



ANNO - XVIII

AMBIENTE DIRITTO

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Fascicolo n. 3/2018 - ISSN 1974-9562

STRUMENTI DI GESTIONE DEL TERRITORIO E PROMOZIONE DELLA SOSTENIBILITÀ DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE. Territorial governance and sustainability promotion by digitalized administrations. **GHERARDO CARULLO**

AMMINISTRAZIONE DELLA FAUNA SELVATICA E POTERE DECISIONALE DELLA REGIONE. Un colosso dai piedi di argilla. **MARCO OLIVI**

LA GESTIONE DEI BENI CULTURALI DI INTERESSE RELIGIOSO. **SIMONE BUDELLI**

IL RITO SUPERACCELERATO. **FRANCESCA D'ANGELO**

DANNO ERARIALE PER AUTORIZZAZIONE ALL'ABBATTIMENTO DI FAUNA SELVATICA. Nota a Sentenza della Corte dei Conti n.248/2018. **MARCO OLIVI**

GIURISPRUDENZA: Sentenze per esteso, massime e note a cura della **redazione RGA**

AMBIENTEDIRITTO - EDITORE®

ISSN 1974-9562



9 771974 956204



Anno 2018



AmbienteDiritto.it

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Testata registrata presso il Tribunale di Patti (Reg. n. 197 del 19/07/2006)

ISSN 1974-9562

Direttore responsabile: **Fulvio Conti Guglia**

Direttori scientifici: **Giuseppe Albenzio** *Vice Avvocato Generale dello Stato*; **Raffaele Chiarelli** *Professore Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi Guglielmo Marconi*; **Claudio Rossano** *Professore Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Roma La Sapienza*.

Comitato Direttivo: **Paolo Bianchi** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Camerino*; **Simone Budelli** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Perugia*; **Guglielmo Cevolín** *Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine*; **Salvatore Cimini** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo*; **Angelo Lalli** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi La Sapienza*; **Alfredo Morrone** *Docente a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi Chieti – Pescara*.

Comitato scientifico: **Richard Albert** *Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin*; **Domenico Amirante** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*; **Gaetano Armao** *Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo*; **Francisco Balaguer Callejón** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada*; **Michele Belletti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna*; **Mario Bertolissi** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova*; **Francesca Biondi** *Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano*; **Elena Buoso** *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova*; **Marcello Cecchetti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari*; **Cristiano Celone** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo*; **Mario Pilade Chiti** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze*; **Antonio Colavecchio** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia*; **Gian Paolo Dolso** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste*; **Marina D'Orsogna** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo*; **Vera Fanti** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia*; **Renato Federici** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza*; **Leonardo Ferrara** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze*; **Diana Urania Galetta** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano*; **Giuseppe Garzia** *Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna*; **Paolo**

Giangaspero Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma; **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell'Aquila; **Andrea Gratteri** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia; **Dimitris Liakopoulos** Full Professor of European Union Law in Fletcher School of Law and Diplomacy - Tufts University; **Vincenzo Lippolis** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi Internazionali di Roma; **Fabrizio Lorenzotti** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Francesco Longobucco** Professore Associato di Diritto Privato (IUS/01) Università Roma Tre; **Giuseppe Losappio** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli studi di Bari "Aldo Moro"; **Antonella Massaro** Professore Associato Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre; **Ludovico Mazzaroli** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine; **Agostino Meale** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari; **Cesare Mirabelli** Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico (IUS/11) Università degli Studi Roma Tor Vergata, Presidente Emerito della Corte costituzionale; **Stefano Nespore** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano; **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba; **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia; **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia; **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa; **Aristide Police** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata; **Nicoletta Rangone** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA; **Cecilia Ricci** Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise; **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino; **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari; **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa; **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania; **Andrea Scella** Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine; **Elisa Scotti** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo - Docente di Diritto dell'Ambiente - (IUS/10) Università degli Studi di Macerata; **Andrea Simoncini** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze; **Sara Spuntarelli** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Dario Elia Tosi** Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta; **Duccio Traina** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze; **Silvio Troilo** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bergamo; **Francesco Fabrizio Tuccari** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi del Salento.

Comitato di redazione: **Antonio Mitrotti** Coordinatore (Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico comparato, Università degli Studi di Teramo); **Daniela Di Paola** (Ministero della Giustizia); **Maria Assunta Icolari** (Ricercatore Università degli Studi G. Marconi di Roma - Resp. Diritto Tributario Ambientale); **Chiara Ingenito** (Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato Internazionale, Università degli studi di Roma La Sapienza); **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale Comparato, Università degli studi di Catania); **Olivia Pini** (Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Modena); **Agostino Sola** (Praticante avvocato presso l'Avvocatura dello Stato); **Leo Stilo** (Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Link Campus University Executive Calabria); **Giacomo Vivoli** (Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Università degli Studi di Firenze).

Elenco dei referees: **Giuseppe Ugo Abate** (*Università degli Studi di Palermo*); **Xavier Arbos Marin** (*Universidad de Barcelona*); **Annamaria Bonomo** (*Università degli Studi di Bari*); **Marco Brocca** (*Università degli Studi del Salento*); **Marco Calabrò** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Achille Antonio Carrabba** (*Università degli Studi di Bari Aldo Moro*); **Gian Franco Cartei** (*Università degli Studi di Firenze*); **Giovanni Catalisano** (*Università degli Studi di Enna Kore*); **Marta Cenini** (*Università degli Studi dell'Insubria*); **Alberto Clini** (*Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"*); **Juan Carlos Covilla Martínez** (*Universidad Externado de Colombia*); **Gianni Cortigiani** (*Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze*); **Simona D'Antonio** (*Università degli Studi di Teramo*); **Gabriella De Giorgi** (*Università degli studi del Salento*); **Lorenzo De Gregoriis** (*Università degli Studi di Teramo*); **Maria Rosaria Di Mattia** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Ruggero Dipace** (*Università degli Studi del Molise*); **Enzo Di Salvatore** (*Università degli Studi di Teramo*); **Caterina Drigo** (*Università di Bologna*); **Daniela Ferrara** (*Università degli studi di Palermo*); **Giancarlo Antonio Ferro** (*Università degli Studi di Catania*); **Gianpaolo Fontana** (*Università degli Studi "Roma Tre"*); **Biagio Giliberti** (*Universitas Mercatorum*); **Francesca Guerriero** (*Avv. penalista del Foro di Roma*); **Anna Rita Iacopino** (*Università degli Studi dell'Aquila*); **Armando Lamberti** (*Università degli Studi di Salerno*); **Vito Sandro Lecce** (*Università degli Studi di Bari*); **Anna Lorenzetti** (*Università degli Studi di Bergamo*); **Marco Mancini** (*Università Ca' Foscari di Venezia*); **Donatantonio Mastrangelo** (*Università degli Studi di Bari*); **Roberto Miccù** (*Università degli Studi La Sapienza*); **Giulia Milo** (*Università degli Studi di Trieste*); **Viviana Molaschi** (*Università degli Studi di Bergamo*); **Alberto Oddenino** (*Università degli Studi di Torino*); **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (*Centro Universitario Estácio da Amazônia*); **Vittorio Pampanin** (*Università degli Studi di Pavia*); **Paolo Patrito** (*Università degli Studi di Torino*); **Vincenzo Pepe** (*Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Patrizia Pinna** (*Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze*); **Mauro Pennasilico** (*Università degli Studi di Bari*); **Oreste Pollicino** (*Università Bocconi*); **Daniele Porena** (*Università degli Studi di Perugia*); **Carlo Rapicavoli** (*Direttore Generale presso Provincia di Treviso - Direttore ANCI Veneto e UPI Veneto*); **Saverio Regasto** (*Università degli studi di Brescia*); **Pierpaolo Rivello** (*Università degli Studi di Torino*); **Mariano Robles** (*Università degli Studi degli Studi di Bari*); **Paolo Rossi** (*Università degli Studi di Perugia*); **Gianluca Ruggiero** (*Università del Piemonte Orientale*); **Francesco Emanuele Salamone** (*Università degli Studi della Tuscia*); **Ciro Sbailò** (*Università degli Studi internazionali di Roma*); **Maria Stefania Scardigno** (*Università degli Studi di Bari*); **Alma Lucia Tarantino** (*Università degli Studi di Bari*); **Marco Terrei** (*Centrale di committenza del Comune di Lanciano*); **Tommaso Ventre** (*LUISS Guido Carli*);



AmbienteDiritto.it

MISSION:

Lo scopo principale della Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it (RGA) è quello di favorire il più ampio confronto interdisciplinare - a livello internazionale - nonché lo sviluppo della ricerca scientifica sulle complesse tematiche del Diritto pubblico, in senso esteso ed evoluto, con una particolare, e naturale, predilezione per l'approfondimento della materia 'interdisciplinare' del Diritto ambientale, con i suoi peculiari - e 'naturali' - risvolti costituzionali ed amministrativi (oltre che i 'connaturali' e, alle volte, inscindibili aspetti penalistici e civilistici).

La Rivista, per queste ragioni, accetta sia contributi in italiano che in qualsiasi altra lingua che, ovviamente, sia conosciuta dai referees. I componenti della Rivista, i suoi collaboratori, nonché gli autori - che, secondo le linee ANVUR sono in larghissima parte strutturati presso Università italiane e straniere - fanno parte ed aderiscono alla *mission* a titolo squisitamente gratuito.

*Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a referaggio doppio cieco conformemente alla **Classe A – ANVUR**.*

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Review Law Public - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info (at) ambientediritto.it - (C.C. REA): 182841 - Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore: Fulvio Conti Guglia - C.F.: CNTFLV64H26L308W - P.IVA 02601280833 - Pubblicata in Tortorici dal 2000 Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562 - (BarCode 9 771974 956204) - Pubblicazione quotidiana in formato elettronico - Copyright AD - AmbienteDiritto - Editore[®]

INDICE:

STRUMENTI DI GESTIONE DEL TERRITORIO E PROMOZIONE DELLA SOSTENIBILITÀ DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE. Territorial governance and sustainability promotion by digitalized administrations. **GHERARDO CARULLO** Pag. 7

AMMINISTRAZIONE DELLA FAUNA SELVATICA E POTERE DECISIONALE DELLA REGIONE. Un colosso dai piedi di argilla. **MARCO OLIVI** Pag. 23

LA GESTIONE DEI BENI CULTURALI DI INTERESSE RELIGIOSO. **SIMONE BUDELLI** Pag. 32

IL RITO SUPERACCELERATO. **FRANCESCA D'ANGELO** Pag. 40

DANNO ERARIALE PER AUTORIZZAZIONE ALL'ABBATTIMENTO DI FAUNA SELVATICA. Nota a Sentenza della Corte dei Conti n.248/2018. **MARCO OLIVI** Pag. 53

GIURISPRUDENZA: Sentenze per esteso, massime e note a cura della **redazione RGA** Pag. 70

STRUMENTI DI GESTIONE DEL TERRITORIO E PROMOZIONE DELLA SOSTENIBILITÀ DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE DIGITALE

TERRITORIAL GOVERNANCE AND SUSTAINABILITY PROMOTION BY DIGITALIZED ADMINISTRATIONS

GHERARDO CARULLO*

SINTESI

L'obiettivo dello scritto è di analizzare come i principi ed i criteri propri dello sviluppo sostenibile possano trovare applicazione nell'ambito delle scelte tecnico-discrezionali delle amministrazioni pubbliche nella definizione degli strumenti urbanistici, così come in relazione alla generale attività di gestione del territorio.

In tale prospettiva occorre preliminarmente comprendere sino a che punto lo sviluppo sostenibile sia già presente negli istituti di diritto amministrativo, come avviene ad esempio per la Valutazione Ambientale Strategica di cui al d.lgs. 152/2006, ed in che misura sia invece opportuna una rilettura

degli strumenti giuridici in dotazione alle Amministrazioni in un'ottica di sviluppo sostenibile che vada oltre la dimensione ambientale.

Coerentemente con quell'idea secondo cui l'attività amministrativa è soggetta ad un crescente tecnicismo, le decisioni che l'Amministrazione è chiamata ad assumere per disegnare – o ridisegnare – lo sviluppo urbano possono essere oggi accompagnate da nuove valutazioni che, anche avvalendosi di dati misurabili circa l'impatto di ciascuna opzione, possano portare a soluzioni massimizzanti non solo l'interesse pubblico, ma anche la sostenibilità del risultato perseguito, intesa anch'essa come interesse primario.

Si pensi, ad esempio, alla definizione delle modalità di spostamento urbano, in una macro prospettiva che includa lo studio della viabilità, il trasporto pubblico intermodale, ed azioni volte a promuovere misure di spostamento ad impatto zero, quali la costruzione e l'ampliamento delle piste ciclabili, ovvero l'incentivazione di servizi come il c.d. *bike-sharing*.

In un tale contesto l'obiettivo è di fornire all'Amministrazione strumenti che vincolino l'azione verso un risultato finale massimizzante la sostenibilità della scelta, non solo in funzione ambientale, ma anche – e soprattutto – in vista delle ripercussioni sulla qualità della vita degli amministrati, dei flussi esterni (ad es. turismo) e della produttività.

ABSTRACT

The aim of the paper is to analyse how the principles and criteria of sustainable development can be applied within the technical-discretionary choices of public administrations in defining urban planning instruments, as well as in relation to the general management of the territory.

With this in mind, it is necessary to first understand the extent to which sustainable development is already present in the administrative law institutes, as for example for the Strategic Environmental Assessment referred to in Legislative Decree 152/2006, and to what extent it is appropriate to re-read the legal instruments provided to the Administrations with a view to sustainable development that goes beyond the environmental dimension.

Consistent with the idea that administrative activity is subject to increasing technicality, the decisions that the Administration is called upon to take to design - or redesign - urban development can be today accompanied by new assessments that, even using measurable data on the impact of each option, can lead to maximizing solutions not only the public interest, but also the sustainability of the result pursued, also intended as primary interest.

Consider, for example, the definition of the urban displacement modalities, in a macro perspective that includes the study of the road network, the intermodal public transport, and actions to promote zero impact movement measures, such as the construction and expansion of cycle paths, or the stimulation of services such as the cd bike sharing.

In this context, the goal is to provide the Administration with tools that bind the action towards a final result maximizing the sustainability of the choice, not only in environmental terms, but also - and above all - in view of the repercussions on the quality of life of administered, external flows (e.g. tourism) and productivity.

INDICE: 1. Coordinate essenziali in ordine agli strumenti di gestione del territorio nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. – **2.** Quadro di sintesi in ordine al ruolo della tecnologia nella prospettiva dello sviluppo sostenibile nella normativa sovranazionale. – **3.** Cenni in merito alla nozione di amministrazione digitale e rilievo dei dati nell'esercizio della funzione. – **4.** Strumenti tecnologici e principio dello sviluppo sostenibile nel procedimento di v.a.s. per la definizione delle scelte di governo del territorio. – **5.** Conclusioni

1. Coordinate essenziali in ordine agli strumenti di gestione del territorio nella prospettiva dello sviluppo sostenibile

Nell'ambito degli studi sulle modalità attraverso cui gli enti pubblici, per il tramite dei loro poteri autoritativi, possono farsi attivamente promotori della sostenibilità urbana, dalla prospettiva del diritto amministrativo assumono una particolare ed interessante posizione gli strumenti di governo e di assetto del territorio.

Tale ampia categoria viene qui intesa onde riferire l'indagine a tutti quei piani e programmi volti, a vario modo, alla definizione e regolazione del tessuto urbano ed extraurbano, secondo l'idea per cui si può qualificare il «*“governo del territorio”, unitariamente considerato, quale funzione e momento unitario di coordinamento delle diverse scelte e dei diversi interessi incidenti sul territorio*»¹. In ragione della crescente rilevanza dei principi ambientali e di sviluppo sostenibile, si è del resto sottolineato che «*il governo del territorio assume connotazioni di più ampio respiro rispetto all'urbanistica, intesa quest'ultima, anche nella sua versione più evoluta, come disciplina dell'uso del territorio (globalmente inteso)*»².

Si tratta di espressione che, dunque, nella sua più ampia accezione può ricomprendere un numero considerevole di strumenti di vario tipo. Basti pensare che, ben prima dell'attuale assetto costituzionale³, si era già rilevato che i «*piani di governo e di assetto del territorio [...] hanno assunto nomi, oggetti, contenuti e procedimenti svariatisimi; si va da piani di assetto globale di un intero territorio a piani di settore o speciali: se ne annoverano una quindicina di specie, e l'inventiva, in proposito, non è ancor venuta meno*»⁴. Vengono perciò in rilievo sia gli strumenti di pianificazione urbana ed edilizia in senso stretto – oggi peraltro ricondotti alle funzioni fondamentali dei Comuni⁵ –, sia anche quegli ulteriori

¹G. PASTORI, *Governo del territorio e nuovo assetto delle competenze statali e regionali*, in B. POZZO; M. RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 29.

