

La discrezionalità amministrativa

Scritti in occasione della ripubblicazione dell'Opera di Luigi Benvenuti

a cura di

Cristina De Benetti, Giuliano Fonderico

Marco Mancini, Marco Olivi



G. Giappichelli Editore

LAW AND LEGAL INSTITUTIONS

Atti di convegno – 5

Comitato di Direzione

Coordinatore: Giovanni D'Alessandro

Benedetta Agostinelli
Francesco V. Albertini
Chiara Amalfitano
Carlo Bonzano
Andrea Buratti
Antonio Colavecchio
Cristiano Cupelli
Daniele Edigati
Gianpaolo Fontana
Giovanni Girelli
Elena Marinucci
Fulvio Maria Palombino
Antonio Preteroti
Maurizio Sciuto
Raffaele Torino
Marcello Toscano
Fabiana Tuccillo
Silvia Zorzetto

Comitato Scientifico

Coordinatore: Enrico del Prato

Carlo Focarelli
Gian Luigi Gatta
Claudio Luzzati
Carla Masi
Beatrice Pasciuta
Cesare Pinelli

La discrezionalità amministrativa

Scritti in occasione della ripubblicazione
dell'Opera di Luigi Benvenuti

a cura di

Cristina De Benetti, Giuliano Fonderico

Marco Mancini, Marco Olivi



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2026 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1809-4
ISBN/EAN 979-12-211-8319-1 (ebook - pdf)
ISBN/EAN 979-12-211-8458-7 (ebook - epub)

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Filosofia e Beni Culturali dell'Università Ca' Foscari di Venezia.



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Dipartimento
di Filosofia
e Beni Culturali**




NEED
Centro Studi



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100% 

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it



Università
Ca' Foscari
Venezia
Dipartimento di Economia



Governance
& Social Innovation



CENTRO
PER IL LIBRO
E LA LETTERATURA

MAGGIO
DEL
LIBRI
2024

La discrezionalità amministrativa

in occasione della ripubblicazione de
La discrezionalità amministrativa di Luigi Benvenuti

Mercoledì 15 maggio 2024, ore 15.30-18.30
Aula Baratto, Ca' Foscari - Dorsoduro 3246, Venezia

15.30 Saluti istituzionali

Alberto Urbani, Vicedirettore del Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia

Stefano Campostrini, Direttore Centro Governance & Social Innovation, Università Ca' Foscari Venezia

15.50 Relazioni

Presiede e coordina: Enrico Follieri, Università degli Studi di Foggia

Michele Trimarchi, Università degli Studi di Foggia
Discrezionalità e separazione dei poteri

Daria de Pretis, Università degli Studi di Trento
Discrezionalità e valutazioni tecniche

Giandomenico Comperti, Università degli Studi di Siena
L'insostenibile leggerezza della discrezionalità

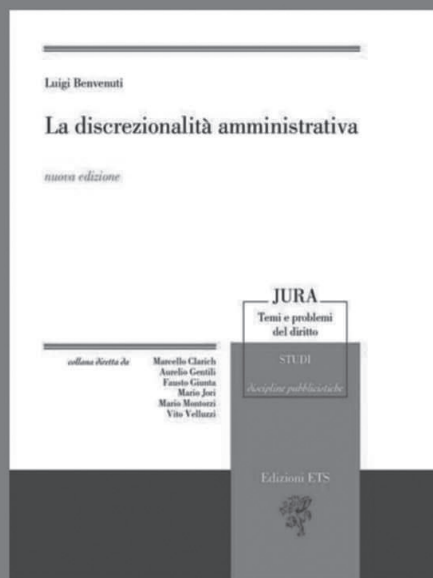
Fulvio Cortese, Università degli Studi di Trento
Interpretare l'interpretazione

Silvia Zorzetto, Università degli Studi di Milano Statale
La discrezionalità interpretativa nella specola della filosofia del diritto

Conclude: Fabio Merusi, Università di Pisa

L'ingresso è gratuito, i posti sono limitati e saranno assegnati in ordine di registrazione. L'evento è stato accreditato dall'Ordine degli Avvocati di Venezia per il riconoscimento di n. 3 crediti formativi in materie generali (applicabile solo per la partecipazione in presenza).

Sarà possibile partecipare anche da remoto collegandosi al link Zoom _____



Comitato scientifico e organizzativo
Cristina De Benetti cdebenet@unive.it
Giuliano Fonderico giuliano.fonderico@unive.it
Marco Mancini marco.mancini@unive.it
Marco Olivi marco.olivi@unive.it

Per informazioni : Cecilia Police cecilia.police@unive.it

Indice

	<i>pag.</i>
Nota dei curatori	IX
Enrico Follieri Intervento introduttivo al Convegno / <i>Introductory Presentation to the Conference</i>	1
Gian Domenico Comporti L'insostenibile leggerezza della discrezionalità amministrativa / <i>The Unsustainable Lightness of Administrative Discretion</i>	5
Fulvio Cortese Interpretare l'interpretazione / <i>Interpreting the Interpretation</i>	51
Michele Trimarchi Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri (rileggendo Luigi Benvenuti) / <i>Administrative discretion and separation of powers (rereading Luigi Benvenuti)</i>	63
Silvia Zorzetto Auctoritas facit ius? Discrezionalità e poteri in uno Stato di Diritto / <i>Auctoritas facit ius? Discretion and Powers within the Rule of Law</i>	79

	<i>pag.</i>
Luigi Benvenuti Osservazioni e riflessioni / <i>Observations and reflections</i>	105
Fabio Merusi Sulla “nuova” discrezionalità amministrativa secondo Luigi Benvenuti / <i>On the “new” administrative discretion according to Luigi Benvenuti</i>	111
Giuliano Fonderico Prospettive del diritto dell’Unione Europea sulla discrezionalità delle amministrazioni nazionali / <i>Perspectives of European Union law on the discretion of national administrations</i>	115
Marco Olivi Dalla Teoria alla Prassi. La discrezionalità nell’attuazione dell’art. 16 della Direttiva “Habitat” / <i>From Theory to Practice. Discretion in the Implementation of Article 16 of the “Habitat” Directive</i>	127
Marco Mancini Discrezionalità e procedimento elettorale “preparatorio” / <i>Discretion and “preparatory” electoral procedure</i>	147

Nota dei curatori

Nel 1986 Luigi Benvenuti pubblicava il suo studio su “La discrezionalità amministrativa”.

In quegli anni la lettura della discrezionalità come ponderazione di interessi era consolidata. In controtendenza, il saggio di Benvenuti proponeva di intraprendere la via ermeneutica, attraverso la quale svelare “le caratteristiche strutturali” del meccanismo decisionale amministrativo e il processo circolare di progressiva comprensione del testo interpretato. Superando con ciò, in senso pragmatico, le formalizzazioni dogmatiche che erano sin lì prevalse in dottrina. Lo studio spaziava dalle teoriche del diritto amministrativo alla filosofia, fondendo la precisione quasi musicale della struttura bachiana con la profondità dell’ermeneutica gadameriana e segnando un termine di confronto per i decenni successivi.

