno di lupi e orsi in territori dai quali erano scomparsi, pone all'attenzione dell'interesse generale il tema dei conflitti tra l'uomo e due grandi predatori che sono specie particolarmente protette.

Vi è la necessità di fondare ogni scelta in materia di tutela della biodiversità e degli ecosistemi su valutazioni di carattere scientifico, con la specificazione che non sono coinvolte solo le scienze dell'ecologia e della biologia, ma anche altre discipline come l'etica, l'antropologia, la sociologia, oltre al diritto. E l'elenco potrebbe continuare sul presupposto che per dirimere i conflitti tra uomo e grandi predatori occorre approfondire la conoscenza dei secondi, ma anche del primo.

D'altra parte, questi conflitti si prestano a forti connotazioni di carattere ideologico che tendono a polarizzare le opinioni. Può essere criticato il dibattito mediatico fondato sulla radicalizzazione delle posizioni e la frequente ignoranza di nozioni scientifiche, ma non è possibile bandire tutto ciò dalla ricerca di soluzioni possibili in quanto antiscientifico. I profili ideologi concorrono necessariamente a determinare le scelte nel momento in cui le decisioni sono connotate da un elevato grado di politicità.

Se dunque il tema dei conflitti tra i grandi predatori e l'uomo va condotto secondo valutazioni scientifiche ma anche politiche, risulta centrale il problema del rapporto tra queste valutazioni. La questione, nei suoi termini più generali di rapporto tra scienza e politica, tra democrazia e tecnocrazia è enorme

e antica, ma in questa sede aleggerà solo sullo sfondo. L'indagine sarà qui condotta nel limitato campo del diritto positivo con riguardo al rapporto tra le valutazioni tecniche dell'ISPRA e la decisione finale relativa all'autorizzazione di deroga ai divieti di cattura e di uccisione di specie sottoposte a rigorosa tutela.

Un breve cenno al significato del titolo.

L'epiteto questione mal posta con riguardo al dilemma sulla natura obbligatoria o vincolante dei pareri dell'ISPRA non significa demolizione *tout court* di un orientamento consolidato sia nella giurisprudenza sia nella prassi. Neppure è premessa per disvelare la parola che squadri da ogni lato. Interessa qui ragionare su aspetti che rischiano di rimanere nell'ombra adottando lo schema che distingue tra pareri obbligatori e vincolanti. La precisazione è necessaria in relazione al tono assertivo che invece sarà utilizzato nel prosieguo, ma solo per esigenze di chiarezza dell'esposizione.

OSSERVAZIONI CRITICHE AL MODELLO CHE DISTINGUE TRA PARERI OBBLIGATORI E VINCOLANTI

Secondo lo schema che distingue tra pareri obbligatori e vincolanti, nei primi la legge impone di richiederli ma non di conformare ad essi la decisione; in quelli vincolanti la legge impone espressamente di uniformarsi al parere. Nel caso di pareri obbligatori, l'amministrazione attiva può adottare una decisione in contrasto con esso, ma deve darne adeguata motivazione.

È opinione consolidata¹ che in generale i pareri dell'ISPRA in materia di fauna selvatica

¹ Cons. Stato n. 3852 del 22 giugno 2018, ma già Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2018, n. 3852; inoltre, ex multis TAR Umbria, sent. n. 459/1997; TAR Emilia-Romagna, sent. 66/11; T.A.R. Abruzzo L'Aquila sez. I 21.06.2013 n. 606. Per un caso in cui la regione ha impugnato il parere dell'ISPRA in materia di caccia in deroga cfr. T.A.R. Liguria, sez. II n. 668/2018.

sono obbligatori ma non vincolanti in quanto le norme non prevedono espressamente di conformarsi ad essi.

Nel tema qui trattato non può dirsi ancora formata una prassi né una giurisprudenza, vi sono però le premesse per prevedere una continuità con l'indirizzo tradizionale².

La dottrina, tuttavia, ha già sottoposto a critica questo indirizzo (Olivi, 2018; Id., 2022a). Invero, in relazione ai pareri in materia ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini, è lo schema dogmatico stesso che mal si concilia con le disposizioni di cui agli artt. 16 e 17 della legge generale sul procedimento e l'azione amministrativa (l. 241/90).

Più specificamente vi sono due ragioni che impediscono di applicare il suddetto schema alle valutazioni dell'ISPRA.