²G. MARTINI, *Il potere di governo del territorio*, in A. PIOGGIA; L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 138, il quale richiama in tal senso anche P. URBANI, *Governo del territorio e luoghi di vita e di lavoro*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI; E. FERRARI; P. URBANI (a cura di), *Il Governo del Territorio*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 184 e S. AMOROSINO, *Il governo del territorio tra Stato, Regioni ed enti locali*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI; E. FERRARI; P. URBANI (a cura di), *Il Governo del Territorio*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 143.

³Con la riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione, sono state introdotte «*profonde novità sulla ripartizione di potestà legislativa tra Stato e Regioni e sui limiti delle potestà legislative di entrambi i soggetti*», cfr. A. ROCCELLA, *La pianificazione urbanistico-paesaggistica del territorio tra normativa statale e legislazione regionale*, in *Lexambiente.it*, 10, 2010, par. 2. Sul che si rinvia all'Autore citato per l'approfondimento delle relative questioni, specie in ordine all'inquadramento della «*materia di governo del territorio*» in detto sistema, v. *Ibid.*, par. 4.

⁴M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, par. 3.

⁵Cfr. articolo 14, comma 27, d.l. 31/5/2010, n. 78, tra cui figurano «*la pianificazione urbanistica ed edilizia*». Per un'analisi di detta disciplina, cfr. G. CARULLO, *Obbligo di esercizio « associato » delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. CdS*, 10, 2013, p. 2879 e ss..

piani e programmi adottati nell'esercizio di poteri autoritativi comunque idonei ad incidere sulle modalità di organizzazione della vita della comunità amministrata⁶.

Gli strumenti di governo del territorio qui presi in esame possono peraltro assumere un carattere particolarmente idoneo alla promozione della sostenibilità anche in ragione della natura discrezionale che in parte connota l'attività di predisposizione degli stessi⁷. L'amministrazione gode infatti di un'ampia facoltà di scelta nell'adozione delle diverse opzioni selezionabili in sede di pianificazione, essendo di norma i relativi apprezzamenti di merito sindacabili in sede di legittimità solo ove risultino inficiati da errori di fatto o da vizi di grave illogicità, irrazionalità o contraddittorietà⁸.

D'altro canto l'attività di pianificazione presuppone anche l'esercizio di poteri connotati da discrezionalità tecnica⁹, la quale invece «ricorre ogniqualvolta la valutazione dei presupposti dell'atto richieda il supporto di scienze specialistiche»¹⁰. Ne deriva che all'aumentare delle dimensioni della comunità interessata, ed all'introduzione di nuovi interessi da tutelare, così come di nuovi principi atti ad incidere sulle scelte dell'amministrazione – tra cui quello dello sviluppo sostenibile – si assiste ad una conseguente crescita dei fattori da acquisire e considerare nel corso del procedimento¹¹.

È dunque in tal senso che gli strumenti tecnologici possono rappresentare un'interessante chiave di volta nell'ottica qui considerata. In ragione del crescente numero di informazioni che vengono in gioco nel procedimento, gli strumenti digitali in dotazione alle amministrazioni possono assumere

⁶Si pensi, ad esempio, al Piano Urbano del Traffico di cui all'articolo 36 del d.lgs. 30/4/1992, n. 285, (Nuovo codice della strada).

⁷Discrezionalità amministrativa intesa quale «*facoltà di scelta, nell'ambito dei confini delineati dalla legge*», che può riguardare «*l' "an" [...] il "quid" [...] il "quomodo" [...] e il "quando"*» dell'azione amministrativa, cfr. G. GRECO, *Argomenti di Diritto Amministrativo. Lezioni*, II Ed., Giuffrè, Milano, 2013, p. 133.

⁸Cfr. *ex multis* in tal senso nella giurisprudenza amministrativa, quanto alla pianificazione territoriale: T.A.R. Friuli-V. Giulia, Trieste, Sez. I, 08/8/2017, n. 276; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 08/11/2016, n. 1100; Cons. Stato, Sez. IV, 20/7/2016, n. 3250; Cons. St., Sez. IV, 12/5/2016 n. 1907. In dottrina si è di recente analizzato criticamente tale carattere delle scelte discrezionali, proponendo il concetto di «*violenza della decisione [amministrativa]*», L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2017, *passim*.

⁹Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 23/2/2011, n. 1114, laddove ha ricordato «*la discrezionalità tecnica che caratterizza gli atti di pianificazione, anche quali strumenti di progressiva specificazione dei vincoli paesaggistici, in conformità alle esigenze di tutela di cui all'art. 9 della Costituzione (Cons. Stato, II, 20/5/1998, n. 548 e 549; VI, 23/11/2004, n. 7667; Corte cost. 13/7/1990, n. 327), nonché l'insindacabilità, nel merito, delle scelte in tale ambito effettuate dall'Amministrazione*». *Ex multis*, sulla pianificazione paesaggistica: T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. II, 05/12/2016, n. 929; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 13/7/2016, n. 935; Cons. Stato, Sez. VI, 03/3/2011, n. 1366; sulla pianificazione urbanistica e territoriale: T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 15/10/2014, n. 1059; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 31/5/2013, n. 1282.

¹⁰G. GRECO, *Lezioni*, cit., p. 139.

¹¹G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, *Introduzione all'edizione italiana: le norme modello per i procedimenti amministrativi dell'Unione Europea*, in G. DELLA CANANEA; D.U. GALETTA; H.C.H. HOFMANN; J.-P. SCHNEIDER; J. ZILLER (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. XI.

un importante ruolo sia a fini istruttori e decisionali¹², sia in fase di monitoraggio, misurazione e valutazione degli effetti prodotti. In altre parole, il ricorso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (i.c.t.) può far sì che l'azione complessiva dell'autorità pubblica si fondi su di una più informata conoscenza della realtà amministrata.

In proposito giova tuttavia premettere che in questa sede si darà per presupposta la qualificabilità dello sviluppo sostenibile quale principio capace di ordinare ed indirizzare l'attività amministrativa, quantomeno a livello ambientale, prendendo dunque le mosse da quegli studi che già hanno positivamente vagliato tale assunto¹³. Va peraltro aggiunto che si intende qui verificare la capacità del principio dello sviluppo sostenibile di incidere sulle scelte pianificatorie volte alla gestione del territorio seguendo un metodo strettamente giuridico. In ragione della prospettiva (di diritto amministrativo) qui assunta, si ometterà perciò di valutare in che modo la crescente rilevanza dello sviluppo sostenibile nel nostro ordinamento – così come a livello europeo ed internazionale – possa portare ad una qualche ulteriore influenza – di natura economica, sociale o politica – sulle scelte dell'amministrazione.

2. Quadro di sintesi in ordine al ruolo della tecnologia nella prospettiva dello sviluppo sostenibile nella normativa sovranazionale

Lo sviluppo sostenibile, nell'accezione di cui si è in ultimo detto, è rinvenibile in molteplici testi normativi di livello sovranazionale, sia a livello europeo sia internazionale.

Viene in primo luogo in rilievo la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 (Convenzione, o UNFCC)¹⁴. Con tale atto si è espressa l'esigenza che gli obiettivi climatici siano raggiunti in modo che «*lo sviluppo economico possa continuare ad un ritmo sostenibile*»¹⁵, riconoscendo «*la necessità di mantenere una crescita economica forte e sostenibile*»¹⁶, anche «*mediante applicazione di nuove tecnologie in condizioni che le rendono economicamente e socialmente vantaggiose*».¹⁷ In relazione a tale ultimo aspetto, la Convenzione ha peraltro posto un particolare accento sulla

¹²M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione 'invisibile' nell'età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in D. SORACE; L. FERRARA; S. CIVITARESE MATTEUCCI; L. TORCHIA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2017, p. 160.

¹³M. ANTONIOLI, *Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 91–105.

¹⁴Ratificata dall'Italia con l. 15/1/1994, n. 65.

¹⁵Articolo 2, UNFCC.

¹⁶Articolo 4, comma 2, lettera a), UNFCC.

necessità di favorire ed incoraggiare la cooperazione tra le Parti sulla ricerca, sul trasferimento e sulla circolazione delle tecnologie funzionali al raggiungimento degli obiettivi della Convenzione stessa.¹⁸

Tali enunciazioni hanno trovato ulteriore sviluppo nel c.d. Accordo di Parigi del 2016 (a.p.)¹⁹, adottato nell'ambito della Convenzione. In questa occasione si è anzitutto sottolineato, tra gli altri, «il rapporto intrinseco che le azioni, le misure di risposta e l'impatto dei cambiamenti climatici hanno con l'accesso equo allo sviluppo sostenibile e lo sradicamento della povertà»²⁰. In tale prospettiva le Parti, «notando l'importanza della tecnologia per l'attuazione delle azioni di mitigazione e adattamento in virtù del presente Accordo»²¹, hanno inteso rafforzare «le attività di cooperazione in materia di sviluppo e trasferimento delle tecnologie»²² attraverso un «Meccanismo Tecnologico» volto, in ultima analisi, a «promuovere e semplificare attività sempre maggiori nel campo dello sviluppo e del trasferimento delle tecnologie».²³ Si ha in tal modo una conferma dell'importanza della tecnologia per il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi posti dalle citate norme internazionali, con al contempo la proposizione di uno strumento volto a concretizzare gli sforzi delle Parti sul punto.

Lo sviluppo sostenibile viene così ancor più marcatamente configurato non quale obiettivo statico, ma piuttosto quale impegno volto al costante perfezionamento delle politiche e degli strumenti tesi al perseguimento degli obiettivi di crescita economica e sociale. Ne deriva che le riforme che, a vario modo, si sono poste nella direzione dello sviluppo sostenibile possono essere inquadrare nell'ambito di un processo di costante integrazione e perfezionamento per il progressivo adattamento verso «*stili di vita sostenibili e schemi di consumo e produzione sostenibili*» (Preambolo, a.p.).

Quanto al livello europeo – nell'ambito del quale vale comunque ricordare che i suddetti trattati dispiegano i propri effetti²⁴ – lo sviluppo sostenibile ha di recente trovato espressa collocazione anche

¹⁷Considerando 21, UNFCC.

¹⁸V. in particolare: gli obblighi delle Parti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere c), g) e h), comma 2, lettera a), e commi 3, 5, 7, 8, 9; le funzioni di controllo della Conferenza delle Parti ex articolo 7, comma 2, lettera a); le funzioni di ricerca e di consulenza a favore dei Paesi in via di sviluppo di cui all'articolo 9, comma 2, lettere c) ed e); le modalità di finanziamento ex articoli 11 e 12.

¹⁹Ratificato dall'Italia con l. 4/11/2016, n. 204.

²⁰Considerando 8, a.p..

²¹Articolo 10, comma 2, a.p..

²²Ibid.

²³Articolo 10, comma 3, a.p..

²⁴L'Unione Europea ha infatti sottoscritto ed approvato sia la UNFCC che l'a.p. – del quale è stata peraltro un'attiva promotrice, cfr. Oberthür and Groen 2017: 4–6 –, sicché le relative norme si applicano, per quanto di competenza, anche ad essa. In proposito cfr. Oberthür 2016. Sul carattere prescrittivo, o meno, dell'a.p., e sui meccanismi di implementazione dello stesso, cfr. rispettivamente Bodansky 2016, e Voigt 2016.

nelle fonti primarie dell'Unione e precisamente all'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE)²⁵, come da ultimo modificato dal Trattato di Lisbona²⁶.

Né si può certamente dubitare del ruolo «guida» dell'Unione Europea nella costruzione dell'amministrazione digitale²⁷. Come chiarito dalla Commissione stessa, l'impegno delle Istituzioni europee nel promuovere le i.c.t. mira precisamente a «riportare l'Europa sulla strada di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»²⁸, anche al fine di promuovere l'e-Government quale «motore di una nuova fase di sviluppo economico»²⁹.

La sostenibilità cui mirano gli attori internazionali appare dunque riferibile non solo alla materia ambientale in senso stretto, ma anche al modello di sviluppo economico e sociale³⁰, che in misura crescente deve trovare attuazione per il tramite delle nuove tecnologie³¹. In altri termini, l'azione delle amministrazioni, onde conformarsi a tali paradigmi, dovrebbe tendere verso quel concetto di «sostenibilità dello sviluppo» già messo in luce in dottrina per rimarcare «non soltanto la separatezza [...] della sostenibilità rispetto allo sviluppo, ma soprattutto la primazia della prima nei confronti del secondo»³².

Nell'attuale contesto di progressiva digitalizzazione dell'amministrazione nazionale³³, dunque, è interessante valutare come i nuovi strumenti a disposizione degli enti pubblici possano permettere un più consapevole ed efficiente uso degli strumenti di governo del territorio al fine di favorire la sostenibilità. In tale prospettiva, può essere utile un breve inquadramento inquadrate il concetto di

²⁵Ove si è espressamente sancito che l'Unione «si adoperava per lo sviluppo sostenibile dell'Europa».

²⁶Si tratta più precisamente del *Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea*, entrato in vigore in data 1/12/2009. Già il Trattato di Amsterdam del 1997 aveva peraltro sancito, all'attuale nono considerando del testo consolidato del TUE, la rilevanza del «principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente», cfr. Porchia 2006: 23. Sullo sviluppo sostenibile nel diritto comunitario e nel trattato di Lisbona, cfr. Iannello 2009: 353 e ss..

²⁷C. LEONE, *Il ruolo del diritto europeo nella costruzione dell'amministrazione digitale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2014, p. 877.

²⁸Comunicazione della Commissione su Un'agenda digitale europea, 26/8/2010, COM (2010) 245. Più di recente cfr. anche la Comunicazione del 6/5/2015 sulla strategia per il mercato unico digitale in Europa (COM (2015) 192).

²⁹S. MICELLI, *Le direttrici di sviluppo dell'e-government*, in E. DI MARIA; S. MICELLI (a cura di), *Le frontiere dell'e-government: cittadinanza elettronica e riorganizzazione dei servizi in rete*, FrancoAngeli, Milano, 2004, p. 188.

³⁰Cfr. S. BATTINI, *Il sistema istituzionale internazionale dalla frammentazione alla connessione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2002, pp. 973-974.

³¹In tal senso cfr. G. VILELLA, *Dove va lo Stato contemporaneo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2000, p. 55; M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2002, p. 991 e ss..

³²M. ANTONIOLI, *Sostenibilità*, cit., pp. 34-35.

³³Sui caratteri essenziali di tale fenomeno, e relative conseguenze per la pubblica amministrazione, cfr. Masucci 2003: 992-993.

“digitalizzazione”, e le relative ricadute che questo determina in ordine all’organizzazione ed alle attività delle pubbliche amministrazioni.

3. Cenni in merito alla nozione di amministrazione digitale e rilievo dei dati nell’esercizio della funzione

L’espressione “amministrazione digitale” è da tempo entrata a far parte del linguaggio legislativo³⁴, in linea con la progressiva «*introduzione dei sistemi informatici*» nell’organizzazione pubblica³⁵. Tale figura ha così integrato le categorie con cui si identificano i caratteri distintivi delle amministrazioni con una nuova e peculiare componente, il cui tratto caratterizzante è dato appunto dalla natura “digitale” dell’ente descritto. Così come da tempo si parla, ad esempio, di amministrazioni indipendenti, si può parlare di amministrazioni digitali, onde identificare un innovativo modo di atteggiarsi dei soggetti pubblici.

Già diversi studi hanno identificato e delineato alcuni dei tratti fondamentali che derivano da tale nozione, sicché l’analisi che segue si limiterà ad individuare quegli aspetti di fondo necessari per inquadrare il tema della digitalizzazione nell’ambito del presente contributo³⁶.

È stato dunque osservato che la trasformazione dell’amministrazione in senso digitale si realizza in concreto introducendo nell’organizzazione e nelle modalità di azione di questa i mezzi offerti dalle tecnologie dell’informazione e della comunicazione (o ICT)³⁷, onde «*sostituire gli strumenti e le modalità tradizionali di rapporto con gli utenti e di svolgimento delle attività interne*»³⁸.

Si può perciò condividere l’idea per cui il percorso verso la compiuta realizzazione di tale processo comporta l’adozione di misure organizzative e di una disciplina normativa «*che va oltre la mera*

³⁴Ne è un emblematico esempio il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, c.d. Codice dell’amministrazione digitale.

³⁵L’espressione citata è di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino [1994]*, in *Scritti giuridici*, vol. I, 2006, p. 937.

³⁶Per una più compiuta analisi della nozione, e delle relative implicazioni, si rinvia a quanto già esposto in G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 1 e ss., ove si richiama, tra gli altri, il volume di S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze University Press, Firenze, 2017.