Il saggio, ormai da lungo tempo esaurito, è stato ripubblicato nel 2023. L’Autore, che era tornato sull’argomento anche in anni anteriori – si pensi allo studio su “La discrezionalità amministrativa e i suoi interpreti”, raccolto in un volume del 2002 – ha accompagnato la ripubblicazione con un’accurata e profonda postfazione nel quale si è confrontato con i mutamenti nel diritto positivo e con gli studi che nel frattempo si erano succeduti.

La ripubblicazione dell’Opera è stata l’occasione per un convegno presso l’Università Ca’ Foscari, tenutosi il 15 maggio 2024. Vi hanno partecipato tra i più autorevoli studiosi del diritto amministrativo e della filosofia del diritto, con interventi e relazioni di pregio elevatissimo che hanno indagato l’attualità, la fecondità e le implicazioni problematiche del pensiero di Luigi Benvenuti nell’esperienza presente.

Gli stessi studiosi hanno poi generosamente accolto l’invito dei curatori del convegno a una stesura per iscritto dei loro lavori. Con un sentito ringraziamento, li si raccoglie in questo volume, nato con il supporto del Centro Studi NEED (Natura Etica Economia Diritto), unitamente ad altri scritti

sui temi della discrezionalità redatti dai curatori in omaggio deferente e con amicizia affettuosa per Luigi Benvenuti.

Attraverso queste pagine, gli autori esplorano come il potere amministrativo debba trasformarsi per affrontare i grandi mutamenti del nostro tempo: dalla gestione delle fragilità sociali, alla cura della biodiversità e delle transizioni ecologiche. Dalla critica ai modelli tradizionali di Zanobini e Giannini all'analisi del rapporto tra lingua e potere, il libro rilegge una discrezionalità che non è più arbitrio, ma scoperta razionale della soluzione più ragionevole per il caso concreto, maturata nell'alveo del procedimento amministrativo.

I curatori

Marco Olivi *

*Dalla Teoria alla Prassi. La discrezionalità
nell'attuazione dell'art. 16 della Direttiva "Habitat"*

*From Theory to Practice. Discretion in the
Implementation of Article 16 of the "Habitat" Directive*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Qualche riflessione generale a partire dal basso. – 2. Il quadro normativo. Direttiva Habitat e attuazione nel diritto interno. – 3. La discrezionalità nella prospettiva della norma attributiva del potere. – 4. La discrezionalità nella prospettiva delle norme di organizzazione. – 5. L'intermediazione di un "piano di azione" tra norma e potere e lo scivolamento della discrezionalità tecnica verso la discrezionalità amministrativa e viceversa. – 6. Rapporti tra discrezionalità e interpretazione. – 7. Principio di proporzionalità e ibridazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. – 8. L'accertamento del fatto ed il linguaggio per descriverlo nella ricostruzione tipologica della realtà.

1. Introduzione. Qualche riflessione generale a partire dal basso

Il libro sulla discrezionalità di Luigi Benvenuti, insieme con gli scritti successivi¹ che hanno arricchito l'esposizione del suo pensiero, frequenta la molteplicità dei percorsi che attraversano il tema della discrezionalità.

Nei contributi qui raccolti è peraltro evidenziato il registro *lato sensu* filosofico di questa frequentazione. Si può aggiungere che tende a porsi in uno spazio tra la filosofia e la teoria generale del diritto, e comunque si svolge sui piani alti della generalità e astrattezza.

* Professore associato di diritto amministrativo, Università Ca' Foscari di Venezia.

¹ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986 ora nella nuova edizione Pisa 2023; ID., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002; *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011; ID., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, per limitarsi alle monografie.

Si vuole provare anche qui a imboccare qualche percorso della discrezionalità, però partendo, all'incontrario, dai piani bassi del caso concreto, riprendendo la vicenda già richiamata nel testo di Fulvio Cortese.

La questione riguarda le scelte relative ai grandi predatori, sicuramente inimmaginabile al tempo della monografia di Luigi Benvenuti e fino a pochi anni fa. Questa questione è ora luogo di scontro politico ideologico, con una polarizzazione e dunque una radicalizzazione che condiziona le scelte dell'amministrazione, ma che non sembra risparmiare neppure le valutazioni tecniche e le decisioni della giurisprudenza. È dunque un buon punto di osservazione per osservare dal basso lo snodarsi di quei percorsi.

Tra questi vi è senz'altro il tema accennato dallo stesso Fulvio Cortese, con l'invito al Nostro di "ritornare sul luogo del delitto" nella parte in cui, per sintetizzarne l'affermazione attraverso il richiamo delle partizioni tradizionali, incoraggia ad ascrivere il tema della discrezionalità all'organizzazione amministrativa non meno che all'attività amministrativa.

Ma vi sono anche altri aspetti da considerare: la continuità tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa e lo scivolamento dall'una all'altra e ritorno.

La stessa continuità, ma sotto il diverso profilo, si passi il termine, di ibridazione delle valutazioni tecniche con valutazioni di discrezionalità amministrativa a seguito dell'irrompere del principio di proporzionalità; il tema del rapporto tra discrezionalità e interpretazione; il tema del sindacato del giudice in ordine all'accertamento del fatto collegato al tema del linguaggio, quando la descrizione di un fatto avviene tramite l'impiego di nozioni tecniche.

2. *Il quadro normativo. Direttiva Habitat e attuazione nel diritto interno*

Può essere utile, prima di tutto, tratteggiare il quadro normativo in cui si situa la vicenda dei grandi predatori.

La disciplina, per quanto qui interessa², si incentra nell'art. 12 della

² Si può focalizzare l'indagine sulla normativa richiamata nel testo, perché le fonti di diritto internazionale come la Convenzione di Berna e la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate dall'estinzione-CITES, sono di fatto accolte nella direttiva Habitat, mentre per quanto riguarda la normativa interna, la l. 157/92 ricalca i divieti della convenzione di Berna e conseguentemente della direttiva Habitat stabilendone le sanzioni.

Direttiva 92/43 CEE “Habitat”, la quale prevede un regime di rigorosa tutela per alcune specie di animali selvatici che si esprime tra l’altro nel divieto di cattura e uccisione³, e nell’art. 16 che prevede deroghe ai suddetti divieti⁴.