Innanzitutto, si deve notare che le citate disposizioni della l. 241/90 impongono di distinguere tra pareri e valutazioni tecniche. Quindi il primo problema è verificare se si sta trattando di pareri o di valutazioni tecniche. Per la dottrina, si tratta di una vera e propria differenza ontologica, perché il parere deve essere richiesto a istruttoria conclusa, invece le valutazioni tecniche sono interne all'istruttoria di cui costituiscono parte

integrante (Occhiena e Posteraro, 2019; Ghetti, 1974; Ancora, 1985; Barbati, 2002; Ferrari, 1956; Sandulli, 2000; Corso, 1942; De Valles, 1931). Si è peraltro rilevato che non è sempre agevole distinguere tra pareri e valutazioni tecniche (Travi, 1995). Nel caso in esame sembra più appropriata la qualifica di valutazione tecnica, perché, come si dirà più nel dettaglio, l'accertamento delle condizioni previste dalla Direttiva Habitat sono necessariamente parte dell'istruttoria relativa al procedimento di autorizzazione alla deroga ai divieti di uccisione e cattura.

La seconda ragione è questa: la meccanica applicazione dello schema che distingue tra pareri obbligatori e vincolanti non tiene conto della particolare natura e del ruolo dell'ISPRA quale si desume dalla normativa³ e dalla giurisprudenza, dove assume rilievo un consolidato indirizzo della Corte Costituzionale che qualifica il parere dell'ISPRA come momento essenziale di garanzia per assicurare standard minimi e uniformi di tutela della fauna⁴.

Insomma, sia dal versante normativo sia dal versante giurisprudenziale emerge la natura di ISPRA quale amministrazione preposta alla tutela ambientale che si identifica in quelle *"amministrazioni alle quali norme speciali*

²La posizione dell'ISPRA è stata chiaramente espressa con la consueta lucidità e chiarezza da Piero Genovesi nel convegno organizzato dal master in Amministrazione e gestione della fauna selvatica del 30 giugno 2023 ora visibile presso il [sito del master](#).

³Riguardo alla normativa, per quanto qui interessa, giova sottolineare che l'ISPRA è ente pubblico di ricerca sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'Ambiente e della sicurezza energetica e di cui il Ministro si avvale nell'esercizio delle proprie attribuzioni. Cfr. art. 28 DL 112/2008 e DM 123/2010. In particolare ha il compito di censire il patrimonio ambientale costituito dalla fauna selvatica, di studiarne lo stato, l'evoluzione e i rapporti con le altre componenti ambientali, di elaborare progetti di intervento ricostitutivo o migliorativo sia delle comunità animali sia degli ambienti ai fini della riqualificazione faunistica del territorio nazionale, di controllare e valutare gli interventi faunistici operati dalle Regioni e dalle province autonome, di esprimere i pareri tecnico scientifici richiesti dallo Stato, dalle Regioni e dalle province autonome Cfr. art. 7, comma 3 l. 157/92.

⁴cfr. Corte Cost. n. 4/2000; Corte Cost. 193/2013; Corte Cost. 278/2012; Corte Cost. 107/2014 Corte Cost. 139/2017; Cons. St. 3852/2018.

*attribuiscono una competenza diretta, prevalentemente di natura tecnico-scientifica, e ordinaria ad esprimersi attraverso pareri o atti di assenso comunque denominati a tutela dei suddetti interessi così detti sensibili*⁵.

PROFILI RICOSTRUTTIVI

Si è appena osservato che le valutazioni dell'ISPRA sono "prodotte da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale". Si intende partire da questa osservazione per proporre un modello, alternativo a quello appena criticato, riflettendo sulla disciplina del silenzio in materia di attività consultiva contenuta nella legge generale sul procedimento e l'azione amministrativa (l. 241/90).

Ci si sofferma dunque sulla disciplina degli articoli 16 e 17 della l. 241/90. In breve: per quanto riguarda i pareri, gli organi consultivi sono tenuti a renderli entro 20 giorni dal ricevimento della richiesta (art.16 c. 1). In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere, l'amministrazione procede indipendentemente dall'espressione del parere. Per quanto riguarda le valutazioni tecniche, se gli organi competenti non provvedono entro 90 giorni, la valutazione tecnica deve essere richiesta ad altri organi dotati di qualificazione e capacità tecniche equipollenti oppure ad Istituti universitari (art. 17 c. 1).

Tuttavia, questa disciplina generale diretta a superare l'ostacolo del silenzio non si applica quando sono in gioco interessi così detti sensibili. Sia il comma 3 dell'art. 16 relativo ai pareri, sia il comma 2 dell'art. 17 relativo alle valutazioni tecniche prevedono infatti che le

disposizioni generali prima citate, dirette a superare il silenzio dell'organo competente, non si applicano in caso di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini.