³⁷Con queste intendendosi «*tutte le soluzioni tecnologiche, infrastrutturali, hardware e software, che consentono la raccolta, la conservazione, il trattamento e la trasmissione di informazioni (testuali, visive o sonore)*», F. MERLONI, *Sviluppo dell’eGovernment e riforma delle amministrazioni*, in F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all’eGovernment: pubbliche amministrazioni e società dell’informazione*, Torino, 2005, p. 5.

³⁸Cfr. Direttiva del Ministro per l’Innovazione e le Tecnologie del 4 gennaio 2005, recante le *Linee guida in materia di digitalizzazione dell’amministrazione*, p. 2. Per una ricostruzione storica del percorso verso la digitalizzazione vi veda E. ZAFFARONI, *L’informatizzazione della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 7, 1996, p. 2516 e ss..

dematerializzazione dei documenti. L'amministrazione elettronica non significa solo far sparire la carta, le cartacce, ma poter ripensare la logica dei rapporti fra gli organismi pubblici e fra questi e i privati utilizzando le tecnologie della informatica e della telematica»³⁹.

Si è inoltre sottolineato, in pari epoca, che «un radicale mutamento dell'azione amministrativa dovrebbe derivare dall'impiego dei nuovi strumenti legati allo sviluppo tecnologico (digitalizzazione, reti informatiche e così via) e dal conseguente potenziamento del c.d. e-government nell'ambito dei rapporti con cittadini e imprese»⁴⁰.

Tra gli strumenti in dotazione alle amministrazioni, la transizione verso un contesto digitale ha perciò permesso di valutare il ruolo dei dati e delle banche dati, intesi quali fattori essenziali della funzione amministrativa⁴¹. Si è infatti osservato che tra gli strumenti propri dell'amministrazione digitale rientrano i dati memorizzati su supporto digitale, quale naturale evoluzione che va ad affiancarsi e gradualmente sostituirsi al supporto cartaceo⁴². Mentre gli archivi tradizionali, sino a pochi decenni fa, costituivano pressoché l'unica modalità di conservazione delle informazioni in mano pubblica, gli strumenti offerti dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione permettono l'introduzione, anche nella sfera pubblica, di nuove logiche e meccanismi per la gestione, il mantenimento e lo sfruttamento dei dati delle amministrazioni⁴³.

³⁹Il passo citato è di A. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, pp. 992-993, il quale richiama in tal senso anche M.F. LEMAÎTRE, *Téléprocédures administratives: le pari de la confiance*, in *Actualité Juridique*, 7/8, 2001, p. 628 e ss., e B. LASSERRE, *L'Etat et les technologies de l'information: Vers une administration à accès pluriel*, Paris, 2000, p. 64 e ss.. Sulle complessità del passaggio al procedimento amministrativo informatico cfr. P. OTRANTO, *Verso il procedimento amministrativo elettronico. Italia e Spagna a confronto*, in *Dir. informaz.*, vol. 573-583, 4-5, 2008, p. 578 e ss..

⁴⁰Il passaggio citato è tratto da E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, V Ed., Milano, 2003, pp. 7-8. Tale idea, espressa per la prima volta nella citata edizione del *Manuale*, è stata poi ripresa con identica formulazione in tutte le successive edizioni sino alla XVII del 2015 (p. 6), e compare pure nell'ultima reperibile alla data di pubblicazione della presente monografia (XIX Ed., Milano, 2017, pp. 8-9), se pur dalla XVIII edizione del 2016 (p. 6) si parla di «notevole impatto» anziché di «radicale mutamento». Anche nella dottrina francese, oltre agli Autori già citati nella nota precedente, si è sottolineato che «la référence aux téléservices irrigue les discours des pouvoirs publics dans le double objectif de développer l'administration électronique et d'améliorer les relations entre l'administration et les administrés», G. KOUBI, *Introduction*, in *RFAP*, 2, 2013, p. 268.

⁴¹Si permetta di rinviare ancora a G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati*, cit., *passim*.

⁴²In relazione a tale fenomeno, G. DUNI, in *Amministrazione digitale*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali I*, Milano, 2007, p. 14, ed in *L'amministrazione digitale: il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008, p. 11, evidenzia come il titolo del d.lgs. 82/2005 ("Codice dell'amministrazione digitale") sia indicativo della «contrapposizione netta tra l'amministrazione attuale, nella quale predomina ancora la documentazione cartacea, ed un nuovo modo di amministrare la cosa pubblica, che si basa sulla sostituzione della burocrazia cartacea con quella in forma digitale». Quanto al preesistente cartaceo, l'articolo 22, comma 5, del Codice dell'amministrazione digitale consente di individuare «particolari tipologie di documenti analogici originali unici per le quali, in ragione di esigenze di natura pubblicistica, permane l'obbligo della conservazione dell'originale analogico», ed il relativo d.p.c.m. 21 marzo 2013 che ha operato tale individuazione.

⁴³In proposito V. CERULLI IRELLI, *La tecnificazione*, in D. SORACE, L. FERRARA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La tecnificazione*, vol. IV, Firenze, 2017, pp. 281-282, sottolinea che «tutto il patrimonio informativo detenuto dalle pubbliche amministrazioni, il quale è enorme, molto ricco ed importante, deve essere connesso. In altri termini, tutte le banche dati in possesso di tutte le amministrazioni pubbliche

In tale contesto si è sottolineato che muta anche il rapporto tra le amministrazioni e la massa di informazioni di cui sono detentrici. I dati assumono una rinnovata dimensione – digitale – dalla quale discendono importanti conseguenze sia in ordine alle modalità di organizzazione, gestione e fruizione degli stessi, sia in relazione al ruolo che l'amministrazione stessa può assumere in rapporto ad essi. I *dati* divengono una componente essenziale dell'istruttoria procedimentale, in quanto elementi indispensabili per l'acquisizione delle *informazioni* di cui l'autorità procedente necessita⁴⁴.

Non solo. La capacità di far circolare i dati tra più amministrazioni, creando interconnessioni prima difficilmente realizzabili tra enti aventi diverse attribuzioni, permette anche di introdurre nuove logiche di valutazione e comparazione degli interessi in gioco, fondate su di un'accresciuta capacità di acquisizione di informazioni. Si è in proposito rilevato in dottrina che i dati «*costituiscono il fattore determinante del nascente approccio transettoriale*»⁴⁵.

Così definito il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione – specie per quanto riguarda la rilevanza dei *dati* intesi quali strumento dell'istruttoria procedimentale per la conoscenza della fattispecie amministrata –, si può passare ad esaminare una particolare modalità di intersezione delle possibilità offerte dalle nuove tecnologie con la materia del governo del territorio ed il principio dello sviluppo sostenibile. A tal fine è possibile analizzare un particolare istituto tra quelli aventi la «*finalità di assicurare che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile*»⁴⁶: la Valutazione Ambientale Strategica (v.a.s.)⁴⁷. Quest'ultima «*ha l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e di contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione e dell'adozione di piani e programmi al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile*»⁴⁸.

devono essere messe in relazione tra loro, in modo da consentire alle stesse amministrazioni l'utilizzo di tale ingente patrimonio informativo».

⁴⁴Risulta infatti opportuno tenere distinte le nozioni di *dato* e di *informazione* in quanto «*mentre il "dato" è sempre un elemento conosciuto, la "informazione" ha una connotazione in qualche maniera soggettiva, in quanto è quello che l'utente di volta in volta ricava dall'aggregazione dei dati che può ottenere consultando un database*», cfr. D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 9. In tal senso anche A. MASUCCI, *Il documento informatico. Profili ricostruttivi della nozione e della disciplina*, in *Riv. Dir. Civ.*, vol. 50, 5, 2004, par. 4, afferma che «*l'informazione non è un dato*» e che «*il dato di per sé non veicola alcun significato. Esso è solo l'elemento di partenza su cui viene elaborata l'informazione*».

⁴⁵Così J.-B. AUBY, V. DE GREGORIO, *Le smart cities in Francia*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 4, 2015, p. 980, i quali portano l'esempio «*dell'associazione sistematica del concetto di smart city e di città sostenibile considerate come indissociabili, la prima come un normale prolungamento della seconda*».

⁴⁶Così l'articolo 4, comma 3, del d.lgs. 3/4/2006, n. 152 (Codice dell'ambiente). Sul collegamento tra procedura v.a.s. e sviluppo sostenibile cfr. anche considerando 1, 2 e 4, Direttiva 2001/42/CE (Direttiva v.a.s.).

⁴⁷Nonostante la v.a.s. possa essere disciplinata sia a livello statale che regionale, in rapporto alle rispettive competenze – cfr. G.F. FERRARI, *Valutazione Ambientale Strategica (VAS)*, in S. NESPOR; A.L.D. CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 2571 –, in questa sede si può fare riferimento al solo piano nazionale, venendo qui in rilievo i soli caratteri essenziali del sistema i quali, in quanto di derivazione europea, sono ugualmente riferibili ad entrambi i livelli di governo.

⁴⁸Articolo 1, Direttiva v.a.s..

4. Strumenti tecnologici e principio dello sviluppo sostenibile nel procedimento di v.a.s. per la definizione delle scelte di governo del territorio

È anzitutto utile premettere che, in considerazione dell'ampio ambito di applicazione della v.a.s.⁴⁹, si può in questa sede dare per presupposto che tutti gli strumenti di gestione del territorio qui considerati siano astrattamente assoggettabili a detta procedura. Vale inoltre ribadire che la prospettiva con la quale si guarda in questa sede alla v.a.s. è dalla parte dell'amministrazione, assumendo cioè che sia questa – in qualità di «*autorità procedente*»⁵⁰ e nell'esercizio delle proprie attribuzioni – ad adottare un determinato piano o programma.

Dandosi qui per scontata l'importanza che nella v.a.s. assumono l'istruttoria e la piena acquisizione delle informazioni relative alla fattispecie oggetto di esame – quali indicatori per l'identificazione e la misurazione degli obietti ambientali⁵¹ –, si può passare a descrivere quale rilevanza abbiano gli strumenti digitali nell'ambito del procedimento di valutazione ambientale.

In primo luogo vale ricordare il generale principio del *digital first*, che informa il nostro ordinamento amministrativo “digitalizzato”⁵². Nell'ambito poi della procedura v.a.s. statale, viene espressamente richiesto che la documentazione sia trasmessa dall'autorità procedente all'autorità competente «*su supporto informatico*», salva solo «*particolare difficoltà di ordine tecnico*»⁵³.

Se dunque l'attività amministrativa, ed in particolare l'invio delle risultanze dell'attività istruttoria, devono di norma avvenire con strumenti digitali, si può ritenere che anche l'attività istruttoria debba in via preferenziale essere svolta digitalmente, di modo che l'intero procedimento possa avanzare mediante l'uso delle i.c.t.⁵⁴, evitando così duplicazioni dal cartaceo al digitale.

⁴⁹Sui confini di applicabilità della v.a.s., che riguarda piani e programmi su numerose materie (tra cui trasporti, edilizia, urbanistica, ambiente, ecc.), cfr. a livello statale l'articolo 5, comma 2, lettera a), Codice dell'ambiente, il quale ha previsto un ambito applicativo anche più ampio di quello richiesto dal legislatore europeo, cfr. G.F. FERRARI, VAS, cit., p. 2567.

⁵⁰Ossia «*la pubblica amministrazione che elabora il piano, programma*», articolo 5, comma 1, lettera q), Codice dell'ambiente.

⁵¹R. THERIVEL, *Strategic environmental assessment in action*, Routledge, London, 2012, p. 76 e ss..

⁵²Sulla rilevanza di tale principio, cfr. E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa: dall'accesso ai documenti alla disponibilità delle informazioni*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2005; C. LEONE, *Il principio “digital first”: obblighi e diritti in capo all'amministrazione e a tutela del cittadino. Note a margine dell'art. 1 della legge 124 del 2015*, in *Giustamm.it*, 2016.

⁵³Articolo 12, comma 1, Codice dell'ambiente.

Risultano inoltre particolarmente interessanti le previsioni che pongono a carico dell'autorità procedente determinate attività istruttorie da svolgere in funzione della v.a.s.⁵⁵ In particolare viene in rilievo la previsione per cui detta autorità è tenuta ad inserire una nutrita serie di informazioni nel rapporto ambientale⁵⁶. E tale rapporto deve essere predisposto in ossequio al principio di precauzione⁵⁷, quindi addirittura «ponendo una tutela anticipata rispetto alla fase dell'applicazione delle migliori tecniche proprie del principio di prevenzione».⁵⁸ Si può perciò ritenere che in sede di redazione del rapporto ambientale l'amministrazione debba ricorrere all'uso dei più avanzati strumenti a propria disposizione, così da assolvere all'onere di pronosticare «ogni effetto dell'intervento di trasformazione sul territorio, e nel modo più accurato possibile».⁵⁹

È dunque in tal senso che la transizione verso un'amministrazione sempre più digitale, caratterizzata dalla disponibilità di banche dati interconnesse e di un gran numero di dati e di informazioni⁶⁰, può giocare un ruolo chiave nella individuazione delle scelte più opportune al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile.

In tale prospettiva, tra gli strumenti digitali a disposizione delle amministrazioni, si può anzitutto ricordare a titolo esemplificativo la novella Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente

⁵⁴Sulla «informatizzazione "per procedimenti"», v. D. MARONGIU, *Il governo dell'informatica pubblica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 37 e ss..

⁵⁵Ai sensi dell'articolo 13, comma 3, Codice dell'ambiente – attuativo dell'articolo 5, paragrafo 1, Direttiva v.a.s. che presenta disposizioni del tutto analoghe, perciò riferibili anche alla legislazione regionale –, l'autorità procedente deve redigere un «rapporto ambientale», che «costituisce parte integrante del piano o del programma e ne accompagna l'intero processo di elaborazione ed approvazione».

⁵⁶Individuate dall'Allegato VI del Codice dell'ambiente, sulla base di quanto prescritto anche in questo caso dall'Allegato I della Direttiva v.a.s., perciò riferibile anche alla legislazione regionale.

⁵⁷Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28/6/2016, n. 2921, sull'interpretazione delle disposizioni sulla redazione del rapporto ambientale di cui all'articolo 13, comma 4, Codice dell'ambiente, attuativo dell'articolo 5 paragrafo 2, Direttiva v.a.s. che presenta ancora una volta disposizioni del tutto analoghe, perciò riferibili anche alla legislazione regionale.

⁵⁸*Ex multis*: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I ter, 05/5/2016, n. 5274; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 22/9/2015, n. 11328; Cons. Stato, Sez. V, 18/5/2015, n. 2495.

⁵⁹Cons. Stato, Sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2921. In tal senso in dottrina, in ragione della natura anticipatoria degli strumenti attuativi del principio di precauzione, si è sottolineato «che l'adozione delle misure di precauzione sia preceduta da una "preliminare valutazione scientifica obiettiva"», così come previsto dall'articolo 301, comma 2, del Codice dell'ambiente, v. M. RENNA, *Le misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in *JUS*, 1, 2016, p. 72.

⁶⁰Il fenomeno è oggetto di studio da parte di diversi Autori, tra i quali si possono ricordare gli scritti di E. CARLONI, *Nuove prospettive della trasparenza amministrativa*, cit., *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2009, *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini, 2014, ed i lavori in B. PONTI, *I dati di fonte pubblica: coordinamento, qualità e riutilizzo*, in F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008, *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Maggioli Editore, 2008, *Titolarità e riutilizzo dei dati pubblici*, in B. PONTI (a cura di), *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Maggioli Editore, 2008.

(a.n.p.r.)⁶¹, che «mette a disposizione dei comuni un sistema di controllo, gestione e interscambio, puntuale e massivo, di dati, servizi e transazioni». Altri validi esempi possono essere ricavati dalla banca dati della Direzione Generale della Motorizzazione, e dall'Anagrafe nazionale degli abilitati alla guida⁶²: tali registri, se consultati incrociando i dati estratti dall'a.n.p.r., possono offrire una valida dimostrazione delle accresciute capacità dell'amministrazione di determinare – ad esempio in sede di formulazione del Piano Urbano del Traffico – la domanda di mobilità derivante dalla popolazione residente.

Od ancora si può pensare all'Infrastruttura per l'informazione territoriale nella Comunità europea (Inspire)⁶³ la quale rende possibile la consultazione dei c.d. «dati territoriali».⁶⁴ Il sistema Inspire mira ad essere un'utile risorsa per «la definizione delle politiche in relazione alle politiche e alle attività che possono avere un impatto diretto o indiretto sull'ambiente»⁶⁵: quindi sia per il monitoraggio del territorio di competenza, sia per la valutazione dei cambiamenti dello stesso, sia per l'apprezzamento dell'impatto e dei risultati delle iniziative adottate, nonché per la formulazione di nuove proposte⁶⁶.