Per quanto riguarda l’ordinamento interno, il d.p.r. n. 357/1997 si limita a dare attuazione alla Direttiva “Habitat” ricalcandone la disciplina

³ Per comodità di lettura, si riporta l’art. 12 della direttiva Habitat “1. *Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari atti ad istituire un regime di rigorosa tutela delle specie animali di cui all’allegato IV, lettera a), nella loro area di ripartizione naturale, con il divieto di: a) qualsiasi forma di cattura o uccisione deliberata di esemplari di tali specie nell’ambiente naturale; b) perturbare deliberatamente tali specie, segnatamente durante il periodo di riproduzione, di allevamento, di ibernazione e di migrazione; c) distruggere o raccogliere deliberatamente le uova nell’ambiente naturale; d) deterioramento o distruzione dei siti di riproduzione o delle aree di riposo.* 2. *Per dette specie gli Stati membri vietano il possesso, il trasporto, la commercializzazione ovvero lo scambio e l’offerta a scopi commerciali o di scambio di esemplari presi dall’ambiente naturale, salvo quelli legalmente raccolti prima della messa in applicazione della presente direttiva.* 3. *I divieti di cui al paragrafo 1, lettere a) e b) e al paragrafo 2 sono validi per tutte le fasi della vita degli animali ai quali si applica il presente articolo.* 4. *Gli Stati membri instaurano un sistema di sorveglianza continua delle catture o uccisioni accidentali delle specie faunistiche elencate nell’allegato IV, lettera a). In base alle informazioni raccolte, gli Stati membri intraprendono le ulteriori ricerche o misure di conservazione necessarie per assicurare che le catture o uccisioni accidentali non abbiano un impatto negativo significativo delle specie in questione”.*

⁴ Si riporta l’art. 16 della direttiva Habitat “1. *A condizione che non esista un’altra soluzione valida e che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale, gli Stati membri possono derogare alle disposizioni previste dagli articoli 12, 13, 14 e 15, lettere a) e b):*

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; 1 – 11;
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. 2. *Gli Stati membri trasmettono alla Commissione ogni due anni una relazione, conforme al modello elaborato dal comitato, sulle deroghe concesse a titolo del paragrafo 1. La Commissione comunica il suo parere su tali deroghe entro il termine massimo di dodici mesi dopo aver ricevuto la relazione e ne informa il comitato.* 3. *Le informazioni dovranno indicare: a) le specie alle quali si applicano le deroghe e il motivo della deroga, compresa la natura del rischio, con l’indicazione eventuale delle soluzioni alternative non accolte e dei dati scientifici utilizzati; b) i mezzi, sistemi o metodi di cattura o di uccisione di specie animali autorizzati e i motivi della loro utilizzazione; c) le circostanze di tempo e di luogo in cui tali deroghe sono concesse; d) l’autorità abilitata a dichiarare e a controllare che le condizioni richieste sono soddisfatte e a decidere quali mezzi, strutture o metodi possono essere utilizzati, entro quali limiti e da quali servizi e quali sono gli addetti all’esecuzione; e) le misure di controllo attuate ed i risultati ottenuti”.*

sostanziale ed individuando procedura e competenze. La competenza ad autorizzare le deroghe, cioè la possibilità di adottare provvedimenti di cattura e di abbattimento di individui appartenenti alle specie protette, è attribuita (art. 1) al Ministero dell'ambiente, ora Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (MASE), sentiti 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.

Nelle Province autonome di Trento e Bolzano, l'attuazione della Direttiva "Habitat" è regolata rispettivamente dalle leggi n. 9/2018 e n. 11/2018⁵, che attribuiscono al Presidente della Provincia la competenza ad autorizzare le deroghe, sempre sentito l'ISPRA.

La vicenda che qui si intende mettere a fuoco riguarda gli orsi e i lupi, dove, accanto all'interesse di conservazione che ne giustifica l'inserimento tra le specie rigorosamente protette dalla direttiva Habitat, è presente, tra gli altri, l'interesse a tutelare la sicurezza pubblica. È nota la vicenda del ragazzo che ha perso la vita, oltre a diversi casi di ferimenti gravi a seguito di aggressioni.

Va segnalata peraltro una differenza. Per l'orso, il quadro normativo è completato dal Piano d'azione interregionale per la conservazione dell'orso bruno nelle alpi centro-orientali (PACOBACE)⁶, mentre per il lupo non è mai stato adottato un piano d'azione per mancato accordo in sede di conferenza dei servizi (ed in ogni caso il piano d'azione proposto dalla commissione di studio non toccava l'aspetto più problematico, vale a dire la disciplina degli abbattimenti in deroga).

3. La discrezionalità nella prospettiva della norma attributiva del potere

La decisione di adottare provvedimenti di cattivazione o di abbattimento ai sensi dell'art. 16, in deroga, come detto, ai divieti generali stabiliti dall'art. 12 della Direttiva "Habitat", rappresenta il tipico caso di discrezionalità

⁵ Con sentenza n. 215/2019 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale di entrambe le leggi.

⁶ AA.VV., 2010 – Piano d'Azione interregionale per la Conservazione dell'Orso bruno nelle Alpi centro-orientali – PACOBACE. Quad. Cons. Natura, 33, Min. Ambiente – ISPRA, modificato nel 2015.

mista, dove, cioè, si fondono momenti di discrezionalità amministrativa e momenti di discrezionalità tecnica.

Un'analisi più puntuale⁷ della disposizione relativa alle deroghe (art. 16) consente, e, per quanto si dirà, rende necessario, distinguere questi due momenti in relazione da un lato agli interessi su cui si fonda il potere di derogare ai divieti, dall'altro alle condizioni necessarie per poterlo attuare.

Per quanto riguarda gli interessi da salvaguardare mediante le deroghe ai divieti di cattura e uccisione vengono principalmente in rilievo la lett. b) dell'art. 16 (*“per prevenire gravi danni, segnatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico e alle acque e ad altre forme di proprietà”*) e la successiva lett. c) (*“nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economici”*).

Qui, il tenore testuale della disposizione contempla un'ampia discrezionalità amministrativa, attribuendo un potere di bilanciamento degli interessi in capo all'amministrazione. Da un lato vi sono gli interessi indicati appunto all'art. 16, per es. la sicurezza pubblica, per prevenire gravi danni, ecc. dall'altro vi è l'interesse alla conservazione della specie. La discrezionalità è amplificata dall'uso di termini generali quali: *“nell'interesse della sanità”*, *“motivi imperativi di rilevante interesse pubblico”*, con ciò chiamando la stessa autorità ad integrarne il contenuto nel momento dell'esercizio della funzione.

È inoltre difficile negare la forte connotazione politica di ogni decisione in questa materia per diversi ordini di ragioni: il tipo di interessi in conflitto che investono scelte fondamentali in ordine al rapporto tra uomo e natura; la collocazione del potere decisionale in capo al Ministero o in capo al Presidente della Provincia per le Province autonome di Trento e Bolzano, la percezione dell'Autorità decidente di compiere scelte politiche rinvenibile peraltro nelle dichiarazioni pubbliche, complici l'eco mediatica e la radicalizzazione ideologica delle opposte posizioni.

Diverso invece è il discorso relativo all'altro momento, ossia quello della verifica delle due condizioni che consentono di ricorrere alla deroga: 1) *“A condizione che non esista un'altra soluzione valida”*, 2) *“che la deroga non pregiudichi il mantenimento, in uno stato di conservazione soddisfacente, delle popolazioni della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale”*. Sotto questo profilo, sempre dalla lettera della disposizione, non

⁷ Per la ricostruzione qui proposta cfr. M. OLIVI, *La tutela del lupo dalle istanze etiche alla normativa e alla prassi*, in M. OLIVI (a cura di), *Il lupo tra mito e realtà*, Tortorici, 2023, 176 ss.

semberebbe attribuita alcuna discrezionalità amministrativa, perché il bilanciamento di interessi appare assunto dalla norma, escludendo la possibilità di deroga al divieto in assenza di queste condizioni. Appare, all'opposto un'ampia discrezionalità tecnica, dipendente dall'uso di concetti giuridici indeterminati, quali appunto "stato di conservazione soddisfacente" e "alternativa valida".