Richiamata questa disciplina, il modello che si intende qui proporre si fonda sul ragionamento che segue.

Se l'amministrazione procedente non può decidere per assenza del parere o della valutazione tecnica resa dall'amministrazione preposta alla tutela di un interesse sensibile, neppure avvalendosi di organi dotati di competenza tecnica equipollente, tanto meno può discostarsi da quel parere o da quella valutazione quando siano stati rilasciati. Insomma, se l'assenza di valutazione dell'organo competente non può essere surrogata da un'altra valutazione, tanto meno può essere sostituita dopo che è stata resa. Esemplicando: se l'amministrazione competente non può procedere all'uccisione di un orso in quanto l'ISPRA, quale amministrazione preposta alla tutela ambientale, non ha espresso la propria valutazione, neppure surrogandola con la valutazione di un organo dotato di competenza equipollente, a maggior ragione l'amministrazione competente non può procedere all'uccisione quando l'ISPRA ha espresso una valutazione contraria, sostituendo la valutazione negativa con quella di un altro organo seppure dotato di competenza tecnica equipollente.

Ne deriva che si è in presenza di una riserva: solo l'ISPRA può esprimere la valutazione imposta dalla norma.

⁵ cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. I, 27/04/2022, ma già Cons. Stato 2534/2019.

A questo punto può essere svolta una riflessione su quanto detto all'inizio in ordine al modello applicato dalla giurisprudenza. Si nota infatti che il modello qui criticato, pur accolto come premessa dalla giurisprudenza, viene sostanzialmente eroso nell'applicazione concreta. È agevole constatare che il giudice amministrativo pur enunciando in via di principio che i pareri dell'ISPRA, non essendo vincolanti, possono essere disattesi in presenza di una adeguata motivazione, in concreto giudica non adeguata la motivazione nella quasi totalità dei casi, pretendendo e non ravvisando la presenza di elementi di eguale livello scientifico⁶, o richiedendo e non trovando una motivazione rafforzata⁷. In buona sostanza il modello applicato in concreto è molto più vicino a quello qui proposto, cioè che trattasi di valutazione oggetto di riserva di ISPRA, di quanto non lo sia quello predicato in via di principio che considera il giudizio di ISPRA come parere non vincolante.

Con l'occasione va peraltro precisato che quanto detto finora vale in relazione al tema qui trattato e più in generale per tutti i pareri dell'ISPRA in materia di gestione della fauna selvatica, ma non vale più per i pareri relativi ai calendari venatori, a seguito della recente modifica dell'art. 18 comma 2 ad opera dell'art. 11bis, comma 1, lett. b del dl 10.8.2023 convertito con modificazioni dalla l.

9.10.2023 n. 136. Nel caso dei calendari venatori il silenzio dell'ISPRA è espressamente disciplinato in maniera analoga a quello relativo ai pareri che non riguardano interessi sensibili. L'amministrazione può cioè procedere in assenza di parere se questo non viene reso nei termini previsti.

Un'ultima precisazione: valutazione oggetto di riserva a favore di ISPRA significa riserva di competenza in ordine all'atto che contiene la valutazione tecnica, cioè la valutazione dell'ISPRA non può mancare e non può essere disattesa. Non significa invece che è riservata all'ISPRA l'attività di ricerca in ordine ai dati e alla loro elaborazione e valutazione. L'attività di ricerca può essere ben condivisa tra l'ISPRA e l'autorità decidente ed anche con il concorso di soggetti privati come le associazioni esponenziali di interessi collettivi in sede di partecipazione al procedimento.

I GRANDI PREDATORI: BREVE TRATTEGGIO DEL QUADRO NORMATIVO

Tanto premesso in generale sulla natura riservata delle valutazioni dell'ISPRA, si può esaminare la fattispecie relativa alle deroghe ai divieti di abbattimento, di cattura etc. delle specie particolarmente protette.

Un brevissimo riepilogo della normativa.

La disciplina, per quanto qui interessa⁸, si incentra nell'art. 12 della Direttiva 92/43 CEE

⁶ Anche di recente il Consiglio di Stato si è soffermato sulla motivazione necessaria per disattendere il parere dell'ISPRA che può essere disatteso solo in presenza di "elementi di eguale livello scientifico" (ord 5027/2022 del 21 ottobre 2022 mutuati "da organismi scientifici accreditati ed obiettivamente verificabili". Cfr. anche TAR Sicilia, sez. III, ordinanza n. 512/23 del 18 settembre 2023; TAR Campania sent. n. 04960/2023 pubblicata il 5 settembre 2023; T.A.R. Veneto, Sez. I 21 gennaio 2022, n. 155.