Non solo. Si può anche apprezzare come le amministrazioni, incrociando i dati disponibili in diversi *database* pubblici, ovvero assumendo nuovi strumenti di misurazione, possano progressivamente introdurre ed implementare nuovi elementi di valutazione dell'impatto delle proprie iniziative, così da acquisire un'accresciuta capacità ricognitiva dell'effettivo stato di fatto del territorio di propria competenza, e quindi meglio informare le proprie politiche ed iniziative. A titolo esemplificativo, si possono menzionare le «zone a traffico limitato»⁶⁷ istituite presso numerosi comuni con controllo automatizzato degli accessi. Ebbene, grazie a detti strumenti di controllo automatizzato, l'ente locale può di sovente acquisire nuovi dati, dotati di un elevato grado di precisione, circa l'effettività e l'efficacia nel tempo delle restrizioni implementate.⁶⁸

⁶¹Banca dati centralizzata istituita ai sensi dell'articolo 62 del d.lgs. 7/3/2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) che sostituisce i precedenti registri mantenuti dai singoli enti.

⁶²Istituite ai sensi degli articoli 225 e 226 del Nuovo codice della strada.

⁶³Istituito dalla Direttiva 2007/2/CE (Direttiva Inspire), e relativi regolamenti attuativi, e trasposta con il d.lgs. 27/1/2010, n. 32.

⁶⁴Ossia «i dati che attengono, direttamente o indirettamente, a una località o un'area geografica specifica», articolo 3, paragrafo 1, numero 2, Direttiva Inspire.

⁶⁵Considerando 4, Direttiva Inspire.

⁶⁶A livello nazionale si è data attuazione alla Direttiva con il portale Inspire gestito dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, consultabile all'indirizzo www.pcn.minambiente.it (mappa consultabile online su www.pcn.minambiente.it/viewer/), nonché a livello europeo con la creazione del portale Inspire gestito dalla Commissione, all'indirizzo inspire.ec.europa.eu (mappa consultabile online su <http://inspire-geoportal.ec.europa.eu/discovery/>).

⁶⁷Di cui all'articolo 3, comma 1, numero 54, Nuovo codice della strada.

⁶⁸Per quanto riguarda il Comune di Milano, ad esempio, sul sito dati.comune.milano.it è possibile visionare, in open access, report interattivi, riguardanti alcuni dati e indicatori della c.d. Area C (accessi giornalieri ed orari).

Dunque, coerentemente con quell'idea secondo cui l'attività amministrativa è oggi soggetta ad una crescente tecnificazione⁶⁹, le decisioni che l'amministrazione è chiamata ad assumere per disegnare – o ridisegnare – lo sviluppo del territorio possono essere accompagnate da nuovi strumenti conoscitivi i quali, anche in ragione della possibilità di monitorare gli effetti di ciascuna decisione, possono portare a soluzioni che, nel realizzare l'interesse pubblico, possono dare effettività e concretezza al principio di sviluppo sostenibile.

La necessità di guardare all'insieme delle iniziative da adottare, unitamente alla spinta verso scelte che siano attuative dello sviluppo sostenibile, ed in presenza di precisi indicatori offerti dagli strumenti digitali, può in altri termini determinare l'esigenza di tener conto, favorire od incentivare soluzioni a minor impatto ambientale, capaci di ridurre i consumi, ovvero comunque di conseguire l'interesse pubblico con soluzioni massimizzanti la sostenibilità.

Si pensi, ad esempio, alla definizione delle modalità di spostamento urbano, in una macro prospettiva che includa lo studio della viabilità, il trasporto pubblico intermodale, ed azioni volte a promuovere misure quali la costruzione e l'ampliamento delle piste ciclabili, ovvero l'incentivazione di servizi come i c.d. *bike sharing* e *car sharing*⁷⁰. In una tale situazione la capacità delle amministrazioni di misurare esattamente l'efficacia delle proprie iniziative – ad esempio installando rilevatori automatici sull'uso delle piste ciclabili – può divenire un elemento decisivo nella individuazione di quali mezzi di trasporto incentivare, ovvero penalizzare.

5. Conclusioni

La progressiva digitalizzazione delle amministrazioni fornisce agli enti pubblici un'utile occasione per ricorrere a nuovi strumenti capaci di veicolare l'azione verso un risultato finale misurabile e massimizzante la sostenibilità della scelta, non solo in funzione ambientale, ma anche – e soprattutto – in vista delle ripercussioni sulla qualità della vita degli amministrati, dei flussi esterni (ad es. turismo) e della produttività.

La digitalizzazione dei procedimenti, ivi inclusa la fase istruttoria, e così la possibilità per le amministrazioni di fondare le proprie decisioni sull'analisi di più o meno vaste quantità di dati (c.d. *big data*) direttamente riferiti al caso particolare, consente di dare concretezza al principio dello sviluppo sostenibile. Questo viene in rilievo in una rinnovata dimensione, capace di cogliere le

⁶⁹In tal senso, si vedano i contributi in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, cit., vol. IV.

⁷⁰M. COLAPINTO, *Verso una mobilità sostenibile: il bike sharing e il car sharing*, in F. FRACCHIA; M. OCCHIENA (a cura di), *Climate change: la risposta del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

esigenze attuali degli amministrati, e di fornire proiezioni fondate su rilevazioni attuali, accessibili e dotate di un maggior grado di certezza. In altri termini, l'accresciuta capacità delle amministrazioni – grazie agli strumenti digitali – di verificare l'effettiva rispondenza delle proprie azioni al principio dello sviluppo sostenibile, determina quale conseguenza l'astratta capacità di quest'ultimo di influire attivamente sulle scelte di volta in volta adottate nella promozione e nella cura degli interessi della comunità amministrata.

Il che può portare, nella prospettiva del procedimento, ad un'evoluzione del *modus operandi* e *decidendi* delle amministrazioni. L'acquisizione di crescenti quantità di dati ed informazioni da parte delle amministrazioni, unita alla capacità di operare con nuovi strumenti, può ad esempio determinare l'adozione di innovativi paradigmi decisionali fondati sull'uso dei *big data*⁷¹ e di programmi informatici "intelligenti" nell'ambito del processo decisionale⁷².

In ultima analisi, l'introduzione di strumenti capaci di dare un'effettiva rappresentazione della realtà amministrata può avere l'importante conseguenza sia di consentire di tradurre in iniziative concrete il principio dello sviluppo sostenibile, sia di far sì che il soddisfacimento dell'interesse pubblico possa essere inteso anche quale costante verifica, ed aggiustamento, delle decisioni adottate, onde garantire che gli effetti da queste determinati siano coerenti con gli obiettivi di sostenibilità posti a livello internazionale, europeo e nazionale.

* Assegnista di ricerca nel Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano
gherardo.carullo@unimi.it

⁷¹Si è ad esempio proposto un modello di pianificazione territoriale "data-driven", cfr. R. KITCHIN, *Datagestuurde stedelijke planning en "smart cities"*, in *Justitiele Verkenningen; The Hague*, vol. 42, 3, 2016.

⁷²Se pur ciò pone questioni di indubbio rilievo, sul che cfr. L.R. PERFETTI, *Beyond the chinese room. Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, in *PA Persona e Amministrazione*, 1, 2017, *passim*. Tra le varie applicazioni possibili dell'intelligenza artificiale nel settore pubblico, si è ad esempio proposto il concetto di «*predictive policing*», T. RADEMACHER, "*Predictive Policing*" als Herausforderung für das öffentliche Recht, in D.U. GALETTA; J. ZILLER (a cura di), *Information and Communication Technologies Challenging Public Law, beyond Data Protection*, Atti del 12° congresso annuale della *Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)*, Milano, 25-27 maggio 2017, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden, 2018.

AMMINISTRAZIONE DELLA FAUNA SELVATICA E POTERE DECISIONALE DELLA REGIONE.

Un colosso dai piedi di argilla.

Marco Olivi*

SOMMARIO: **1.** Introduzione: oggetto dell'indagine e tesi. **2.** Il quadro normativo. **A)** Il potere regionale in materia di calendario venatorio. **2. B)** Il potere regionale in materia di controllo della fauna selvatica. **2. C)** Il potere regionale in materia di prelievi in deroga. **3.** Il contenuto del parere dell'ISPRA. **4.** Le valutazioni dell'ISPRA nel prisma degli [articoli 16 e 17 della L. 241/90](#).

1. Introduzione: oggetto dell'indagine e tesi.

Alcune recenti pronunce del giudice amministrativo⁷³ costituiscono l'occasione per fare il punto sulle potestà regionali in materia di calendario e regolamento venatorio, di caccia in deroga, di controllo e più in generale in materia di amministrazione della fauna selvatica.

Si vuole qui focalizzare l'attenzione su una situazione che non appare affatto infrequente. Ci si riferisce al caso in cui una Regione adotta i provvedimenti amministrativi in ordine alle fattispecie appena citate discostandosi dal parere dell'ISPRA⁷⁴.

⁷³ Cons. Stato, sez. III, n. 3852/2018, TAR Liguria, 113/2018, TAR Liguria 668/2018. Al momento in cui si scrive risulta che il T.A.R. Toscana in sede monocratica ha concesso la sospensiva del provvedimento della Regione Toscana relativo ai piani e tempi di prelievo della specie capriolo per la stagione 2018-19

⁷⁴ Per una sintetica definizione dell'ISPRA, istituito con D.L. 112/2008, conviene riportare l'art. 1 dello Statuto: 1. L'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) è ente pubblico di ricerca, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, autonomia tecnica, scientifica, organizzativa, finanziaria, gestionale, amministrativa, patrimoniale e contabile. 2. L'ISPRA è sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Il Ministro si avvale dell'Istituto nell'esercizio delle proprie attribuzioni, impartendo le direttive generali per il perseguimento dei compiti istituzionali. 3. Fermo restando lo svolgimento dei compiti, servizi e attività assegnati all'Istituto ai sensi della legislazione vigente, nell'ambito delle predette direttive sono altresì indicate le priorità relative agli ulteriori compiti, al fine del prioritario svolgimento delle funzioni di supporto al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

Il colosso citato nel titolo di queste note nasce dalla constatazione del forte dibattito che sempre accompagna l'adozione di questo tipo di provvedimenti, luogo di scontro tra posizioni contrapposte a volte anche connotate ideologicamente e comunque molto spesso radicalizzate.

Forse questa è una delle ragioni che conducono, in caso di parere contrario dell'ISPRA, a tirare dritto, per così dire, cioè a non rimettere in discussione quel delicato equilibrio raggiunto con grande difficoltà in sede di concertazione con le parti in conflitto, perlopiù associazioni di cacciatori, associazioni ambientaliste e animaliste.

L'altra ragione per la quale viene disatteso il parere dipende, secondo la prospettazione delle regioni emergente nelle motivazioni della giurisprudenza, da posizioni dell'ISPRA non sempre attente alla specificità della situazione locale. Sta di fatto che in caso di contenzioso molto spesso il momento centrale della valutazione del giudice amministrativo risiede nell'adeguatezza delle motivazioni a sostegno del provvedimento nella parte in cui si discosta dal parere dell'ISPRA⁷⁵. E' da chiedersi allora se quello della Regione sia un vero e proprio potere decisionale, o se invece questo potere sia in ultima analisi da riconoscersi in capo all'ISPRA, oppure ancora in che modo questo potere possa ritenersi distribuito⁷⁶. Per anticipare da subito la tesi di questa indagine, si intende qui sostenere che sia da escludere la possibilità per le Regioni di discostarsi dal parere dell'ISPRA.

Da qui i piedi di argilla del titolo.

Si ritiene di escludere questa possibilità perché non si condivide lo schema dogmatico in base al quale essa viene viceversa ammessa, pur nella consapevolezza che questo schema è unanimemente condiviso e applicato. Ci si riferisce allo schema secondo il quale occorre distinguere tra pareri obbligatori e pareri vincolanti⁷⁷. Solo ai secondi, occorre uniformarsi. Invece, dai primi, quelli obbligatori, tra cui viene fatto rientrare il parere dell'ISPRA in relazione alle fattispecie citate, ci si può discostare con adeguata motivazione.

Occorre poi ricordare che l'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale ha assorbito le funzioni dell'INFS (Istituto Nazionale per la Fauna Selvatica, oltre a quelle dell'APAT (Agenzia per la Protezione dell'Ambiente e per i servizi Tecnici) e dell'ICRAM (Istituto Centrale per la Ricerca scientifica e tecnologica applicata al mare. Cfr: art. 28 DL 112/2008. Per quanto riguarda i compiti in materia di fauna selvatica si rinvia all'art. 7 della l. 157/92, in particolare al comma 3 integralmente qui riportato sub nota 14.

⁷⁵ Cfr. T.A.R. Abruzzo L'Aquila sez I 21.06.2013 n. 606 nel senso di ritenere insufficienti le motivazioni e quindi illegittima la deliberazione regionale e T.A.R. Umbria, 10/07/1997, n. 459 nel senso invece di ritenere sufficienti le motivazioni e quindi legittima la deliberazione che si discosta dal parere dell'INFS, parere espressamente definito non vincolante.

⁷⁶ Il tema si presta a svolgimenti non solo sul piano dei rapporti tra soggetti, rispetto al quale è posto il focus di queste note, ma anche incentrando l'analisi a partire dal piano del rapporto tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. I due piani sono strettamente connessi e la scelta, dichiarata fin dall'inizio, di ritenere il parere dell'ISPRA di fatto vincolante ha come corollario quello di assegnare una preminenza delle valutazioni di tipo tecnico nelle fattispecie qui esaminate. La scelta di porre il focus sul rapporto tra soggetti è determinata dalla dialettica dei conflitti per come appaiono dalla lettura della giurisprudenza. Ciò nondimeno nello svolgimento del discorso sarà tenuto presente, e si potrebbe aggiungere: necessariamente, anche l'altro piano. Sul tema dei rapporti tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa la letteratura è sterminata, come anche l'articolazione e la diversità delle posizioni nello svolgersi del pensiero da Cammeo ad oggi. Per una revisione critica delle diverse teorie e la loro collocazione nella storia, che è storia di casi concreti, di norme, ma prima di tutto è storia del pensiero e del linguaggio cfr. L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino 2017.

⁷⁷ Come noto, i pareri sono essenzialmente distinti in tre categorie. Si dice essenzialmente, perché si rinvengono in dottrina anche classificazioni più articolate. Pareri facoltativi, quando la richiesta di parere è rimessa al potere discrezionale dell'amministrazione procedente; obbligatori: quando la legge impone di richiederli; vincolanti: quando la legge impone di uniformarsi al parere. Nel caso di pareri obbligatori e non vincolanti, quando cioè la legge non prescrive di uniformarsi al parere, l'amministrazione attiva può discostarsene, adottando dunque una decisione in contrasto con il parere, ma deve darne adeguata motivazione.

Si ritiene che questo schema, pur forte di lunga e solida tradizione dottrina, non sia più utilizzabile alla luce degli [artt. 16 e 17 della l. 241/90](#).

Al fine di svolgere il tema che ci si è proposto conviene partire dalle disposizioni relative alle fattispecie di potere sulle quali ci si intende concentrare vale a dire: A) Il potere regionale in materia di calendario venatorio, B) Il potere regionale in materia di controllo della fauna selvatica C) Il potere regionale in materia di prelievi in deroga.

2. Il quadro normativo.

A) Il potere regionale in materia di calendario venatorio.

Il potere regionale di cui si sta parlando è previsto all'art. 18 della l. 157/92 "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio". L'art. 18 regola in generale le "Specie cacciabili e periodi di attività venatoria" e prevede per gruppi di specie cacciabili i relativi periodi in cui l'attività venatoria è consentita compresi comunque tra la terza domenica di settembre e il 31 gennaio.

In ogni caso l'esercizio venatorio è vietato durante il ritorno al luogo di nidificazione, durante il periodo di nidificazione e nelle fasi di riproduzione e della dipendenza degli uccelli. Rispetto a queste regole generali è prevista la possibilità per le Regioni di modificare i periodi in relazione alle situazioni ambientali delle diverse realtà territoriali.

La modifica di questi periodi è soggetta ad alcune condizioni oltre a quella di essere giustificata dalla particolarità della situazione ambientale. Innanzitutto deve essere predisposto un adeguato piano faunistico-venatorio.

Inoltre deve essere acquisito il parere dell'ISPRA. Per quanto riguarda questo parere il legislatore distingue due ipotesi.

Nel caso in cui i termini sono posticipati le Regioni devono acquisire il parere dell'ISPRA al quale devono uniformarsi.

Negli altri casi il legislatore si limita a prevedere l'obbligo di richiedere il parere senza però imporre espressamente alle Regioni di uniformarsi ad esso.