4. *La discrezionalità nella prospettiva delle norme di organizzazione*

Come si è detto, sia la normativa nazionale, sia le normative delle Province autonome di Trento e Bolzano prevedono che la deroga sia decisa dal vertice dell'amministrazione, Ministero o Presidente della Provincia "sentito l'Ispra".

Sul punto è necessaria una precisazione.

Tralasciamente viene affermato spesso che il parere dell'ISPRA è obbligatorio ma non vincolante⁸, perché la norma non prevede espressamente l'obbligo di conformarsi al parere dell'ISPRA.

Tuttavia, lo schema manualistico che distingue tra pareri facoltativi, obbligatori e vincolanti appare inadeguato a rappresentare il modello di riferimento per tutta l'attività consultiva a seguito dell'introduzione degli artt. 16 e 17, legge n. 241/1990.

Gli artt. 16 e 17, legge n. 241/1990 regolano il silenzio delle amministrazioni consultive, non già la natura obbligatoria o vincolante dei loro pareri e valutazioni tecniche, e producono anche l'effetto di scardinare lo schema tradizionale per le valutazioni tecniche prodotte da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili: ambientale, paesaggistico territoriale e della salute dei cittadini.

In sintesi, il comma 2 dell'art. 17, legge n. 241/1990 esclude che in caso di silenzio delle amministrazioni preposte alla tutela di "interessi sensibili" la valutazione tecnica possa essere richiesta ad altri organi di amministrazione pubblica o ad enti pubblici dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti.

⁸ Cfr. Cons. Stato n. 3852 del 22 giugno 2018, ma già Cons. Stato, Sez. III, 22 giugno 2018, n. 3852; inoltre, *ex multis* TAR Umbria, n. 459/1997; TAR Emilia-Romagna, n. 66/11; TAR Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 21 giugno 2013 n. 606. Per un caso in cui la regione ha impugnato il parere dell'Ispra in materia di caccia in deroga cfr. TAR Liguria, Sez. II, n. 668/2018.

Allora si può ragionare in questi termini. Se, ai sensi della legge n. 241/1990, l'amministrazione procedente non può decidere in caso di silenzio in luogo dell'amministrazione preposta alla tutela di un interesse sensibile, neppure avvalendosi di enti pubblici dotati di competenza tecnica equipollente, tanto meno potrà discostarsi da quella valutazione quando è stata resa.

Questo ragionamento non sembra essere scalfito dalla previsione di cui all'art. 17-*bis*, legge n. 241/990, che opera solo in senso orizzontale, ossia tra Amministrazioni, in relazione a procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata, in cui la decisione finale necessita di una condivisione tra Enti (in genere preposti alla tutela di interessi pubblici differenziati), sulla base di uno schema di provvedimento elaborato dall'Amministrazione procedente⁹.

Nel caso in esame non si tratta di una codecisione di più amministrazioni preposte alla tutela di interessi pubblici differenziati, perché l'interesse è il medesimo, e non vi è uno schema di provvedimento rispetto al quale prestare assenso o intesa, ma sia l'autorità decidente (Ministero, Presidente della Provincia), sia l'ISPRA concorrono a formarne il contenuto¹⁰.

Insomma, si intende qui sostenere che in presenza di valutazioni che debbano essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili non si può ricorrere alla distinzione tra pareri obbligatori o vincolanti, perché vi si sovrappone una riserva di valutazione¹¹.

È da ritenere che, quando deve essere "sentito" l'ISPRA, il suo atto sia da qualificare come valutazione tecnica di amministrazione preposta alla

⁹ In questi termini TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 12 aprile 2024, n. 304. Il tema in ordine all'operatività dell'istituto del silenzio è ampiamente dibattuto ed ha visto un'evoluzione talvolta ondivaga del Consiglio di Stato che sembra essersi attestato sulla distinzione tra procedimenti ad istanza di parte e procedimenti tra amministrazioni. Per un'ampia ricognizione delle diverse posizioni cfr. F. SCALIA, *La controversa relazione tra il silenzio procedimentale ed autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. Giur. Edilizia*, fasc. 2, 1 aprile 2024, 125.

¹⁰ Sulla distinzione tra pareri e valutazioni tecniche, anche ancorata al concreto svolgersi del procedimento, si accoglie qui la distinzione di M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2019, 27 ss.

¹¹ Sulla natura di amministrazione preposta alla tutela ambientale dell'ISPRA, sul carattere di valutazione tecnica dei suoi atti e sulla riserva di valutazione ricavabile dalle normative sul silenzio, sia consentito il rinvio a M. OLIVI, *Amministrazione della fauna selvatica e potere decisionale della Regione. Un colosso dai piedi di argilla*, in *Ambientediritto.it*, 2018; ID., *La tutela del lupo...*, cit., 155 ss.; ID., *I grandi predatori e la natura obbligatoria o vincolante dei pareri dell'ISPRA: una questione mal posta*, in *RETICULA*, Vol. 34/2023, 27 <https://www.isprambiente.gov.it/files2023/pubblicazioni/periodici-tecnici/reticula-34.pdf>.

tutela ambientale¹², quindi oggetto di una riserva di valutazione.

Orbene, riprendendo la distinzione tra il momento di discrezionalità amministrativa ed il momento di discrezionalità tecnica, l'accertamento delle condizioni legittimanti, vale a dire l'assenza di altre soluzioni e la garanzia del mantenimento dello stato di conservazione soddisfacente, è oggetto di una riserva in capo all'ISPRA.

Vale invece, come detto, il ragionamento contrario per l'individuazione degli interessi, per es. sicurezza pubblica, che costituiscono elemento *causam dans* del potere autorizzativo in deroga al divieto generale, nonché per il loro bilanciamento con l'interesse alla conservazione della specie protetta.

L'individuazione dei motivi e il bilanciamento degli interessi non può che spettare al Ministero nell'esercizio della discrezionalità amministrativa ad esso attribuita e l'ISPRA non può entrare in questa valutazione.

Per svolgere una riflessione generale, riprendendo il tema accennato all'inizio circa l'ascrizione della discrezionalità all'organizzazione non meno che all'attività, si può mettere a fuoco un aspetto interessante.

Da un lato la previsione di sentire l'ISPRA contenuta nella normativa di attuazione della Direttiva "Habitat" e dall'altro la riserva di valutazione in capo alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili dagli artt. 16 e 17, legge n. 241/1990, impongono di tenere distinti i profili di valutazione discrezionale amministrativa rispetto a quelli di valutazione tecnica perché diversa è la competenza.