⁷ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 16 novembre 2019, n. 2647.

⁸ Ci si può limitare all'indagine della normativa richiamata nel testo, pur se vi sono altre fonti che regolano la materia: l. 157/92; Convenzione di Berna; Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate dall'estinzione-CITES.

Habitat che prevede un regime di rigorosa tutela che si esprime tra l'altro nel divieto di cattura e uccisione, nel divieto di possesso, trasporto, commercializzazione etc. e nell'art. 16 che prevede deroghe ai suddetti divieti.

La deroga è ammessa solo per la realizzazione degli obiettivi specificati all'art. 16⁹, tra i quali di particolare attualità: b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi... e ad altre forme di proprietà; c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica.

In ogni caso devono essere comunque rispettate due condizioni: che non esista un'altra soluzione valida; che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale.

Il d.p.r. 357/97, nel disciplinare le procedure per l'adozione delle misure previste dalla Direttiva Habitat (art. 1), attribuisce al Ministero dell'ambiente, ora Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (MASE) la competenza ad autorizzare le

deroghe sentite per quanto di competenza il Ministero delle politiche agricole, ora Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste (MASAF) e l'Istituto nazionale per la fauna selvatica, ora ISPRA.

Infine, è da considerare che la Provincia di Trento con legge n. 9/2018 e di Bolzano con legge n. 11/2018 attribuiscono ai Presidenti delle provincie di Trento e Bolzano la competenza ad autorizzare le deroghe di cui all'art. 16 della Direttiva Habitat¹⁰.

Per completare il quadro devono essere citati il Piano nazionale del lupo e il Piano d'azione interregionale per la conservazione dell'orso bruno nelle alpi centro-orientali (PACOBACE)¹¹.

LE DEROGHE AI DIVIETI TRA DISCREZIONALITÀ TECNICA E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

Nel tentativo di costruire un modello dommatico (Olivi, 2023), si può notare che la disposizione relativa alle deroghe (art. 16) è distinta in due parti. Una prima parte contiene la tipizzazione degli obiettivi che giustificano la deroga ai divieti (gravi danni, sicurezza pubblica etc.) una seconda parte è relativa alle condizioni comunque necessarie per poter agire in deroga (stato di conservazione,

⁹ Si riporta l'elenco completo: a) per proteggere la fauna e la flora selvatiche e conservare gli habitat naturali; b) per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà; c) nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente; d) per finalità didattiche e di ricerca, di ripopolamento e di reintroduzione di tali specie e per operazioni di riproduzione necessarie a tal fine, compresa la riproduzione artificiale delle piante; e) per consentire, in condizioni rigorosamente controllate, su base selettiva ed in misura limitata, la cattura o la detenzione di un numero limitato di taluni esemplari delle specie di cui all'allegato IV, specificato dalle autorità nazionali competenti.

¹⁰ Con sentenza n. 215/2019 la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di entrambe le leggi gemelle.

¹¹ Non ci si soffermerà su questi piani se non per segnalare che mentre il PACOBACE è stato formalmente recepito da tutte le amministrazioni territoriali, e prevede puntualmente i casi in cui sono consentite le deroghe previste dall'art. 16 della direttiva Habitat, invece il piano nazionale del lupo non è stato approvato dalla Conferenza Stato Regioni e comunque si astiene dal disciplinare le deroghe.



Figura 1. Esemplare di lupo (*Canis lupus*) (foto di A. Calabrese).

assenza di alternative). Il tema della discrezionalità è stato ampiamente trattato dalla dottrina (Giannini, 1939; Benvenuti, 1986; Id., 2017; Id., 2002; Cintioli, 2005; Marzuoli, 1985; Piras, 1964; Saitta, 2020; Torricelli, 2020; Villata e Ramajoli, 2021; Travi, 2004), ma in questo caso si tratta con ogni evidenza di una fattispecie di discrezionalità mista, dove cioè si fondono momenti di discrezionalità amministrativa e momenti di discrezionalità tecnica.