Da qui la facile deduzione secondo la quale quest'ultimo parere è obbligatorio ma non vincolante, cioè da esso l'amministrazione procedente, nel nostro caso la Regione, si può discostare purché fornisca adeguata motivazione.

2. B) Il potere regionale in materia di controllo della fauna selvatica.

Il potere di “Controllo della fauna selvatica” è regolato dall’art. 19 della l. 157/92. E’ da precisare che pur se l’esito finale dell’azione, vale a dire l’abbattimento di esemplari di fauna selvatica è il medesimo, tuttavia si è fuori del campo dell’attività venatoria. La dimostrazione più evidente è nel fatto che analogo potere è previsto nelle aree protette dove la caccia è assolutamente vietata⁷⁸.

A differenza dell’attività venatoria, nell’attività di controllo l’abbattimento non è la conseguenza di un procedimento concessorio volto ad attribuire una facoltà al cacciatore a seguito di una valutazione di compatibilità del prelievo con il preminente interesse della tutela della fauna⁷⁹. La fattispecie regolata dall’art. 19 si può dire in estrema sintesi diretta a limitare il numero di esemplari di fauna quando risultano in eccesso.

Il numero degli esemplari può risultare eccessivo per diverse ragioni, non ultime quelle legate all’ottimale mantenimento dello stato della popolazione di quegli stessi esemplari, oppure per salvaguardare altre specie oppure anche in ragione di interessi antropici, come per esempio per la tutela del patrimonio artistico⁸⁰.

Insomma non è diretta a soddisfare l’interesse del cacciatore, ma costituisce un servizio tant’è che di preferenza deve essere svolto dalle guardie venatorie dipendenti dalle amministrazioni provinciali, e solo in via sussidiaria possono intervenire i cacciatori che siano al tempo stesso proprietari o conduttori dei fondi dove viene attuato il piano di abbattimento⁸¹. Ed in ogni caso prima di autorizzare l’abbattimento (*rectius* il piano di abbattimento) deve essere verificata l’inefficacia dei metodi ecologici⁸². Il parere dell’ISPRA sarà quindi necessario per entrambe le modalità di azione di controllo, sia in prima battuta per esercitare il controllo con metodi ecologici, sia successivamente (e

⁷⁸ Nelle aree protette questo potere è regolato dal comma 6 dell’art. 22 della l. 394/91 ed è attribuito all’ente gestore del parco.

⁷⁹ Per questa prospettazione in relazione all’attività venatoria, dove la licenza di caccia è considerata una autorizzazione non già una concessione, ma dove si rileva che in concreto l’attività venatoria è esercitata a seguito di una serie di atti che conducono all’assegnazione di singoli capi cacciabili, dove cioè il contenuto della concessione non consiste nel trasferimento di un diritto dallo Stato proprietario al cacciatore, ma in una valutazione di compatibilità del prelievo rispetto alla tutela del patrimonio faunistico Cfr. M. OLIVI, *Danno erariale per autorizzazione all’abbattimento della fauna selvatica*, in *questa Rivista*, Agosto 2018.

⁸⁰ Stabilisce il secondo comma dell’art. 19 “Le Regioni, per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali ed ittiche, provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia”.

⁸¹ Come si è appena detto nel testo la distinzione tra caccia e controllo è netta dal punto di vista giuridico sotto ogni profilo, a partire dai presupposti e dalle situazioni soggettive correlate, ma non lo è dal punto di vista dell’azione materiale, rispetto alla quale invece vi è assoluta identità perché si concreta pur sempre nell’abbattimento di esemplari di fauna selvatica. Questa identità dell’azione materiale si traduce in una fragilità della fattispecie giuridica, con il rischio che attraverso il piano di abbattimenti in funzione di controllo si legittimi di fatto un’attività di caccia, diciamo così mascherata da attività di controllo. Sull’illegittimità dell’ordinanza che abilita indiscriminatamente tutti i cacciatori che esercitano l’attività venatoria all’abbattimento degli animali, in palese contrasto con il dettato normativo di cui all’art. 19 della L. n. 157/1992, che indica in modo tassativo i soggetti abilitati ad intervenire nell’ambito dei piani di abbattimento cfr. T.A.R. Veneto Venezia Sez. II Sent. 19/10/2007, n. 3357. Si può tuttavia rilevare che il fatto di limitare i soggetti abilitati ai soli proprietari e conduttori dei fondi non equivale ad aver eliminato il rischio che qui si è paventato, cioè di legittimare una attività di caccia sotto la maschera dell’attività di controllo, anzi vi è il rischio dell’esercizio di fatto di un’attività di caccia in regime di riserva. Diverso sarebbe se la scelta dei soggetti ammessi all’abbattimento fosse fondata su requisiti di capacità ed esperienza come si conviene ad un’attività di servizio reso nell’interesse pubblico.

⁸² Sulla necessità del previo esperimento di metodi ecologici cfr. T.A.R. Umbria Perugia Sez. I, 30/12/2015, n. 607.

solo eventualmente) per autorizzare i piani di abbattimento dopo aver verificato l'inefficacia dei primi.

Anche in questa fattispecie è previsto l'obbligo di acquisire il parere, ma non l'obbligo di uniformarsi ad esso.

2. C) Il potere regionale in materia di prelievi in deroga.

La disposizione di cui all'art. 19 bis della l. 157/92 costituisce diretta applicazione della Direttiva uccelli, in particolare dell'art. 9 nella parte in cui prevede appunto le deroghe ai divieti generali di prelievo previsti agli articoli da 5 a 8 della Direttiva stessa.

Sempre alla Direttiva occorre riferirsi per quanto riguarda le ragioni che giustificano le deroghe⁸³ e le condizioni ed i controlli ai quali è subordinata l'attività consentita, mentre l'art. 19-bis della l. 157/92 è rivolto essenzialmente a regolare le modalità procedurali e le competenze amministrative finalizzate ad assicurare il rispetto della Direttiva.

Nell'ambito di questo procedimento è previsto che le deroghe o meglio i singoli atti amministrativi con cui vengono disposte siano adottati "sentito l'ISPRA" al quale è peraltro riconosciuto un potere regolatorio generale in relazione alla lettera c) dell'art. 9 della Direttiva, perché annualmente l'ISPRA deve determinare la designazione della piccola quantità di determinati uccelli per i quali è consentita la cattura, la detenzione o altri impieghi.

Anche in questa fattispecie è previsto l'obbligo di acquisire il parere, ma non l'obbligo di uniformarsi ad esso.

3. Il contenuto del parere dell'ISPRA.

Si sono citate le disposizioni che prevedono il parere dell'ISPRA come condizione per l'esercizio dei poteri regionali, ed è facile notare che, salvo un caso, non è previsto l'obbligo della Regione di conformarsi. Come anticipato nell'introduzione è dunque facile dedurre che il parere dell'ISPRA abbia i caratteri del parere obbligatorio e non vincolante. E si è anche anticipato che non si condivide questa conclusione perché lo schema dogmatico sul quale è fondata la distinzione tra parere obbligatorio e parere vincolante appare oggi messo in discussione dalle disposizioni di cui agli [artt. 16 e 17 della l. 241/90](#).

Sul modo in cui operano queste disposizioni ci si soffermerà nel paragrafo successivo. Si può però fin d'ora notare che esse impongono innanzitutto di distinguere tra pareri e valutazioni tecniche. Perciò,

⁸³ Sono individuati tre ordini di ragioni a) nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica, nell'interesse della sicurezza aerea, per prevenire danni alle colture, al bestiame, ai boschi, alla pesca e alle acque b) ai fini della ricerca e dell'insegnamento, del ripopolamento e della reintroduzione, nonché per l'allevamento connesso a tali operazioni c) per consentire in condizioni rigidamente controllate e in modo selettivo la cattura, la detenzione o altri impieghi misurati di determinati uccelli in piccole quantità.

al fine di individuare il regime giuridico dell'atto non può essere considerato indifferente il contenuto di ciò che l'organo di amministrazione consultiva è chiamato ad esprimere. Invero per poter distinguere tra parere e valutazione tecnica occorre un'indagine compiuta proprio sul contenuto dell'atto secondo quanto prefigurato dalla normazione.

La qualificazione come parere o valutazione tecnica, non può che derivare dall'esito di tale indagine. Occorre allora alzare lo sguardo rispetto alle disposizioni citate per identificare il contenuto delle valutazioni dell'ISPRA nel contesto più generale dell'Ordinamento, non solo con riferimento agli enunciati ma più in generale alle norme e più specificamente a quello che è stato definito il diritto vivente. Proprio a quest'ultimo proposito viene in rilievo una corposa giurisprudenza della Corte Costituzionale diretta a definire i limiti delle Potestà legislative regionali.

Come noto, l'indirizzo generale della Corte è nel senso di attrarre la materia della caccia e più in generale dell'amministrazione della fauna selvatica nella materia dell'ambiente riconoscendo quindi in generale la potestà esclusiva dello Stato. In particolare per quanto qui interessa rileva che dall'affermazione di tale principio si possono dedurre i seguenti corollari: a) l'esigenza di assicurare gli standard minimi e uniformi di tutela della fauna in tutto il territorio nazionale; b) l'esigenza di rispettare le garanzie procedurali previste dalla legge statale; c) qualificazione del parere dell'ISPRA come momento essenziale di garanzia per assicurare i suddetti standard minimi e uniformi di tutela della fauna.

Quindi il parere dell'ISPRA ha come contenuto una valutazione finalizzata a garantire standard minimi di tutela della fauna⁸⁴.

Colto in questa prospettiva il parere dell'ISPRA appare dunque esprimere una valutazione che è frutto di una competenza riservata. Sulla base di questa considerazione già si può allora sostenere che detta valutazione non può essere sostituita o se si preferisce superata da valutazioni di altri organi esclusa quindi anche la Regione pur competente all'adozione del provvedimento finale. In altre parole il parere dell'ISPRA risulta vincolante per il fatto che solo l'ISPRA può compiere questo tipo di valutazioni e che questo tipo di valutazioni sono il presupposto necessario dei provvedimenti di cui si va discorrendo⁸⁵.

⁸⁴ Cfr. Corte Cost. n. 4/2000 e Corte Cost. 142/2013 sulla pianificazione faunistico venatoria; Corte Cost. n.191/2011, Corte Cost. n. 233/2010, Corte Cost. n. 193/2010, Corte Cost. 272/2009, Corte Cost. 313/2006 sulla delimitazione temporale dell'attività venatoria; Corte Cost n. 90/2013, Corte Cost. 20/2012 Corte Cost. 116/2012, Corte Cost. 105/2012 sul divieto di leggi – provvedimento nella materia de qua. Per un interessante caso in materia di addestramento cani ma soprattutto per una chiara sintesi della posizione del Giudice delle leggi cfr. Corte Cost. 17.07.2013, n. 193 che così si esprime "E' costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, secondo comma lett. S, Cost., l'art. 2, comma 3, della legge della Regione veneto 10 agosto 2012, n. 31, nella parte in cui prevede che le attività di movimento di giovani cani da esso consentite possano riguardare i giovani cani da destinare all'esercizio dell'attività venatoria. La censurata disciplina viola la competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente, poiché l'attività di addestramento dei cani da caccia è assimilabile a quella venatoria e dunque deve rispettare gli standard minimi e uniformi di tutela della fauna in tutto il territorio nazionale e le relative garanzie procedurali, tra le quali figurano l'osservanza della pianificazione faunistico venatoria e la previa acquisizione del parere dell'ISPRA per le modifiche dei calendari venatori, che nel caso in argomento sono stati invece omessi.

⁸⁵ Attenta dottrina ha svolto su questo tema osservazioni alle quali sono riducibili gli argomenti svolti nel testo, tuttavia *de jure condendo* e non *de jure condito* come invece in queste note. Cfr. P. BRAMBILLA, *La natura dei pareri dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), ex INFS, in materia venatoria*, in *Questa rivista*, gennaio

D'altra parte, che la valutazione dell'ISPRA sia oggetto di riserva lo si può argomentare anche in base all'art. 7 della l. 157/92 nella parte in cui afferma che "opera quale organo scientifico e tecnico di ricerca e consulenza per lo Stato, le regioni e le province" e "ha il compito di controllare e valutare gli interventi faunistici operati dalle regioni e dalle province autonome", soprattutto tenendo presente l'insegnamento ermeneutico secondo il quale l'uso dell'indicativo presente rappresenta il massimo livello di coerenza che una disposizione può esprimere⁸⁶.

4. Le valutazioni dell'ISPRA nel prisma degli articoli 16 e 17 della l. 241/90.

Si è appena osservato che gli articoli 16 e 17 della l. 241/90 conducono a rendere fragile lo schema fondato sulla differenza tra pareri obbligatori e vincolanti nel momento in cui impongono di guardare al contenuto della valutazione non appena ci si avvede che, in ragione del rapporto tra potestà regionali e statali, il parere di cui si tratta contiene una valutazione riservata all'ISPRA.

Vi è però un'altra ragione ancor più generale per la quale si ritiene che le citate disposizioni pongono in crisi il suddetto schema. Orbene, per richiamare quanto si è anticipato all'inizio, il modello teorico, per dirla in breve, è quello che distingue il parere obbligatorio dal parere vincolante, che qualifica vincolante solo il parere per il quale l'obbligo di conformarsi è enunciato espressamente dal legislatore, e ammette la possibilità di discostarsi dal parere obbligatorio purché venga data adeguata motivazione. E' appunto il caso delle disposizioni sulle quali ci si è soffermati contenute negli articoli 18, 19 e 19 bis della l. 157/92 che prevedono la possibilità di adottare provvedimenti dopo aver acquisito il parere dell'ISPRA, mentre non esplicitano l'obbligo della Regione di conformarsi. Tuttavia, come già evidenziato nel paragrafo precedente, se si alza lo sguardo oltre la normativa di settore le cose cambiano.

Per dirla chiaro, dato che un modello teorico è adeguato solo se è in grado di tenere insieme tutti i dati della realtà e specificamente nel nostro caso tutti i dati dell'ordinamento giuridico, è da ritenere che lo schema secondo il quale il parere dell'ISPRA è obbligatorio e non vincolante e come tale

2012. L'A. ritiene che solo una più analitica disciplina di dettaglio delle deroghe, che escluda la possibilità di una normazione con legge da un lato, e dall'altro che indichi le modalità dei censimenti e delle rilevazioni scientifiche atte a determinare il concetto di piccole quantità, da stabilirsi non su scala regionale, ma per lo meno nazionale, se non comunitaria o internazionale. Ecco allora che una volta reso conforme il quadro nazionale a quello comunitario, il ruolo di ISPRA sarebbe meno caricato di quella funzione nomofilattica che di fatto oggi svolge in via vicaria rispetto a molte delle istituzioni italiane, regionali e statuali. Il parere di ISPRA diverrebbe allora lo strumento deputato all'espressione della valutazione scientifica, operata a livello nazionale, della coerenza della gestione faunistica decisa ai successivi livelli regionale e provinciale, nell'ambito di quella discrezionalità tecnica che ora, quale sua misura, ha il canone della sostenibilità. In tale quadro la natura meramente obbligatoria, ovvero anche vincolante dei pareri dell'ente, di fatto perderebbe di rilevanza, stante la sostanziale impossibilità, per le Regioni, di derogare siffatti standard.

⁸⁶ In base al comma 3 dell'art. 7, l'ISPRA 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 effettuare e di coordinare l'attività di inanellamento a scopo scientifico sull'intero territorio italiano, di collaborare con gli organismi stranieri ed in particolare con quelli della Comunità economica europea aventi analoghi compiti e finalità, di collaborare con le Università e gli altri organismi di ricerca nazionali, 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.

consenta alle regioni di discostarsene non sia un modello adeguato a comporre tutti i dati presenti nell'Ordinamento.

Si possono esaminare due profili.

A) Il primo: questo modello non distingue tra pareri e valutazioni tecniche.

Invece la distinzione, già da tempo presente in dottrina, ora è espressamente accolta nella L. 241/90 artt. 16 e 17, che detta un diverso regime per le valutazioni tecniche rispetto ai pareri. Mentre un'amministrazione può procedere anche in assenza di parere (se il parere non viene reso nel termine previsto dalla legge) così non è per le valutazioni tecniche. Se l'organo competente non esprime la valutazione tecnica, l'amministrazione procedente deve chiedere la valutazione tecnica ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici che siano dotati di qualificazione o capacità tecnica equipollenti, ovvero ad istituti universitari. Insomma, mentre l'assenza di parere può essere colmata da una valutazione dell'amministrazione che adotta il provvedimento finale (chiamiamola valutazione interna), l'assenza di valutazione tecnica no. Per quest'ultima occorre che la valutazione tecnica sia espressa comunque da un organo tecnico qualificato. Orbene, se un'amministrazione non può procedere in assenza della valutazione tecnica espressa dall'organo competente o da un organo equipollente questo vuol dire che le valutazioni interne dell'amministrazione non possono essere poste sullo stesso piano delle valutazioni degli organi tecnici ai quali è obbligata a rivolgersi. Se non possono essere poste sullo stesso piano, le valutazioni interne non possono neppure avere, per così dire, la forza giuridica per imporsi sulle valutazioni tecniche dell'organo competente.