¹² Per una definizione di amministrazioni preposte alla tutela ambientale come amministrazioni alle quali norme speciali 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, cfr. TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 27 aprile 2022, ma già Cons. Stato, n. 2534/2019. Alla qualificazione dell'ISPRA quale amministrazione preposta alla tutela ambientale concorrono la normativa e la giurisprudenza. Riguardo 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, d.l. n. 112/2008 e d.m. n. 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, legge n. 157/1992. Per quanto riguarda la giurisprudenza va ricordato il consolidato indirizzo della Corte costituzionale che qualifica la valutazione dell'ISPRA come momento essenziale di garanzia per assicurare standard minimi e uniformi di tutela della fauna cfr. Corte cost., n. 4/2000; Corte cost., n. 193/2013; Corte cost., n. 278/2012; Corte cost., n. 90/2013; Corte cost., n. 107/2014 Corte cost., n. 139/2017; nella giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, n. 3852/2018.

In altre parole, anche le norme sull'organizzazione, concorrono a regolare la discrezionalità, perché prevedono in correlazione ai due diversi tipi di valutazione due diverse competenze, incidendo sia sulla formazione del provvedimento sia sul suo sindacato.

5. *L'intermediazione di un "piano di azione" tra norma e potere e lo scivolamento della discrezionalità tecnica verso la discrezionalità amministrativa e viceversa*

A differenza di altri paesi, ad esempio degli Stati Uniti, dove vige l'Endangered Species Act che impone misure di tutela automatiche per le specie inserite in programmi di conservazione, manca in Italia una generale previsione, e si potrebbe aggiungere anche una cultura e una prassi che inducano ad operare mediante "i piani di azione, i quali rappresentano uno strumento essenziale per la conservazione delle specie minacciate di estinzione". In particolare, il PACOBACE "rappresenta quindi il primo esempio per l'Italia di un documento prodotto in modo concertato e condiviso da tutti gli Enti territoriali con competenze sulla materia. Per la realizzazione del lavoro è stato quindi istituito un tavolo tecnico composto da tutte le amministrazioni pubbliche coinvolte, ed al quale l'ISPRA ha assicurato le più avanzate basi di conoscenza scientifica. Nella stesura del Piano d'Azione, inoltre, sono stati coinvolti anche gli altri Enti territoriali competenti, come le aree protette e le province, attraverso una serie di incontri tematici condotti nei diversi contesti locali, e assicurando un trasparente sforzo di recepimento, nell'impostazione del testo, dei commenti e suggerimenti proposti da tutti questi diversi soggetti pubblici"¹³.

Si può notare che PACOBACE produce due effetti. Il primo: le scelte di livello politico sono allocate a livello di intesa tra lo Stato e gli enti territoriali. Il secondo risultato consiste nell'integrare i profili di discrezionalità amministrativa con i profili di discrezionalità tecnica anche in considerazione del ruolo di ISPRA nell'adozione del piano¹⁴.

¹³ Per uno svolgimento più compiuto di queste considerazioni cfr. l'introduzione al Piano d'Azione Interregionale per la Conservazione dell'Orso Bruno sulle Alpi Centro orientali (PACOBACE) 2010 in https://www.isprambiente.gov.it/files/pubblicazioni/quaderni/conservazione-natura/files/Qua_CN_32_10_PACOBACE.pdf.

¹⁴ Il PACOBACE peraltro è stato adottato secondo la raccomandazione n. 74 (1999) della

In estrema sintesi, e rinviando ad altri approfondimenti¹⁵ per le argomentazioni che sorreggono questa conclusione, si può affermare che la discrezionalità politico amministrativa tende ad esprimersi una volta per tutte nel PACOBACE.

Tra le diverse scelte possibili, per esempio l'individuazione di un numero massimo di orsi sostenibile in un territorio antropizzato, o l'opzione ancor più radicale di non ripopolare aree come il Trentino dove l'orso era in via di estinzione, è stata compiuta una precisa scelta di fondo e cioè, per dirla in breve, ripopolare aree in cui l'orso è in via di estinzione nonostante il territorio sia antropizzato, e di garantire la coesistenza attraverso il monitoraggio degli orsi confidenti e la rimozione dall'habitat di quelli pericolosi¹⁶.

Questa scelta prende forma nel PACOBACE attraverso una tipizzazione di comportamenti dell'orso cui è correlata una tipizzazione dei provvedimenti da adottare. Per esempio, se un "orso viene ripetutamente avvistato" si provvede ad una "intensificazione del monitoraggio; se un "orso attacca senza essere provocato" – si provvede a "captivazione permanente o abbattimento".

Riassumendo, coordinando la Direttiva "Habitat" con il PACOBACE, la decisione dell'amministrazione sul singolo caso è determinata da tre ordini di valutazioni: lo stato di conservazione soddisfacente, l'inesistenza di altra soluzione valida, il comportamento dell'orso problematico.

Si può dire che l'intermediazione del piano di azione tra norma e potere, mentre a monte produce uno scivolamento della discrezionalità tecnica verso la discrezionalità amministrativa¹⁷, giacché le valutazioni tecniche sulle

Convenzione di Berna, tenendo conto delle indicazioni contenute nel Piano d'Azione Europeo per la Conservazione dell'Orso bruno (J.E. Swenson, N. Gerstl, B. Dahle, A. Zedrosser, *Action Plan for the Conservation of the Brown Bear in Europe (Ursus arctos)*, in *Nature and environment* 114, 2001, 69).

¹⁵ M. OLIVI, *Fauna selvatica e valori tutelati. Un'evenienza eccezionale ma emblematica: l'intervento di rimozione dell'orso pericoloso*, in AA.VV., *Il posto degli animali nella Costituzione*, Bari, 2025, 155-178.

¹⁶ Come si legge nel PACOBACE "In tutte le zone nelle quali orso e uomo convivono si verificano conflitti... Solitamente una rilevante quota dei danni economici e delle reali situazioni di pericolo arrecati dai plantigradi è imputabile a pochi soggetti cosiddetti problematici che assumono comportamenti confidenti nei confronti dell'uomo. È quindi importante che siano previste e attivate azioni proporzionate alla problematicità manifestata dai soggetti, nell'intento di modificare il loro atteggiamento e che non sia esclusa, nel caso tali azioni non producano degli effetti desiderati, la possibilità ultima di rimozione degli esemplari", sul presupposto che i "conflitti tra orso e uomo possono ridurre l'accettazione degli orsi da parte dell'uomo, a volte compromettendo le probabilità di persistenza della specie".

¹⁷ Per usare le parole di L. BENVENUTI, nella *postfazione a La discrezionalità amministrativa*, cit., 284 ss.

possibili opzioni sono decise in sede di valutazione politico discrezionale, invece, a valle, opera uno scivolamento della discrezionalità amministrativa verso la discrezionalità tecnica.

Infatti sembrerebbe che una volta compiuta la scelta di fondo su cui si fonda il PACOBACE residuino soltanto valutazioni tecniche perché tale è anche la qualificazione del comportamento dell'orso, per esempio se si tratta di un attacco o di un falso attacco, valutazione che può fondarsi solo su canoni elaborati dall'etologia.