Per quanto riguarda la prima parte della norma il potere di scelta è connotato da discrezionalità amministrativa, perché la disposizione si limita a prevedere gli interessi che attraverso la deroga possono essere ritenuti meritevoli di tutela. Quindi rimette

all'amministrazione, nel momento concreto di adozione del provvedimento, oltre all'individuazione in concreto della presenza degli obiettivi tipizzati, anche la valutazione in ordine al bilanciamento degli interessi in conflitto. Peraltro, come accennato, pur se ascrivibile alla discrezionalità amministrativa è difficile negare la forte connotazione politica delle scelte in questa materia, tanto più nella lettura delle Autorità competenti, come dimostra il proclama del Ministero nell'introdurre il piano nazionale del lupo "*Con questo piano ribadiamo che non servono abbattimenti, ma una strategia che abbiamo delineato in 22 azioni*" che si legge nel sito del MASE, o, in senso contrario, l'enfasi mediatica con cui il Presidente della Provincia

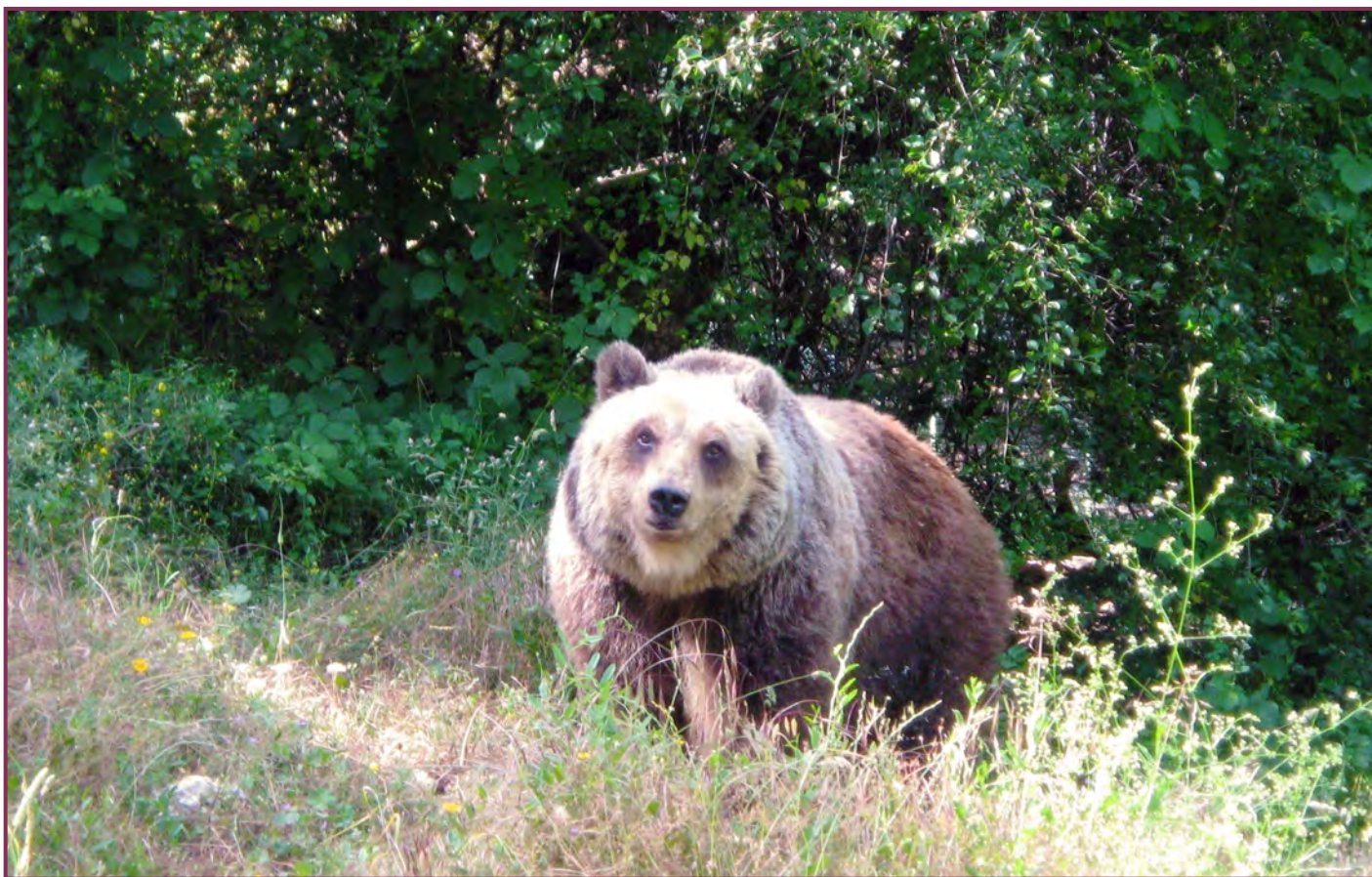


Figura 2. Esempio di orso bruno marsicano (*Ursus arctos marsicanus*) (foto di S. Inzaghi).