In altre parole se le valutazioni interne (nel nostro caso della regione) non possono sopperire all'assenza di valutazioni dell'organo tecnico, esse non possono a maggior ragione sostituire le valutazioni rese dall'organo tecnico (nel nostro caso l'ISPRA). Non occorre soffermarsi a dimostrare perché lo si può dare per scontato, che, nonostante il legislatore usi il termine parere, quelle dell'ISPRA sono valutazioni tecniche.

B) Vi è un secondo profilo di inadeguatezza del modello fondato sulla distinzione tra parere obbligatorio e parere vincolante.

Questo modello non tiene conto del particolare regime dei pareri e delle valutazioni prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale. Quando il parere o la valutazione deve provenire da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, la legge prevede che non vi è neppure la possibilità di rivolgersi ad un organo equipollente, ma il parere o la valutazione tecnica devono provenire esclusivamente dall'organo tecnico competente. Pertanto si può dire anche qualcosa di più rispetto a quanto osservato poco fa. Si può dire che, in presenza di una valutazione tecnica o di un parere di competenza di un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, ci troviamo di fronte ad una riserva di valutazione nel senso tecnico del termine.

In altre parole la valutazione non può che provenire da un certo organo (nel nostro caso l'ISPRA) e quindi non può essere sostituita dalla valutazione di altri organi siano essi interni dell'amministrazione dotata dei poteri decisionali (per esempio gli uffici caccia regionali) o esterni (università o altri enti). In buona sostanza l'analisi del meccanismo, per così dire funzionale, del modo cioè in cui operano in generale i pareri e le valutazioni di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, conferma lo stesso risultato cui si è giunti nel paragrafo precedente ragionando in termini di contenuto delle valutazioni dell'ISPRA⁸⁷.

In conclusione, si può ritenere che ragionare in termini di differenza tra parere obbligatorio e parere vincolante sia inadeguato e che la Regione non possa discostarsi dal parere dell'ISPRA ogni qual volta deve adottare un provvedimento in materia di fauna selvatica, potendo al più impugnare quest'ultimo qualora non lo ritenga legittimo⁸⁸.

* *Marco Olivi Avv. Prof. - Università Ca' Foscari Venezia.*

⁸⁷ Richiamando il principio affermato dalla Corte Costituzionale sul quale ci si è in precedenza soffermati, da ultimo il Giudice amministrativo ha affermato che "All'interno del corpo regolatorio come sopra ricostruito esplica un rilievo centrale la funzione svolta dall'ISPRA le cui indefettibili funzioni consultive si ascrivono nella logica di individuare standard minimi ed uniformi di protezione ambientale, come tali ricadenti nella sfera legislativa esclusiva dello Stato siccome riconducibili al valore ambiente". Cfr. Cons. St. 3852/2018.

⁸⁸ Come peraltro avvenuto di recente in relazione ad un parere sfavorevole dell'Ispra all'attività venatoria in deroga. Cfr. T.A.R. Liguria n. 668/2018.

LA "GESTIONE" DEI BENI CULTURALI DI INTERESSE RELIGIOSO.

Simone Budelli

1. Un problema annoso: le risorse.

Il patrimonio culturale di proprietà delle comunità religiose (e non solo quella cattolica) presente in Italia è immenso per quantità, qualità e diversificazione dei beni.

Basti pensare che l'80% del patrimonio culturale italiano è costituito da beni che hanno rilevanza religiosa.

Il solo patrimonio culturale ecclesiastico cattolico è composto da: 95.000 chiese; 1.500 monasteri, 3.000 seminari, oratori, sacri monti, palazzi ecclesiastici, eremi, abbazie e case di spiritualità; 5.500 biblioteche di cui soltanto 1.496 inventariate; oltre 27.000 archivi; 605 musei. Senza contare gli innumerevoli beni mobili (quadri, statue), gli arredi e le suppellettili sacre, a volte di enorme pregio artistico. Inoltre, a questi dati, vanno aggiunti quelli di altre confessioni, tra cui spiccano i beni culturali ebraici; infatti esistono numerose sinagoghe di indubbio pregio artistico e 12 musei di fede e cultura ebraica. Ma gli stessi "ghetti" che in Italia non sono stati rasi al suolo durante la II Guerra mondiale a differenza di quanto è avvenuto per lo più nel resto d'Europa, costituiscono monumenti storico culturale di indubbio valore.

La gestione⁸⁹ di questo immenso patrimonio che ha un valore non solo economico e artistico, ma culturale e identitario⁹⁰ è affidato ad accordi e intese fra i vari soggetti coinvolti sia a livello nazionale che territoriale.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio (D. Lgs. n. 42/2004) all'art. 9, infatti, prevede che nella gestione beni culturali di interesse religioso Stato e Regioni debbano stipulare accordi con gli enti religiosi competenti, tenendo comunque conto delle esigenze di culto⁹¹.

La duplice funzione dei beni culturali di interesse religioso (culturale e religiosa al contempo)⁹² ovviamente non può facilitare le cose.

La situazione è resa ancor più complicata dalla difficile identificazione dei proprietari⁹³ o comunque nel mettere d'accordo tutti i soggetti a vario titolo coinvolti: le varie istituzioni Repubblicane (sia a livello nazionale che territoriale, con tutte le problematiche relative alla sovrapposizione delle competenze legislative e amministrative specie in materia di beni culturali), le varie confessioni

⁸⁹ Con il termine gestione si intende implicitamente tutte attività legate ai beni culturali: conservazione, custodia, valorizzazione e promozione.

⁹⁰ I beni culturali religiosi sono parte integrante della nostra identità e sono al contempo patrimonio comune dell'umanità (si pensi, al delitto compiuto dai talebani quando sono stati abbattuti i Buddha afgani, riconosciuti come World Cultural Heritage) utili, (contrariamente a quanto sostiene una vulgata apparentemente progressista, ma in realtà illogicamente retriva), a creare ponti e non muri. La conoscenza e la consapevolezza di una storia e di una cultura millenaria, non può portare all'esclusione (secondo la nota dicotomia schmittiana amico-nemico), ma aiutare, invece, all'inclusione, attuando il principio di uguale dignità e di rispetto di tutte le culture, richiamato anche dall'art. 2 della "Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità e delle espressioni culturali". Ciò non vuol dire realizzare un'effettiva e utopica parità di trattamento di ogni cultura, ma un divieto di discriminazione delle persone appartenenti alle culture minoritarie, unitamente alla conoscenza e al rispetto della cultura identitaria della maggioranza.

Nella società multietnica, non si può non prendere atto che le soluzioni multiculturali, con approccio neutralista e/o relativista, adottate fino ad oggi hanno fallito e che il dialogo può essere aperto solo con chi non si arrocca su posizioni integraliste, rendendosi disponibile ad un confronto aperto e costruttivo, che passa per l'accettazione delle regole del gioco democratico. L'odio verso i migranti non si disinnesca togliendo i crocifissi o eliminando i presepi. Le "transazioni relazionali" non possono avvenire "al ribasso", attraverso il ricorso all'oblio o alla comune rimozione, ma mediante la valorizzazione delle culture, la diffusione della conoscenza, il confronto, il reciproco riconoscimento della pari dignità.

⁹¹ Art. 9 D. Lgs. n. 42/2004: "1. Per i beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti ed istituzioni della Chiesa cattolica o di altre confessioni religiose, il Ministero e, per quanto di competenza, le regioni provvedono, relativamente alle esigenze di culto, d'accordo con le rispettive autorità.

2. Si osservano, altresì, le disposizioni stabilite dalle intese concluse ai sensi dell'articolo 12 dell'Accordo di modificazione del Concordato lateranense firmato il 18 febbraio 1984, ratificato e reso esecutivo con legge 25 marzo 1985, n. 121, ovvero dalle leggi emanate sulla base delle intese sottoscritte con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, ai sensi dell'articolo 8, comma 3, della Costituzione".

⁹² Non esiste una definizione normativa di bene culturale di interesse religioso, ma in questa categoria si è soliti ricomprendere tutti quei beni, mobili e immobili, che presentano una duplice funzione:

- 1) beni che presentano un interesse artistico-culturale ovvero che siano testimonianza di un valore di civiltà;
- 2) beni che presentano una connotazione religiosa (indipendentemente, però, dalla loro appartenenza ad un soggetto confessionale).

⁹³ in dottrina sono stati elaborati tre criteri generali:

Il criterio funzionale, secondo cui appartengono a questa categoria di beni quelli destinati ai servizi di culto, indipendentemente dalla loro riconducibilità alla proprietà ecclesiastica (R. Baccari, *Elementi di diritto canonico*, Bari, 2008)

Il criterio soggettivo, secondo cui sono beni del patrimonio ecclesiastico quelli che appartengono ad enti della Chiesa, indipendentemente dalla funzione alla quale sono adibiti (F. Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli, 2018).

Il criterio giuridico, secondo cui, dal momento che esistono anche edifici di culto di proprietà di enti non ecclesiali, sui quali l'ordinamento statale riconosce un doppio potere, si considerano appartenenti al patrimonio ecclesiale tutti quei beni sui quali lo Stato, riconosce un qualche potere all'autorità ecclesiastica, a prescindere dalla titolarità e dalle funzionalità dei medesimi (M. Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, 2010; M. Petroncelli, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli, 1985).

religiose anch'esse con tutte le loro articolazioni nazionali e locali, nonché tutti gli altri soggetti pubblici e privati che a vario titolo risultano essere coinvolti nella vicenda.

Questa complessa⁹⁴ e non priva di problematiche⁹⁵, ma indispensabile disciplina pattizia, tutto sommato ha dato buona prova di sè⁹⁶.

Il problema principale per la gestione dei beni culturali di interesse religioso è dunque costituito dalla mancanza cronica di risorse economiche e finanziarie, che si riflette sia sulla conservazione del patrimonio antico, sia sulla produzione di nuovi beni artistico-culturali.

Tuttavia, da ultimo, sono state attivate varie forme di incentivazione che dovrebbero contribuire a migliorare la situazione ed è bene prendere cognizione.

2. La norma che valorizza i piccoli comuni.

Sul punto vanno ricordate le potenzialità offerte dalla recente Legge 6 ottobre 2017, n. 158, che contiene molteplici misure per il sostegno e la valorizzazione dei quasi 6000 piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei loro centri storici.

L'art. 7 della predetta normativa prevede per i piccoli comuni, anche in forma associata, la possibilità di sottoscrivere con le Diocesi della Chiesa cattolica e con le rappresentanze delle altre confessioni religiose, che abbiano concluso intese con lo Stato italiano, convenzioni per la salvaguardia e il recupero dei beni culturali, storici, artistici e librari degli Enti ecclesiastici o degli Enti delle confessioni religiose civilmente riconosciuti.

3. La tax credit.

La cd. "tax credit creatività" è un nuovo incentivo fiscale previsto nel pacchetto di misure straordinarie rivolte alla cultura, inserita nella Legge di Bilancio 2018.

⁹⁴ M. Renna, V.M. Sessa, M. Vismara Missiroli (a cura di), *Codice dei beni culturali di interesse religioso*, CESEN, Milano, 2003. Il Cesen è il Centro studi sugli enti ecclesiastici e sugli altri enti senza fine di lucro, costituito presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano che ha tentato di riunire in un unico volume tutta la normativa di settore. Nonostante le oltre 900 pagine, il volume è stato corredato da un CD integrativo in quanto non si è riusciti a contenere nel volume enciclopedico tutte le norme. Cfr. M. Renna, *I beni culturali di interesse religioso nel nuovo ordinamento autonomista*, in *Dir. amm.*, 2004, 181 ss..

⁹⁵ M. Parisi, *Diritto pattizio e beni culturali di interesse religioso*, Napoli, 2017.

⁹⁶ Cfr. E. Camassa, *I beni culturali di interesse religioso. Principio di collaborazione e pluralità di ordinamenti*, Torino, 2013, p. 9; V. Tozzi, *La tutela dell'interesse religioso nella disciplina dei beni culturali*, in AA.VV., *Diritto civile e religioni*, Roma - Bari, 2013, p. 248. Proprio in ragione della utilizzazione funzionale al culto «*i beni culturali ecclesiastici non si possono considerare solo come un patrimonio culturale intangibile, da conservare con criteri museali. A loro modo essi sono realtà vive, in continuo cambiamento, secondo le esigenze della liturgia della Chiesa, la quale volendo mantenersi in dialogo con la società, è in stato di adattamento permanente*» (Assemblea generale della CEI, *Orientamenti sui beni culturali della Chiesa in Italia*, 9 dicembre 1992).

Si tratta di un credito d'imposta previsto per le imprese culturali e creative (ICC), pari al 30% dei costi sostenuti per attività di sviluppo, produzione e promozione di prodotti e servizi culturali e creativi secondo le modalità stabilite dal decreto.

È la prima volta che il legislatore riconosce e definisce per legge l'"impresa culturale e creativa" e lo fa al comma 58 dell'art. 1 della Legge 27 dicembre 2017 n. 205 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 29 dicembre 2017) quando individua i soggetti destinatari del nuovo incentivo fiscale.

Il credito d'imposta in parola è riservato a quelle imprese e soggetti che:

- a) svolgono attività stabile e continuativa con sede in Italia, nell'UE o in uno Stato aderente allo Spazio economico europeo;
- b) sono soggetti passivi d'imposta in Italia;
- c) hanno quale oggetto sociale, in via esclusiva o prevalente, attività (quali ideazione, creazione, produzione, sviluppo, diffusione, conservazione, ricerca e valorizzazione o gestione) di prodotti culturali, quali beni, servizi e opere dell'ingegno inerenti alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, alle arti applicate, allo spettacolo dal vivo, alla cinematografia e all'audiovisivo, agli archivi, alle biblioteche e ai musei, nonché al patrimonio culturale ed ai relativi processi di innovazione.

La procedura per il riconoscimento della qualifica di impresa culturale e creativa e per la definizione di prodotti e servizi culturali e creativi sarà disciplinata con decreto del MIBACT, di concerto con il MISE, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della Legge di Bilancio ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Verificata la sussistenza dei requisiti di accesso all'incentivo fiscale, in virtù di un meccanismo cd. "a rubinetto", il credito d'imposta sarà riconosciuto fino all'esaurimento dei fondi a disposizione. Le risorse complessivamente stanziare, in particolare, sono pari a 500 mila euro per l'anno 2018 e ad un milione di euro per ciascuno degli anni dal 2019 al 2020⁹⁷.

4. Art Bonus.

Legge delega n. 175 del 22 novembre 2017 (recante "Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della materia"), ha confermato e anche esteso la platea dei soggetti beneficiari del cd. "Art Bonus"⁹⁸

Si tratta di un credito d'imposta pari al 65% dell'importo donato per favorire le erogazioni liberali a sostegno del patrimonio culturale pubblico italiano, ed è stato ampliato l'ambito oggettivo delle

⁹⁷ S. Loconte - D. Pastorizia, *Arte e cultura: incentivi fiscali e misure economiche di sostegno*, in *Diritto24* del 5 febbraio 2018.

⁹⁸ L'estensione riguarda le erogazioni liberali a favore delle istituzioni concertistico-orchestrali, dei teatri nazionali, dei teatri di rilevante interesse culturale, dei festival, delle imprese e dei centri di produzione teatrale e di danza, nonché dei circuiti di distribuzione. L'ampliamento dei destinatari è previsto dall'art. 5, comma 1, della legge, che modifica l'art. 1 del D.L. n. 83/2014 ("Disposizioni urgenti per la tutela del patrimonio culturale, lo sviluppo della cultura e il rilancio del turismo").

erogazioni stesse. Resta poi confermato l'Art Bonus in favore di ogni "mecenate" che effettui erogazioni liberali in denaro a sostegno del patrimonio artistico e culturale allorquando esse riguardino:

interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici;

sostegno degli istituti e dei luoghi di cultura di appartenenza pubblica e definiti dall'articolo 101 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.lgs. n. 42/2004);

realizzazione di nuove strutture, restauro e potenziamento di quelle esistenti, delle fondazioni lirico sinfoniche o di enti e istituzioni pubbliche che, senza scopo di lucro, svolgono esclusivamente attività nello spettacolo,

donazioni a favore del MIBACT per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali di interesse religioso presenti nei comuni colpiti dal sisma anche appartenenti ad enti e istituzioni della Chiesa cattolica o di altre confessioni religiose; per il sostegno dell'Istituto superiore per la conservazione del patrimonio archivistico e libraio.