Però ... c'è sempre un però nella vita del diritto che rovina ogni cosa¹⁸.

Invero, la valutazione decisiva si svolge infine attraverso il bilanciamento di interessi, cioè nell'area della discrezionalità politico amministrativa. Su questo aspetto ci si soffermerà nel prossimo paragrafo relativo ai rapporti tra discrezionalità e interpretazione ed in quello successivo con riferimento al principio di proporzionalità.

6. *Rapporti tra discrezionalità e interpretazione*

In realtà, infatti, il PACOBACE non è idoneo ad esaurire del tutto la discrezionalità amministrativa.

In alcuni casi, peraltro quelli più delicati di maggior pericolosità dell'orso, il PACOBACE non fa corrispondere una sola possibile provvedimento.

Per esempio, in caso di attacco dell'orso, qualunque ne sia la conseguenza (morte, ferimento grave, nessuna conseguenza) può essere deciso l'abbattimento, la cattivazione permanente, o lo spostamento in un altro territorio e quindi la discrezionalità investe queste diverse opzioni.

Nel contesto sono presenti diversi interessi, ma anche pulsioni emotive, idee e ideologie in tema di rapporto tra uomo e natura, istanze etiche e tutte queste cose da ponderare nella decisione portano un alto tasso di politicità nella valutazione amministrativa, che, probabilmente per questa ragione è allocata al più alto livello di governo (Ministero, Presidente di Provincia autonoma).

Si pensi all'eco mediatica, alle proteste in piazza, ai ricorsi prima al TAR e poi al Consiglio di Stato quando è stato adottato in Provincia di Trento il provvedimento di abbattimento dell'orsa JJ4. Si pensi, d'altra parte ai costi

¹⁸ Dal Pinocchio di Collodi "però ... c'è sempre un però nella vita di un burattino che rovina ogni cosa".

(che significa sacrificare risorse destinate a soddisfare altri interessi) per la captivazione permanente, considerati gli ampi spazi di cui necessita un esemplare di orso, spazi che si moltiplicano quando gli orsi da captivare aumentano di numero, e tenuto conto della durata della vita dell'ordine di trent'anni oltre dell'aspetto etico della sofferenza provocata dalla prigionia per un individuo di questa specie nato e vissuto allo stato selvatico. Si pensi anche ai costi dello spostamento in altro ambiente naturale oltre alla difficoltà di individuare un ambiente idoneo, nel senso che non comporti rischi per altri uomini o rischi per l'orso che si vuole salvare dall'abbattimento o dalla captivazione permanente.

Tra le diverse possibili questioni, può essere interessante mettere a confronto due possibili letture del rapporto tra discrezionalità e interpretazione che rappresenta uno dei temi dominanti della riflessione di Luigi Benvenuti come è stato spiegato nei precedenti contributi.

Una prima lettura sembrerebbe potersi ricavare in una recente pronuncia del Consiglio di Stato¹⁹, secondo il quale dal quadro normativo *“emerge in maniera chiara che la materia è governata dal principio di proporzionalità”*. *“La protezione della vita degli animali ha una tutela rafforzata a cui si può derogare solo in presenza di condizioni che sono da interpretarsi in maniera rigorosa e restrittiva, secondo una logica graduata che risponda quindi al canone di proporzionalità”*. *“Quindi, diversamente da quanto stabilito dal Giudice di primo grado, le diverse misure che l'Autorità può assumere ... devono ritenersi enunciate in via graduata con la conseguenza che è possibile ricorrere alla misura più grave solo ove sia provata l'impossibilità di adottare la misura meno cruenta e quindi a condizione che non esista un'altra soluzione valida”*. *Tale interpretazione della normativa è peraltro, oggi, l'unica compatibile con la modifica costituzionale del comma 2 dell'art. 9 della Costituzione a mente del quale “(La Repubblica) tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”*. *Essendo stato collocato tra i principi fondamentali della Repubblica, secondo l'insegnamento della sentenza 15 dicembre 1988, n. 1146 resa dalla Corte Costituzionale la tutela degli animali appartiene ai principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale e neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali.*

¹⁹ Cons. Stato., Sez. III, ordinanza n. 2913/2023 del 14 luglio 2023 riferita all'ordine di abbattimento dell'orso JJ4, di contenuto analogo le ordinanze in pari data n. 2914, 2916, 2917, 2918, 2919, 2920.

Rinviando al prossimo paragrafo per alcune considerazioni sul principio di proporzionalità, per quanto qui interessa occorre aggiungere che la pronuncia del Consiglio di Stato fa eco a precise posizioni di una parte della dottrina²⁰, e ad altre che l'hanno seguita²¹, che individuano nell'art. 9 Cost. l'affermazione di un principio animalista, nonché una lettura del principio animalista in cui la vita dell'animale costituisce un valore supremo.

In base a questa interpretazione risulta annichilita ogni discrezionalità amministrativa, e ciò, più che dal criterio rinvenibile nell'ordinamento idoneo ad indirizzare il bilanciamento di interessi, dall'assolutizzazione di un valore, cioè la vita dell'animale.

Tuttavia, è possibile una diversa lettura.

Innanzitutto, occorre richiamare l'osservazione che la norma attributiva del potere, sia nella Direttiva "Habitat", sia nella normativa di attuazione sia (ancora) nel PACOBACE non offre criteri per scegliere tra cattura e uccisione dell'orso pericoloso: sono entrambe poste sullo stesso piano per una ragione che si può spiegare in questi termini.

Queste norme regolano la possibilità di derogare ai generali divieti di cattura e abbattimento in quanto dirette a consentire la sottrazione dell'individuo dall'ecosistema in cui vive. Una volta decisa la sottrazione dall'ecosistema,

²⁰ Cfr. CERINI LAMARQUE, *La tutela degli animali nel nuovo art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 24/2023, 32. Secondo le autrici la nuova disposizione costituzionale non contiene altro che un pressante invito – il verbo all'indicativo è come sempre da intendere in senso prescrittivo – specificamente rivolto al legislatore statale a dare concreta attuazione a un nuovo principio fondamentale – il principio animalista – oggi contenuto nel testo della Costituzione, e quindi dotato della forza del diritto positivo di rango più elevato. Cfr. inoltre S. DOMINELLI, *Per un 'diritto degli animali' e 'della natura' tra scetticismo ed adesione a modelli normativi antropocentrici: riflessioni di diritto internazionale (pubblico e privato)*, in *Riv Giur. Ambiente* 1-2023; M. PIERRI, *La riforma della "Costituzione Ambientale" italiana e la tutela delle specie animali a rischio di estinzione, nel prisma della disciplina multilivello sulla salvaguardia della biodiversità*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2023, 1; D. GRANARA, *Il principio animalista nella Costituzione*, in *DPCE online*, 2023, 2; M. LOTTINI, *La tutela degli animali in Costituzione, riflessioni e prospettive*, in *CE-RIDAP*, 2022, 3.