di Trento ha accompagnato le ordinanze di cattura dell'orso. Comunque, se in taluni casi la discrezionalità amministrativa è meno ampia o meno evidente, come per esempio quando consente la cattura per “*finalità di ricerca*”, in altri è molto ampia perché svincolata da ogni parametro, si pensi ai “*motivi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale ed economica*” che rappresenta una sorta di norma in bianco. In ogni caso spetterà all'amministrazione competente, sulla competenza ci si soffermerà tra breve, dirimere gli interessi in conflitto, ossia valutare se ed in che misura il perseguimento dell'interesse, che in base alla norma consente di derogare ai divieti posti in funzione di protezione, possa consentire l'uccisione o la cattura di un lupo o di un orso.

Non occorre infatti sottolineare che la presenza degli obiettivi tipizzati dalla norma, per esempio motivi di rilevante interesse pubblico, non giustifica *ipso iure* il sacrificio dell'interesse alla protezione del lupo o dell'orso; entrambi rimangono presenti, quindi, dopo che è stata accertata la presenza in concreto degli obiettivi tipizzati dalla norma che consente le deroghe, occorre operare un bilanciamento degli stessi con la tutela della specie protetta.

Del tutto diverso invece è il discorso relativo alla seconda parte della norma, ossia quella relativa alle condizioni che consentono di ricorrere alla deroga, vale a dire che non vi sia altra soluzione valida e che non sia pregiudicato uno stato di conservazione soddisfacente. Sotto questo profilo non è

attribuita all'Amministrazione alcuna discrezionalità amministrativa, perché il bilanciamento di interessi è assunto dalla norma, escludendo la possibilità di deroga al divieto se esiste un'altra soluzione oppure se viene pregiudicato il mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente delle popolazioni. Per quanto riguarda lo stato di conservazione si può anche dire di più: tenendo a mente il principio di precauzione. Ciò che deve essere dimostrato non è solo il mancato pregiudizio, ma che non vi è neppure il rischio di un pregiudizio al mantenimento di uno stato di conservazione soddisfacente. Dunque, se non è attribuito all'Autorità un potere di bilanciamento degli interessi, non ci si situa nell'area della discrezionalità amministrativa, ma la valutazione delle due condizioni stabilite dalla norma rientra nell'area della discrezionalità tecnica, dove cioè il margine di valutazione di cui gode l'amministrazione non verte sul bilanciamento degli interessi, ma coincide con l'opinabilità tecnico-scientifica del giudizio da compiere.

DAL TIPO DI DISCREZIONALITÀ ALLA COMPETENZA

Come osservato precedentemente, si tratta di una fattispecie di discrezionalità mista, in cui peraltro è difficile oltre che sbagliato tracciare una linea di confine tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. Anzi, la decisione finale deve essere il frutto di un'istruttoria in cui il contemperamento degli interessi in gioco è inscindibile dalla conoscenza e valutazione tecnica degli stessi, pena l'irragionevolezza, l'illogicità, l'assenza

di proporzionalità. La necessaria fusione dei due momenti rileva, per così dire in ordine al metodo, imponendo un'istruttoria che nel farsi del provvedimento si svolga attraverso una progressione fatta di continuo scambio di informazioni, progetti di provvedimento, correzioni, adattamenti, tra Ministero o tra Presidenti delle Province di Trento e Bolzano e ISPRA dall'avvio del procedimento fino alla scelta finale. Come detto siamo di fronte ad una valutazione tecnica che si svolge cioè all'interno dell'istruttoria più che a un parere e la riserva in capo all'ISPRA è riserva in ordine alla competenza dell'atto non certo in ordine all'attività di ricerca, di valutazione etc.

La necessaria fusione dei due momenti di valutazione, quello della discrezionalità amministrativa e quello della discrezionalità tecnica non esclude che siano da considerare concettualmente distinti.

La questione centrale attiene al ruolo del Ministero e al ruolo di ISPRA. L'art. 11 del d.p.r. 357/97 al comma 1 prevede in capo al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio (ora MASE) il potere di autorizzare le deroghe, sentito l'ISPRA¹². Per le Province di Trento e Bolzano, come si è detto, la competenza è in capo ai Presidenti delle province in base alle leggi 9/2018 e 11/2018.