L'importo dell'Art Bonus non può superare una certa somma, che varia a seconda della qualifica del soggetto che effettua le erogazioni liberali.

In particolare, per le persone fisiche e gli enti che non svolgono attività commerciale (dipendenti, pensionati, professionisti), il credito d'imposta è riconosciuto nel limite del 15% del reddito imponibile⁹⁹; se invece il soggetto erogante è titolare di reddito d'impresa (società e ditte individuali) oppure si tratta di enti non commerciali che esercitano anche attività commerciale, il credito d'imposta è riconosciuto nel limite del 5 per mille dei ricavi annui¹⁰⁰.

L'utilizzo in compensazione potrà avvenire però solo nei limiti di un terzo della quota maturata e decorrerà dal primo giorno del periodo d'imposta successivo a quello di effettuazione dell'erogazione liberale. Il credito è fruibile in tre quote annuali di pari importo; le modalità di fruizione dello stesso variano però in relazione alla qualifica del soggetto che effettua le erogazioni liberali¹⁰¹. La quota di un terzo del credito d'imposta maturato costituisce, quindi, per ciascuno dei tre periodi d'imposta di utilizzo in compensazione, il limite massimo di fruibilità annua del credito. Nel caso di mancato utilizzo in tutto o in parte di tale importo nei predetti limiti, l'ammontare residuo potrà essere utilizzato nel corso dei periodi d'imposta successivi, secondo le modalità proprie del credito.

⁹⁹ Per i soggetti titolari di reddito d'impresa il credito può essere utilizzato in compensazione mediante modello di pagamento F24 (indicando il codice tributo "6842") a scomputo dei versamenti dovuti (cfr Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 116/E del 17 dicembre 2014) Essi potranno usufruire dell'agevolazione secondo le seguenti modalità: la prima quota annuale del credito d'imposta (un terzo dell'importo maturato) potrà essere fatta valere nella dichiarazione dei redditi relativa all'anno in cui è stata effettuata l'erogazione liberale, ai fini del versamento delle imposte sui redditi. La quota annuale che non venga utilizzata potrà essere riportata in avanti nelle dichiarazioni dei periodi d'imposta successivi, senza alcun limite temporale.

¹⁰⁰ S. Loconte - D. Pastorizia, *Arte e cultura: incentivi fiscali e misure economiche di sostegno*, op. ult. cit.

¹⁰¹ Vedi Agenzia delle Entrate, Circolare n. 24/E del 31 luglio 2014.

Per espressa previsione normativa, inoltre, l'Art Bonus non è soggetto al limite di compensabilità di crediti di imposta e contributi di cui all'articolo 34 della legge n. 388 del 2000, che a decorrere dal primo gennaio 2014 è pari ad Euro 700 mila.

Gli incentivi fiscali finora esaminati si inseriscono nel solco di ulteriori interventi di politica economica in sostegno al patrimonio culturale italiano. Tra di essi, si segnala l'autorizzazione contenuta nella legge di Bilancio 2018 alla spesa di un milione di euro per coinvolgere musei, istituti e siti archeologici su tutto il territorio nazionale in occasione dell'Anno europeo del patrimonio culturale per la realizzazione del programma di attività istituito dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea. Entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, un decreto del MIBACT individuerà gli interventi e le azioni del programma.

Sale poi a sei milioni di euro il fondo per il triennio 2018 – 2020 destinato al Piano per l'arte Contemporanea, di cui all'articolo 3 della legge 23 febbraio 2001, n. 29, per l'incremento delle collezioni statali italiane attraverso specifici progetti (committenze, mostre e concorsi) collegati all'acquisizione di opere d'arte.

5. Impresa sociale e terzo settore.

Gli enti ecclesiastici sono per definizione organismi *no profit*, ovvero caratterizzati da scopi diversi da quello di perseguire esclusivamente finalità lucrative da distribuire tra i membri dell'organizzazione. Questa condizione consente agli enti ecclesiastici di godere della speciale disciplina (prevalentemente fiscale) di favore riconosciuta a tali soggetti dal nostro ordinamento.

In quanto enti *no profit* gli enti ecclesiastici possono utilizzare tutte le strategie *in primis*, oggi, il *fund raising*, per raccogliere risorse economiche e finanziamenti da destinare alle proprie iniziative.

Per gli enti ecclesiastici, civilmente riconosciuti, operanti nel cd. privato sociale o Terzo settore vi era la possibilità di acquisire la qualifica di *onlus* e usufruire per le attività di solidarietà sociale delle agevolazioni previste dal D. Lgs. 460/1997.

Inoltre, l'impresa che esercitava in via stabile e principale un'attività economica organizzata allo scopo di produrre e scambiare beni e servizi di utilità sociale, con finalità di interesse generale poteva assumere la qualifica di impresa sociale, con il godimento di ulteriore normativa di favore. Anche gli enti ecclesiastici potevano avviare tale forma di impresa, se avessero rispettato i parametri e i requisiti previsti dall'art 1 co. 3 della L. n. 155/2006 e avessero esercitato attività indicate nel successivo art. 2 (tra cui valorizzazione del patrimonio culturale).

L'intera materia è stata riformata in attuazione della legge delega n. 106 del 6 giugno 2016 (recante "Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale) con due distinti provvedimenti normativi:

D. Lgs n. 112 del 3 luglio 2017 (recante "Revisione della disciplina in materia di impresa sociale"),

D. Lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 (recante “Codice del Terzo settore”), che nell’introdurre la figura dell’E.T.S. (Ente Terzo Settore) ovvero enti costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, di beni o servizi o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi.

Anche gli enti religiosi hanno la possibilità (come avveniva per le onlus) di configurarsi come ETS parziale (ex art. 4, co. 3) a condizione che

adottino un regolamento in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata che, nel rispetto delle finalità di tali enti, recepisca le norme del Codice e sia iscritto nel Registro Unico nazionale del Terzo Settore;

sia costituito che un patrimonio separato e destinato per lo svolgimento di tale attività siano tenute scritture contabili separate.

6. Parchi culturali ecclesiali.

Dalla sinergia tra gli Enti ecclesiastici e gli Enti territoriali, sono sorti i cd. “**Parchi culturali ecclesiali**”, che hanno un ruolo fondamentale nella organizzazione del turismo religioso¹⁰², ma anche si spera nel reperimento delle risorse per la conservazione, la fruizione e la promozione dei beni e delle tradizioni culturali.

Tali organizzazioni, che necessitano di una regia regionale, se non addirittura nazionale e/o internazionale, potrebbero contribuire in modo rilevante a realizzare progetti comunitari, a trovare sponsor, collegare in rete, a far conoscere e a promuovere i vari beni (materiali ma anche immateriali) di interesse turistico-culturale e di raccogliere risorse. La nascita dei parchi culturali con oggetto i beni culturali religiosi si fonda su di. A tal proposito si possono utilizzare: intese, atti paritetici, commissioni, progetti sulla falsa riga di quanto già accade per i distretti culturali.

7. Il mondo sarà salvato dalla bellezza?

¹⁰² Si pensi ai pellegrinaggi (vecchie e nuove vie), la così detta spiritualità di strada, gli itinerari religiosi legati ai santuari e lo stesso turismo religioso. Questi ultimi rappresentano un innovativo sistema che consente di non disperdere un imponente patrimonio di risorse umane, culturali, storiche rappresentato dalle cattedrali, dai santuari, dai monasteri, dagli eremi, dai musei ecclesiastici, dalle feste patronali (quelle processionali a spalla, ad es. la Macchina di S. Rosa a Viterbo, sono state incluse nel patrimonio culturale immateriale dall’UNESCO), dalle vie di pellegrinaggio (ad es. la Via francigena) sino alle foresterie, alle case vacanze per ferie e alle strutture di semplice accoglienza.

La messa all'indice della Crocefissione di Gottuso del 1941¹⁰³ ha segnato, secondo molti, la rottura tra la Chiesa con le istanze artistiche moderne.

Diventa quindi palese la difficoltà della Chiesa di oggi di mantenere per ragioni non solo economiche quel fondamentale ruolo di mecenate avuto nei secoli passati, nonché di motore e sostegno delle nuove istanze spirituali (come era avvenuto nel passato con grandi artisti come, ad esempio, con Caravaggio).

Tuttavia, i pontefici non hanno sottovalutato il problema. Da Giovanni Paolo II («*la vostra arte contribuisca all'affermarsi di una bellezza autentica che, quasi riverbero dello Spirito di Dio, trasfiguri la materia, aprendo gli animi al senso dell'eterno*»), citando il bardo della poesia polacca Adam Mickiewicz) a Benedetto XVI nel 2009 sempre alla Sistina («*Non abbiate paura di confrontarvi con la sorgente prima e ultima della bellezza, di dialogare con i credenti, con chi, come voi, si sente pellegrino nel mondo e nella storia verso la Bellezza infinita! La fede non toglie nulla al Vostro genio, alla vostra arte, anzi li esalta e li nutre, li incoraggia a valicare la soglia e a contemplare con gli occhi affascinati e commossi la meta ultima e definitiva, il sole senza tramonto che illumina e fa bello il presente*») è stato un susseguirsi di incontri per cercare di riallacciare i nodi di un rapporto millenario e fruttuoso.

Nonostante ciò, non v'è dubbio che le varie arti hanno imboccato le vie della città secolare, archiviando i temi religiosi, i simboli, le narrazioni, le figure adottando immagini a produzione industriale (penso alle vetrine di Assisi o a quegli edifici sacri che padre Turolfo ha definito efficacemente «*garage sacrali, dove è parcheggiato Dio e vengono allineati i fedeli. Ci si è adattati alla bruttezza?*»).

Senza voler entrare nel dibattito, spesso incandescente, sul rapporto tra estetica ed etica, o sulla distinzione tra bello, buono e vero, riecheggia prepotente la domanda di Fedor Dostoevskij ne «L'idiota»: «*il mondo sarà salvato dalla bellezza?*».

Il sincretismo totale, l'orgia della tolleranza artistica, (dalla bellezza di consumo alla bellezza della provocazione) pongono qualche dubbio.

¹⁰³ Gottuso, l'artista ateo e di dichiarata fede comunista, nel 1941 dipinse la famosa Crocefissione, in cui il volto di Cristo è nascosto dietro i mantelli dei soldati romani. Nonostante l'opera non presentasse alcun elemento scandalistico fu messa all'indice dalle autorità ecclesiali. Peraltro, l'opera rappresentava, da un lato, l'impossibilità del pittore, privo di fede, di vedere il volto di Gesù, ma evidenziava in ogni caso l'esigenza di confrontarsi comunque con il Mistero della fede.

IL "RITO SUPERACCELERATO"

Al redde rationem.

Brevi osservazioni su un recente caso di doppia pregiudizialità

Francesca D'Angelo*

1. Cenni preliminari sul cd. "rito superaccelerato".

Come noto, il d. lgs. n. 50/2016, che ha novellato la materia dei contratti pubblici¹⁰⁴, intervenendo sull'art. 120, comma 2 *bis* del codice del processo amministrativo, ha introdotto un rito speciale concernente i provvedimenti di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara d'appalto: il cd. rito superaccelerato.

In virtù del nuovo testo dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., chi intende contestare l'ammissione di un altro concorrente alla gara, ritenuto privo dei prescritti requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, deve proporre ricorso giurisdizionale, avverso i relativi provvedimenti di ammissione, entro il termine perentorio di 30 giorni, decorrente dalla loro pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29 co. 1, d.lgs. 50/2016. Decorso tale termine, l'omessa impugnazione, "preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei

* Dottoressa in Giurisprudenza.

¹⁰⁴ Precedentemente regolata dal d. lgs. 163/2006, noto come "Codice dei contratti pubblici".

successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”¹⁰⁵, ivi inclusa l’aggiudicazione definitiva, la cui impugnazione risulterà pertanto inammissibile.

La *ratio* di tale previsione è quella di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara prima che si proceda all’esame delle offerte e all’aggiudicazione, arginando il rischio di regressioni del procedimento amministrativo a causa di vizi che i concorrenti potrebbero far già rilevare nelle fasi preliminari¹⁰⁶ e riducendo pertanto il contenzioso in fase esecutiva. Come affermato dal Consiglio di Stato nel parere reso nell’aprile 2016, n. 885¹⁰⁷, con tale disposizione, il legislatore avrebbe operato una cesura tra le fasi del giudizio in materia d’appalti, introducendo un modello di contenzioso a “duplice sequenza”, per cui l’esaurimento della cognizione sulla prima (inerente alle ammissioni), è condizione di ammissibilità della seconda (inerente all’aggiudicazione).

Tuttavia, il perseguimento di tale interesse generale alla legittimità dell’azione pubblica ed alla celere definizione della platea degli ammessi, sia pure apprezzabile dal punto di vista teorico, ha presentato, alla luce dei risvolti applicativi del comma 2 *bis*, non pochi profili di criticità, suscitando reazioni eterogenee -non sempre in termini adesivi- tra gli addetti ai lavori.

Il primo dato di immediata percezione è l’aggravio degli oneri economici per la concorrente che intenda cautelarsi in via giurisdizionale. Ragionando sullo schema bifasico proposto dal Consiglio di Stato, nella prima scansione procedimentale, la partecipante dovrà anzitutto impugnare i provvedimenti di ammissione delle altre concorrenti e, qualora l’aggiudicazione intervenga nelle more del processo, potrà presentare ricorso autonomo o per motivi aggiunti, previo versamento di un nuovo contributo unificato.

Non solo. Anche a voler tacere delle problematiche connesse alla scarsa cognizione in capo alla ricorrente delle ragioni che hanno determinato l’altrui ammissione, resa difficoltosa dal mancato raccordo tra il termine di decadenza di cui all’art. 120 comma 2 *bis* e l’istanza di accesso agli atti di gara di cui all’art. 29 del d. lgs. 50/2016, resta comunque il dato che, quando i soggetti ammessi sono più di due, le rispettive ammissioni potrebbero essere inficiate da vizi diversi, dimodochè l’eterogeneità oggettiva e/o soggettiva potrebbe precludere o rendere inammissibile un ricorso

¹⁰⁵ Art. 120, comma 2 bis, c.p.a., secondo periodo.

¹⁰⁶ Su cui v. Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017.

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, Parere n. 855/2016, sullo schema di decreto legislativo recante 'Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione', disponibile su www.giustizia-amministrativa.it e www.federalismi.it.

cumulativo. In tali ipotesi, la concorrente dovrà necessariamente proporre tanti ricorsi quanti sono gli atti di ammissione, versando un corrispondente numero di tributi giudiziari.

Al riguardo potrebbe anche astrattamente condividersi l'assunto che "ai fini del riequilibrio dovrebbe essere sufficiente un intervento del legislatore ordinario volto a ridurre il contributo unificato per il contenzioso a valle e, in ogni caso garantire la tempestiva conoscenza degli atti e della reale motivazione"¹⁰⁸. Ma, a ben vedere, un intervento di tal guisa, non sarebbe di per sé sufficiente a fugare i dubbi sulla ragionevolezza della disposizione.

Infatti, non può presumersi a priori che questa complessa ed onerosa procedura sia foriera, alla fine, di quale utilità per la ricorrente: non potendosi vaticinare chi risulterà aggiudicatario della gara prima dell'esame delle offerte, è possibile che all'esito delle operazioni di affidamento questa non riporti alcun interesse a contestare l'aggiudicazione, essendosi magari collocata in posizione utile in graduatoria; è altresì possibile che la concorrente contro la cui ammissione si è insorto, non risulti poi essere l'aggiudicataria. In queste ipotesi, il giudizio, rivelatosi *ex post* assolutamente inutile, dovrebbe concludersi con una declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse¹⁰⁹.

Qui risiede il reale *punctum crucis* della questione: può tecnicamente definirsi "sopravvenuta" una carenza di interesse che, a ben vedere, si registrava già al momento dell'azione? L'art. 120 comma 2 *bis*, infatti, esige l'impugnazione di un atto tecnicamente endoprocedimentale¹¹⁰, non ancora lesivo per la ricorrente (la quale non conosce ancora l'esito della gara, e rispetto alla quale è ancora una potenziale aggiudicataria) che quindi non può definirsi portatrice di un interesse "personale, concreto ed attuale"¹¹¹ alla decisione. A riprova di ciò, è sufficiente ricordare come la giurisprudenza amministrativa *ante* riforma, fosse granitica nell'escludere l'ammissibilità di impugnazioni vertenti

¹⁰⁸ Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017, cit.

¹⁰⁹ Vedi pronuncia del Consiglio di Stato del 2017. Sulla nozione di interesse, quale condizione per l'azione, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XI ed., Torino, pp. 193 ss.. Sulla declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse v. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, pp. 811 ss.