²¹ Successivamente alla pronuncia del Consiglio di Stato cfr. G. BOTTO, *La tutela della fauna selvatica tra ambientalismo, "animalismo" e principio di responsabilità generazionale*, Torino, 2024, più attento rispetto agli autori citati nella nota precedente ad una prospettiva di bilanciamento di interessi, al quale si rinvia anche per una compiuta ricostruzione dell'iter di approvazione della riforma costituzionale e per la bibliografia in materia, che afferma l'inserimento del principio animalista tra i principi fondamentali della Costituzione, in particolare 4, 126 ma l'affermazione costituisce il filo conduttore di tutta la trattazione, e 145 dove commentando la pronuncia del Consiglio di Stato ritiene che "il valore dell'animale pare assumere come mai sino ad ora, un ruolo e un peso specifico del tutto nuovi, capaci di far propendere l'operazione di bilanciamento in proprio favore, anche innanzi ad un interesse pubblico relevantissimo quale la pubblica sicurezza".

l'animale si può considerare ecologicamente morto, e quindi fuoriesce da tutte le regole relative alla conservazione. Le regole dirette a garantire la conservazione sono infatti necessariamente correlate all'esistenza della specie protetta nell'ambito dell'habitat naturale in cui vive. Si potrebbe dire che l'orso, una volta decisa la rimozione dal suo habitat, non è più protetto da un regime giuridico diretto a garantire la conservazione della specie. A quel punto deve quindi essere considerato alla pari di qualunque altro animale, ivi compresi gli animali che sarebbe necessario sacrificare per nutrire l'orso in cattività. In altre parole, è proprio la natura della Direttiva "Habitat" che la rende inidonea ad offrire parametri giuridici per decidere tra abbattimento o altre soluzioni idonee a rimuovere l'individuo pericoloso dal suo habitat.

Per quanto riguarda altri parametri giuridici, occorre osservare che la maggioranza della dottrina non ritiene che l'art. 9 Cost. abbia introdotto un principio animalista. In ogni caso, poi, a volerlo individuare, il principio animalista trova la sua massima espressione non già nell'art. 9 Cost. ma nell'art. 13 TFUE²², ove però le "esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti", trovano un bilanciamento ne "le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale"²³.

Per riportare il discorso sul piano più generale, si può richiamare il pensiero di Luigi Benvenuti, quando afferma che l'esercizio del potere è essenzialmente questione di interpretazione di norme, ossia delle norme attributive del potere²⁴ e quando evidenzia la presenza di giudizi di valore in ogni

²² Si riporta l'art. 13 TFUE "Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale".

²³ Per la considerazione che l'art. 9 Cost. non compie un passo avanti rispetto all'art. 13 TFUE, anzi rimane un passo indietro, cfr. M. OLIVI, *Fauna selvatica e valori tutelati* ..., cit. Infatti, l'art. 9 Cost., pur senza disconoscere il valore simbolico della modifica costituzionale, rimane sul piano procedurale, mentre l'art. 13 TFUE presenta un contenuto sostanziale in quanto menziona espressamente le esigenze del benessere degli animali e si impegna nella definizione degli animali come esseri senzienti. Per questa riflessione cfr. D. DE PRETIS, *La tutela degli animali tra il nuovo art. 9 della Costituzione e le previsioni del Trattato sul funzionamento dell'unione europea*, in AA.VV., *Il posto degli animali nella Costituzione. Appunti sulla riforma dell'art. 9*, a cura di S. Masini, Bari, 2025, 43.

²⁴ Cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 179 ss.

momento della decisione²⁵. Dalle posizioni antitetiche appena descritte di fronte al caso concreto, si evidenzia un altro aspetto che può inquadrarsi nelle coordinate di Luigi Benvenuti. Quanto più l'interpretazione delle norme attributive del potere si richiama ai principi e ai valori del sistema, tanto più è identificabile e diviene determinante il momento della precomprensione.

7. Principio di proporzionalità e ibridazione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa

La citata pronuncia del Consiglio di Stato 2014/2023 può essere criticata per le ragioni generali già accennate, anche in relazione all'applicazione del principio di proporzionalità. In buona sostanza il giudice attraverso il principio di proporzionalità ritiene illegittimo il provvedimento di abbattimento in presenza della possibilità di captivazione permanente che risulterebbe essere meno grave. Già si è osservato che per la Direttiva "Habitat" le diverse misure (abbattimento e captivazione) sono equivalenti sotto l'unico profilo da essa considerato, vale a dire la rimozione dall'habitat. In altre parole, il principio di proporzionalità si colloca non già nel rapporto tra le diverse misure di rimozione dall'habitat bensì nel rapporto tra alternativa valida e rimozione dall'habitat.

Il principio di proporzionalità in questa diversa prospettiva è richiamato dalla Corte di Giustizia in un caso relativo all'abbattimento di un lupo²⁶ autorizzato dal Governo del Land del Tirolo a causa di diversi casi di uccisioni di pecore.

Per quanto qui si intendere mettere a fuoco, il giudice del rinvio chiedeva se l'art. 16 della Direttiva "Habitat" debba essere interpretato nel senso che, nell'ambito della determinazione dell'esistenza di un'"altra soluzione valida", le autorità nazionali competenti siano tenute a valutare unicamente la fattibilità tecnica delle altre misure alternative o se debba altresì tener conto di criteri economici.

La Corte, ha stabilito innanzitutto che spetta alle autorità nazionali competenti dimostrare che, tenuto conto in particolare delle migliori conoscenze

²⁵ *Ibid.*, 155.

²⁶ C. giust., 11 luglio 2024, in causa C-601/22, UW e altri contro Tiroler Landesregierung.

scientifiche e tecniche pertinenti, nonché alla luce delle circostanze relative alla situazione specifica in esame, non esiste nessun'altra soluzione valida che consenta di raggiungere l'obiettivo perseguito.

Ha poi richiamato il principio di proporzionalità ritenendo che la condizione relativa all'assenza di un'altra soluzione valida per giustificare la concessione di una deroga richiede che le misure adottate non superino i limiti di ciò che è appropriato e necessario per raggiungere gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa in questione, fermo restando che, in caso di scelta tra diverse misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che i disagi causati non devono essere sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti

Ne deriva la conseguenza che la valutazione di tale condizione richiede una ponderazione di tutti gli interessi in gioco e dei criteri da prendere in considerazione, quali i pro e i contro ecologici, economici e sociali, per individuare la soluzione ottimale.

Pertanto, secondo la Corte, ai fini della realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva "Habitat", occorre che il costo economico di una misura alternativa al prelievo di un esemplare di una specie animale rigorosamente protetta sia ponderato con il costo ecologico di tale prelievo.

È agevole notare che il costo economico ed il costo ecologico sono grandezze non omogenee, che possono essere ricondotte ad unità solo in sede di valutazione discrezionale amministrativa.

Quindi, in forza del principio di proporzionalità, una scelta di forte connotazione tecnica come la verifica della possibilità di una alternativa valida, si ibrida, per così dire con elementi di valutazione discrezionale amministrativa.

Si utilizza il termine ibridazione, non già per innovare il linguaggio, ma solo al fine di porre in evidenza che, a differenza di quando si fa riferimento alla discrezionalità mista, il principio di proporzionalità esclude la possibilità di isolare i momenti di valutazione tecnica con il rischio che essa venga completamente sovrastata dalla valutazione politico amministrativa.