Orbene è da ritenere che l'accertamento delle condizioni legittimanti, vale a dire l'assenza di altre soluzioni e la garanzia del mantenimento dello stato di conservazione soddisfacente, rientrino nella competenza dell'ISPRA. Ciò in quanto costituiscono valutazioni di carattere tecnico e in ordine ad esse vi è una riserva di valutazione tecnica in capo all'ISPRA per

¹² Non vi sono esperienze in proposito, ma si può ritenere che nell'ipotesi in cui si dovesse utilizzare il potere di deroga sarebbero investite anche le regioni, sia pure senza un vero e proprio potere di scelta, ma solo di impulso e di esecuzione contestualizzando l'azione nella fattispecie del controllo della fauna selvatica.

quanto detto nei precedenti paragrafi ragionando sugli articoli 16 e 17 della l. 241/90.

Vale invece il ragionamento contrario per l'individuazione degli obiettivi che costituiscono *causam dans* del potere autorizzativo in deroga al divieto generale, nonché per il loro bilanciamento con l'interesse alla conservazione dei grandi predatori e più in generale delle specie particolarmente protette. L'individuazione degli obiettivi ed il bilanciamento degli interessi non può che spettare al Ministero o ai Presidenti delle Province di Trento e Bolzano nell'esercizio della discrezionalità amministrativa ad essi attribuita.

IL DILEMMA TRA UCCISIONE E CAPTIVAZIONE PERMANENTE

Si può aggiungere un'ultima cosa anche per la sollecitazione che proviene dalle recenti pronunce del T.R.G.A. di Trento¹³ e del Consiglio di Stato¹⁴, al momento in sede cautelare, in relazione alla vicenda, peraltro tragica, che ha condotto il Presidente della provincia di Trento a disporre la deroga prevista dall'art. 16 della direttiva Habitat.

Si tratta della decisione se uccidere un orso già catturato o mantenerlo per sempre in cattività.

Non ci si sofferma sui molteplici aspetti coinvolti, ma ci si limita ad una considerazione sul ruolo dell'ISPRA in tutti i casi in cui è necessario scegliere tra uccisione e cattivazione permanente.

Ebbene, si può ritenere che nessun ruolo debba essere riconosciuto all'ISPRA, perché

ai fini di questo tipo di decisioni, né la Direttiva Habitat, né l'art. 9 della Costituzione per la parte che tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, né in generale le norme che tutelano la fauna selvatica lasciano spazio a valutazioni tecniche di competenza dell'ISPRA. Ciò che può essere sussunto nelle fattispecie previste dalla normativa citata riguarda l'animale in libertà e la scelta se sottrarlo o meno dall'ecosistema in cui vive. Una volta decisa la sottrazione dall'ecosistema, l'animale si può considerare ecologicamente morto, fuoriuscendo da tutte le regole relative alla conservazione che sono necessariamente correlate alla sua esistenza nell'ambito dell'habitat naturale da cui è stato sottratto. Non vi è, in altre parole, sotto questo limitato profilo alcuna differenza tra un orso e un lupo sottratti dallo stato di libertà nel loro habitat rispetto a qualsiasi altro animale.

In questa prospettiva, sono altri i parametri giuridici ai quali ancorare la scelta. In proposito debbono essere richiamati tra gli altri e in prima battuta l'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che si riferisce agli animali quali esseri senzienti e l'ultima parte dell'art. 9 della Costituzione per chi ritiene che introduca un principio animalista (Cerini e Lamarque, 2023) a differenza di chi ne dà una lettura in prospettiva ambientalista (Olivi, 2022b). Occorre cioè riferirsi alla normativa generale che tutela tutti gli animali e si può aggiungere che ai parametri giuridici se ne aggiungono altri non giuridici, come per esempio quelli etici, etologici, economici etc., senza dubbio di grande rilievo, ma tutto ciò è estraneo alle competenze dell'ISPRA.

¹³ T.R.G.A. Trento n.54 del 23.06.2023 e n. 34 del 26.05.2023.

¹⁴ C.d.s. III ord. 14 luglio 2023, n. 2914, di contenuto analogo le ordinanze in pari data n. 2913, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La realtà sulla quale si indaga è difficilmente riducibile a schemi come quelli che si è cercato di proporre. *Natura non facit saltus*, mentre il diritto, diceva Musil, non se ne dà per inteso e dice *non datur tertium inter duo contradictoria*. Anzi il diritto è chiamato proprio a definire confini: tra capace e incapace, tra competente e non competente, tra legittimo e illegittimo, tra lecito e illecito e compagnia bella.