È ciò che traspare da un'altra sentenza del Consiglio di Stato²⁷ secondo

²⁷ Ebbene, nel caso di specie, la provincia Autonoma di Trento ha solo apparentemente valutato e (erroneamente) scartato, l'esistenza e la praticabilità di misure alternative all'abbattimento, disponendo direttamente la misura più grave, ritenendola fin dal principio l'unica misura possibile. Tanto è reso evidente da quella parte del provvedimento nella quale il Presidente della Provincia ha escluso la possibilità di utilizzare, per la custodia dell'animale, la struttura del "Casteller", per carenza di idonei spazi, ponendo impropriamente l'incapacità della struttura amministrativa a giustificazione della misura di rimozione dell'animale, spettando invece alla medesima

la quale l'assenza di alternativa valida non può essere giustificata dalla carenza di strutture idonee a garantire la cattività permanente in luogo dell'abbattimento, perché spetta all'amministrazione porre rimedio a questa carenza.

La domanda è: fino a che punto chi è chiamato a decidere nella situazione concreta può incidere sui limiti di spesa derivanti dalle voci in bilancio? Ancora: fino a che punto il giudice può sindacare il mancato ricorso all'alternativa all'abbattimento giustificata per l'amministrazione dalla mancanza di idonei spazi da utilizzare per la custodia dell'animale, ritenendo che invece l'amministrazione è tenuta a realizzarli?

Comunque, per riportare il discorso su un piano più generale, queste questioni ed altre idonee a richiedere una sorta di riassetto degli equilibri intorno al provvedimento amministrativo derivano dallo spostamento del baricentro del potere causato dal principio di proporzionalità, che appare ora assumere il ruolo che a suo tempo era stato assunto dall'eccesso di potere per estendere l'area del sindacato giurisdizionale e forse anzi in misura maggiore nel momento in cui non risparmia non solo le valutazioni tecniche, ma neppure i provvedimenti vincolati²⁸.

8. *L'accertamento del fatto ed il linguaggio per descriverlo nella ricostruzione tipologica della realtà*

Un profilo interessante, relativo al sindacato sulla discrezionalità, può essere messo a fuoco soffermandosi su un caso particolare in cui oggetto del giudizio è l'adozione di un provvedimento di abbattimento²⁹.

Come già osservato, il PACOBACE prevede una tipizzazione di comportamenti dell'orso cui è correlata una tipizzazione dei provvedimenti da

amministrazione provinciale di porre rimedio a tale situazione di incapienza. In questi termini CdS, n. 09132/2024.

²⁸ Sul punto cfr. C.E. GALLO, *Sindacato del giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Annuario AIPDA 2022, Discrezionalità e Amministrazione*, Napoli, 2023, 249 e la giurisprudenza ivi richiamata; D. MARRAMA, *Del progressivo (immeritato) svilimento dell'attività amministrativa vincolata*, in *scritti per F.G. Scoca*, Napoli, IV, 3400. Ma per una non sottovalutazione dell'attività vincolata, comunque riconducibile al potere amministrativo e frutto di operazioni complesse da analizzare anch'esse attraverso il procedimento ermeneutico, cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., 231.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, n. 9132/2024, par. 25 ss.

adottare, secondo una scala di comportamenti meno pericolosi cui corrispondono provvedimenti più blandi fino ad arrivare alla misura estrema dell'abbattimento in relazione a comportamenti più pericolosi.

Nel caso di specie, l'orsa F36 era stata sorpresa mentre era addormentata in compagnia di un piccolo da parte di alcuni escursionisti, i quali, datisi alla fuga, sono stati inseguiti dal plantigrado, che ha raggiunto uno dei due arrampicatosi su di un albero, provocandone la caduta, per poi andarsene. La Provincia autonoma di Trento e l'ISPRA hanno ascritto il comportamento dell'animale alla fattispecie n. 15 della tabella PACOBACE n. 3.1, ovverosia "orso attacca con contatto fisico per difendere i propri piccoli, la sua preda o perché provocato in altro modo". Per questo tipo di comportamento il PACOBACE prevede l'abbattimento o la cattura permanente, comunque la rimozione dell'orso dall'habitat. Invece per il Consiglio di Stato il comportamento dell'orso deve essere ricondotto alla fattispecie n. 11 della medesima tabella "orso si lancia in un falso attacco perché colto di sorpresa, per difendere i propri piccoli o la sua preda". Per la fattispecie "falso attacco" non è prevista la rimozione dall'habitat, ma soltanto la cattura con rilascio a scopo di radiomarcaggio.

La motivazione della sentenza si basa sulla ricostruzione dei fatti. Si specifica infatti che nell'occasione, i due escursionisti hanno sorpreso l'animale nel mezzo del bosco e che gli stessi non si sono attenuti alle regole diffuse dalla stessa Amministrazione Provinciale in caso di incontri con orsi, che prescrivono di arretrare lentamente, anziché darsi alla fuga. Peraltro, l'orsa, dopo aver provocato la caduta dall'albero del malcapitato, non ha proseguito nell'attacco e lo ha lasciato fuggire verso valle.

Si intende qui sottolineare la circostanza che il giudice ha ricostruito i fatti al fine di sussumere il comportamento dell'orso nella fattispecie del falso attacco in luogo dell'attacco.

Il punto però è che il significato di "falso attacco" corrisponde ad un preciso comportamento dell'orso secondo una descrizione/catalogazione scientifica, non sostituibile con regole di esperienza comuni (sempre che esistano regole di esperienza comuni relative ad attacchi di orsi).

Ai fini che qui interessano e cioè per riportare il caso sul piano di considerazioni generali in tema di discrezionalità, merita sottolineare l'incidenza del linguaggio tecnico (anche quando si presenta come falso amico) sulla qualificazione del fatto. Non si intende qui entrare nel merito dell'ampio dibattito sui poteri del giudice nell'accertamento del fatto. Ci si limita a notare che in questo caso la conoscenza del fatto è necessariamente mediata da nozioni tecniche perché a ad esse si riferisce la fattispecie astratta. Se vi è la

mediazione di nozioni tecniche, vi è anche la mediazione di una valutazione tecnica, cioè la valutazione necessaria per ascrivere il fatto alla nozione. Sembra allora potersi affermare che in questi casi la pienezza dei poteri del giudice nell'accertamento del fatto trovi lo stesso limite che incontra il sindacato delle valutazioni tecniche. Si deve, cioè, considerare che il sindacato può anche essere intrinseco ma nei limiti dell'inattendibilità della ricostruzione operata dall'amministrazione secondo i criteri di ragionevolezza, logicità, coerenza e completezza. Rimane fermo il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile³⁰.

³⁰ Per i termini utilizzati nel testo cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2025, n. 687 in materia di dichiarazione di interesse culturale, materia nella quale appare consolidata questa impostazione in ordine all'estensione e ai limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche connotate da ampi margini di opinabilità.