Accettando questi limiti possono essere considerati come momento di primo orientamento questi possibili riferimenti. La valutazione tecnica dell'ISPRA può essere qualificata come valutazione tecnica riservata e quindi non è surrogabile o sostituibile da valutazioni dell'amministrazione procedente o di altro organo o ente. Oggetto di riserva è l'atto consultivo, cioè l'atto dell'ISPRA non può mancare e non può essere disatteso, mentre non è oggetto di riserva l'attività di ricerca, di elaborazione di dati, di valutazioni alle quali può concorrere l'autorità competente alla decisione finale, oltre ad altri soggetti interessati attraverso la partecipazione al procedimento. La valutazione dell'ISPRA nel procedimento relativo all'autorizzazione alle deroghe ha per oggetto solo alcuni dei requisiti posti dalla norma, vale a dire l'assenza di alternative all'uccisione e alla cattura e lo stato di conservazione soddisfacente della specie sottoposta a rigorosa protezione. La normativa di cui si tratta e le correlate competenze dell'ISPRA sono relative alla protezione degli habitat e quindi alla specie che in quell'habitat vive, sicché si esauriscono nel momento in cui l'animale è sottratto dall'habitat. La valutazione tecnica non esaurisce tuttavia il parametro dell'azione amministrativa tanto più

in presenza di forti connotazioni politiche, vi sono altri parametri anche non normativi, "ma questa" diceva un personaggio di Billy Wilder "è tutta un'altra storia".

BIBLIOGRAFIA

Ancora T., 1985. *Funzione di indirizzo e coordinamento e funzione consultiva*. In La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Guido Landi, Giuffrè, Milano.

Barbati C., 2002. *L'attività consultiva sulle trasformazioni amministrative*. Il Mulino, Bologna.

Benvenuti L., 1986. *La discrezionalità amministrativa*, ora con postfazione. Cedam, Padova.

Benvenuti L., 2017. *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*. Giappichelli, Torino.

Benvenuti L., 2002. *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*. 90 ss. e 180 ss, Giuffrè, Milano.

Cerini D., Lamarque E., 2023. *La tutela degli animali nel nuovo art. 9 della Costituzione*. In *Federalismi.it* n. 24/2023, 64.

Cintioli F., 2005. *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano.

Corso P., 1942. *La funzione consultiva*. Cedam, Padova.

De Valles A., 1931. *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*. Cedam, Padova.

Ferrari G., 1956. *Gli organi ausiliari dello Stato*. Giuffrè, Milano.

Ghetti G., 1974. *La Consulenza amministrativa, Problemi generali*. Cedam, Padova.

Giannini M.S., 1939. *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. Giuffrè, Milano.

Marzuoli C., 1985. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*. Giuffrè, Milano.

Occhiena M., Posteraro N., 2019. *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*. In *Il diritto dell'economia*, 3/2019, p. 44.

Olivi M., 2018. *Amministrazione della fauna selvatica e potere decisionale della regione. Un colosso dai piedi di argilla*. In *Ambientediritto.it* vol. 9, pp. 1-10.

Olivi M., 2022a. *La fauna selvatica e la disciplina della caccia nel sistema regionale*. In *Quaderni dei Georgofili*, p. 72 ss.

Olivi M., 2022b. *L'art. 9 della Costituzione e la tutela degli animali selvatici*. In *Ambientediritto.it*, vol. 1, pp. 1-15.

Olivi M., 2023. *La tutela del lupo dalle istanze etiche alla normativa e alla prassi*. In Olivi M (a cura di), 2023. *Il lupo tra mito e realtà*. Ambientediritto Editore Tortorici, p. 176 ss.

Piras A., 1964. (voce) *Discrezionalità amministrativa*. In *Enc. dir.*, XIII, p. 65 ss, Giuffrè, Milano.

Saitta F., 2020. *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*. In *Il Processo*, 3/2020, 749.

Sandulli A., 2000. *Il procedimento*. In *Trattato di Diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di Cassese S. Giuffrè, Milano.

Torricelli S., 2020. *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*. In *Dir. amm.*, 1/2020, 97 ss.

Travi A., 1995. *Parere*. In *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino.

Travi A., 2004. *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*. In *Dir. pubbl.*, 439 ss.

Villata R., Ramajoli M., 2021. *Il provvedimento amministrativo*. Giappichelli, Torino.