¹¹⁰ Sulla impugnabilità degli atti endoprocedimentali nell'ambito delle gare d'appalto, si veda la raccolta giurisprudenziale contenuta in R. GAROFALI, V. DE GIOIA, *Appalti e contratti: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007, pp. 192 ss.

¹¹¹ Su cui però cfr. Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017, cit.

sui provvedimenti di ammissione¹¹², facendo leva sull'inidoneità di tali atti a ledere la posizione dei partecipanti alla gara¹¹³.

2. La pregiudizialità "al quadrato" della norma in esame: il rinvio pregiudiziale del Tar Piemonte e la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Puglia.

La norma *de qua*, sicuramente eccentrica, ha suscitato reazioni alquanto eterogenee tanto in nella comunità scientifica¹¹⁴ quanto nella giurisprudenza amministrativa. Pur non essendo mancati tentativi di interpretazione costituzionalmente conforme¹¹⁵, la novella del 2016 si è esposta a serrate critiche. Non sorprende pertanto che la medesima disposizione abbia formato oggetto sia di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia che, recentemente, di una questione di legittimità costituzionale. Il riferimento è, rispettivamente, all'ordinanza della prima sezione del Tar Piemonte n.88/2018 e all'ordinanza della terza sezione del Tar Puglia n. 903/2018.

Si tratta di due provvedimenti molto distanti fra loro sia nella tecnica redazionale -concisa, evocativa e sbrigliata la prima; puntuale, scrupolosa anche se a tratti un po' ridondante la seconda - che nell'individuazione dell'autorità deputata alla risoluzione dei dubbi ermeneutici. Tuttavia, ad un sommario raffronto tra le due ordinanze, è possibile *icto oculi* rilevare come - salvo i differenti approdi - i due giudici *a quibus* muovano dalle medesime premesse, condividano le medesime perplessità ed anelino al medesimo risultato.

Infatti, in entrambe le ordinanze, ciò che in sostanza si argomenta è che, nella sua odierna morfologia, il cd. rito superaccelerato confligge con il principio di effettività della tutela

¹¹² Ex multis, Tar Puglia, sez. III, n. 1422/2015 «Si deve osservare al riguardo che tale argomento dà per scontata la qualificazione di atto presupposto dell'ammissione alla gara. Invece, essa deve essere più correttamente configurata come un atto endoprocedimentale (per quanto definitivo di una sub-fase) che può essere contestata solo insieme con il provvedimento finale (nello stesso senso: Consiglio Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012 n. 6443, 4.1. e 4.2)». In aggiunta, si veda la raccolta giurisprudenziale cit. *supra*, nota 7.

¹¹³ Ad eccezione, però, dei provvedimenti di esclusione.

¹¹⁴ Si vedano ad esempio i contributi di L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in www.ilmerito.org, F. GATTA, "La velocità" nemica del diritto: il rito superaccelerato approda alla CGUE, in www.iusinitinere.it, 8.02.2018; I. LAGROTTA, *Il rito «superaccelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, in *Federalismi.it*, 28.03.2018, M. A. SANDULLI, *Bussola. Rito speciale sui contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it.

¹¹⁵ Su cui, ancora una volta, Tar Lazio, sez. II, n. 8577/2017, cit.

giurisdizionale¹¹⁶, nel primo caso letto alla luce del diritto euronitario, nel secondo caso ricostruito attraverso le disposizioni costituzionali domestiche.

Entrambi i giudici infatti sono concordi nel ritenere che l'art. 120, comma 2 *bis*, nella parte in cui contempla l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione, introduce una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva"¹¹⁷, in cui l'azione, volta a provocare un generico controllo di legittimità *tout court* dell'operato della P.A.¹¹⁸, non appare sorretta da un interesse attuale del ricorrente e da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva¹¹⁹. Per il giudice piemontese, tale tipologia di contenzioso risulta contraria ai principi comunitari di cui agli artt. 6 e 13 CEDU, art. 47 CDFUE e con l'art. 1 della Direttiva 89/655/CEE, i quali "forgiano il diritto di azione come diritto del solo soggetto titolare di un interesse attuale e concreto, interesse che, nell'ipotesi delle gare di appalto, consiste unicamente nel conseguimento dell'aggiudicazione, o, al più, quale modalità strumentale al perseguimento del medesimo fine, nella chance derivante dalla rinnovazione della gara"¹²⁰. Per il giudice pugliese, invece, tale disposizione introduce una "illegittima deviazione" dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione, in virtù dei quali il concetto di tutela degli interessi legittimi "implica necessariamente i menzionati caratteri della personalità, attualità e concretezza del sostrato processuale della posizione giuridica soggettiva dell'individuo (i.e. interesse legittimo)

¹¹⁶ In dottrina, sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, tanto nella sua dimensione "domestica" che "euronitaria", si veda, senza pretesa di esaustività: S. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009; F.F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2009, passim; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, 2008, passim.

¹¹⁷ Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D.

¹¹⁸ In relazione al quale tuttavia si configura un paradosso: «Al contempo ancora più grave, come sembra dimostrare il caso all'esame di questo TAR, è il rischio che l'operare del nuovo meccanismo preclusivo finisca per rendere inattuabili aggiudicazioni disposte in favore di soggetti privi dei requisiti di partecipazione, posti a presidio della corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali. Il Collegio ritiene un tale esito contrastare anche, e soprattutto, con quella che è l'esigenza sottesa a tutta la regolamentazione europea e nazionale in materia di appalti pubblici: e cioè l'esigenza di assicurare che le commesse pubbliche vengano affidate al soggetto maggiormente idoneo, esigenza alla quale il confronto concorrenziale è funzionale e che inevitabilmente rimarrebbe frustrata ove si consentisse, in forza di quello che è un meccanismo di natura meramente processuale, di tenere ferma l'aggiudicazione pronunciata a favore di un aggiudicatario che risulti non possedere i requisiti di partecipazione alla gara» Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D.

¹¹⁹ Cfr. Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D: «Si rende in tal modo recessivo il principio della immediatezza della lesione derivante dal provvedimento impugnato rispetto alla (necessaria) attualità della reazione giurisdizionale, anticipandola obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa».

¹²⁰ Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D: «Il rito di cui all'art 120 co. 2 bis c.p.a. implica una tutela di tipo oggettiva, in cui l'azione non si configura caratterizzata da un interesse attuale del ricorrente e da una lesione concreta della sua situazione giuridica soggettiva. (...) Le norme censurate hanno pertanto introdotto una tipologia di contenzioso che si qualifica per essere un giudizio di diritto oggettivo». Cfr. Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.1 : « Il censurato art. 120, comma 2 bis, primo e secondo inciso cod. proc. amm., (...) introduce - a ben vedere - una ipotesi di "giurisdizione amministrativa oggettiva»

dinanzi all'esercizio del potere autoritativo, poiché solo lui è l'unico soggetto dell'ordinamento che può valutare autonomamente l'utilità del giudizio (...), e non può essere una legge dello Stato ad imporgli la "doverosità" (sempre nel senso di "onere" per evitare il formarsi di una preclusione processuale) di un'azione giurisdizionale priva di alcun vantaggio sul piano soggettivo, almeno nel momento in cui deve essere esperita secondo il censurato dettato normativo"¹²¹.

Entrambi poi ritengono che tale tipologia di contenzioso, innestandosi in una fase antecedente all'aggiudicazione, possa determinare una proliferazione di impugnazioni potenzialmente in grado di paralizzare le procedure di affidamento. Al riguardo, per il giudice piemontese, il modello di contenzioso di cui al comma 2 bis sarebbe "ridondante", implicando una violazione del principio comunitario di proporzionalità, il quale esige che "la normativa nazionale non ecceda i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi pur legittimamente perseguiti da ciascuno Stato"¹²². Per il giudice pugliese ciò invece determina una deviazione dai principi di ragionevolezza (art. 3, comma 1 Cost.), di effettività della tutela giurisdizionale (ex artt. 24, commi 1 e 2, 103, comma 1, 111, commi 1 e 2 e 113, commi 1 e 2 Cost.), del giusto processo (ex art. 111, comma 1 Cost.) e della ragionevole durata del processo (ex art. 111, comma 2 Cost.), in quanto "il meccanismo processuale delineato dal legislatore del 2016 determina inevitabilmente il proliferare di azioni giurisdizionali avverso plurime ammissioni relativamente alla stessa procedura di gara, in violazione dei principi di economia processuale e concentrazione"¹²³. Un contrasto, quindi, che appare viepiù evidente se si considerano i plurimi tributi giudiziari che, per effetto di tale modello di contenzioso, parte ricorrente è onerata a versare¹²⁴.

¹²¹ Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.1

¹²² Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D

¹²³ Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.3.

¹²⁴ Cfr. Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep. 20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.1. «Il contrasto con i menzionati principi costituzionali (...) è ancora più netto se si considera che l'impugnazione in materia di appalti pubblici (e quindi anche del provvedimento di ammissione di cui al comma 2 bis dell'art. 120 cod. proc. amm.) è soggetta ad un contributo unificato con importi elevati nel corso degli ultimi anni (cfr. art. 13, comma 6 bis, lett. d) d.p.r. n. 115/2002: "Il contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato è dovuto nei seguenti importi: ... d) per i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a) e b), del codice di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il contributo dovuto è di euro 2.000 quando il valore della controversia è pari o inferiore ad euro 200.000; per quelle di importo compreso tra euro 200.000 e 1.000.000 il contributo dovuto è di euro 4.000 mentre per quelle di valore superiore a 1.000.000 di euro è pari ad euro 6.000. Se manca la dichiarazione di cui al comma 3-bis dell'articolo 14, il contributo dovuto è di euro 6.000; ...".»). Tar Piemonte, Prima sezione, Ordinanza n. 88/2018, dep. 17/01/2018, Est. Bini, lett. D. «l'attuale sistema può facilmente comportare, specialmente per appalti di non elevatissimo importo, rinunce da parte dell'interessato alla scelta di proporre il ricorso giurisdizionale. In una fase anticipata in cui gli operatori non possono confidare nelle utilità derivanti dall'aggiudicazione, l'entità degli esborsi necessari per la difesa processuale può costituire motivo di forte dissuasione al ricorso agli strumenti processuali che potrebbero essere fatti valere in giudizio, compromettendo anche il diritto di difesa».

3. Per una gestione “virtuosa” della doppia pregiudizialità: osservazioni conclusive

È noto come il tema della doppia pregiudizialità, costituzionale ed euronitaria ad un tempo, abbia a lungo rappresentato oggetto di contesa fra Corti nonché, a stagioni alterne, il fulcro di un fervido dibattito dottrinale¹²⁵, ed è alquanto prevedibile che, sulla scorta delle “precisazioni” offerte dalla Consulta nella sentenza n. 269/2017¹²⁶, tale dibattito sia destinato a vivacizzarsi in corrispondenza degli attesi *feedback* giurisprudenziali, tra i quali il caso in esame può già -seppur con le dovute precisazioni- incasellarsi.

Senza alcuna pretesa di esaustività, può giovare preliminarmente rammentare come, nella citata pronuncia, la Corte Costituzionale abbia trovato un varco, tra le maglie dell’ordinanza della Commissione Tributaria provinciale di Roma, per pronunciarsi sulla *vexata quaestio* delle normative interne confliggenti, ad un tempo, con le “garanzie presidiate dalla Costituzione Italiana, sia (con) quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione”, offrendo ai giudici comuni talune coordinate metodologiche, concise ma univoche, destinate a confluire nel noto schema La Pergola (Sent. 180/1984, *Granital*), pur lasciandone immutati gli assetti.

Al riguardo, la sentenza n. 269/2017, in uno con la più recente n. 115/2018 (sul celebre caso Taricco), rappresenta senz’altro un nuovo avanzamento in quello che, quasi cinquant’anni fa, fu definito da Paolo Barile il “cammino comunitario” della Consulta¹²⁷, attualmente chiamata (non molto frequentemente) a confrontarsi con le recenti evoluzioni del processo di integrazione europea e, in particolar modo, con le trasformazioni che hanno interessato il sistema dei rapporti interordinamentali dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2007 e la contestuale attribuzione di effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (nel prosieguo: CDFUE)¹²⁸.

¹²⁵ V. ex multis, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali* in, (a cura di) A. CIANCIO, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, pp. 437 ss.

¹²⁶ Su cui la comunità scientifica si è già ampiamente confrontata. Si vedano, ad esempio i contributi di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euronitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Riv. diritti comparati*, 3/2017; R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in *Rivista di Diritti Comparati ed in giurcost.org*; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ivi*.

¹²⁷ Già in epigrafe C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il “cammino comunitario”: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, su *Forum di Quaderni Costituzionali e in giurcost.org*.

¹²⁸ Su cui v. A. CIANCIO, *A margine dell’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo tra luci ed ombre*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2012, *passim*.

Segnatamente, l'avvenuta "costituzionalizzazione" dell'ordinamento europeo¹²⁹, ha messo a nudo le idiosincrasie che la tutela multilivello dei diritti può celare, vieppiù insidiose quando principi o diritti parimenti riconosciuti dalle due Carte non appaiono perfettamente speculari, presentando declinazioni ed estensioni semantiche *a prima facie* non coincidenti¹³⁰.

È da ricordare, al riguardo, come i casi di doppia pregiudizialità "assiologicamente pregnante"¹³¹ da un lato siano in grado di innescare tensioni tra le Corti Costituzionali e la Corte di Lussemburgo, le cui rispettive tecniche decisorie tradiscono ancora oggi una irrisolta distanza culturale; dall'altro pongano il giudice del caso concreto dinanzi alla scelta - non immune da valutazioni discrezionali - dell'autorità cui rimettere il dubbio ermeneutico, non essendo positivamente pacifico "l'ordine di priorità" delle questioni e, in caso di contrasto tra le pronunce, quale ritenere preminente¹³².

Dopo anni di reticente silenzio, a partire dal 2007, la Corte Costituzionale ha deciso di occuparsi di tali problematiche. Con riferimento al primo aspetto può essere utile ricordare come la Consulta, dopo essersi aperta al dialogo con la Corte di Giustizia mediante il canale istituzionalizzato ex art. 267 TFUE¹³³, abbia manifestato l'intenzione di inaugurare una stagione di costruttiva cooperazione con la collega Lussemburghese, preordinata ad assicurare la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico¹³⁴. Quanto al secondo aspetto, attinente alle regole di condotta dei giudici, appaiono

¹²⁹ Sulla quale sembrano non residuare dubbi a fronte del riconoscimento esplicito, da parte della Consulta, di una "impronta tipicamente costituzionale" ai contenuti della Carta di Nizza. (Sent. C. Cost. n. 269/2017, p.to 5.2 Considerato in diritto).

¹³⁰ Come è avvenuto di recente proprio nel cd. "caso Taricco".

¹³¹ Così sono state definite recentemente da A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Riv. diritti comparati*, 3/2017.

¹³² Su cui v. le riflessioni di R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 novembre 2016, pp. 15 ss. Nel suo contributo l'Autore osserva come in capo al giudice nazionale sia incombente una «doppia fedeltà, la prima derivante dall'ordinamento nazionale, che impone il rispetto delle pronunce della Consulta in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della legge, l'altra derivante dal ruolo di "giudice comune del diritto dell'Unione Europea" affidato dai Trattati come interpretati dalla Corte di Giustizia». Con riferimento al caso ivi esaminato, l'Autore altresì rilevava come non fosse da escludere che «a valle della sentenza della Corte Costituzionale un giudice ritenga di dare maggiore peso alla fedeltà comunitaria», eludendosi di fatto i presidi domestici.

¹³³ V. C. Cost. ord. n. 103/2008, ord. n. 207/2013 e, da ultimo, ord. n. 24/2017. Senza alcuna pretesa di esaustività, si segnalano in commento: E. CANNIZZARO, *La corte costituzionale come giudice nazionale, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CEE: l'ordinanza n. 103/2008*, in *Riv. Dir. Internaz.* 2008., pp. 789 ss.; M. CARTABIA, *La corte costituzionale ed il rinvio pregiudiziale: atto primo. Osservazione a Corte Cost. 15 aprile 2008, n. 103*, in *Giur. Cost.*, 2008, II, pp. 1313-1314; B. GUASTAFERRO, *Il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013; L. PESOLE, *La Corte Costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103/2008*, in *federalismi.it*, n. 15/2008, p.10.

¹³⁴ V. p.to 5.2 C.to in diritto della sent. n. 269/2017 «Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ordinanza n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE)».

sicuramente interessanti -per quanto bisognose di ulteriori precisazioni- le indicazioni offerte nella sentenza n. 269.

Muovendo dalla considerazione che “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”, la Consulta conclude che “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione Italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione in ambito di rilevanza comunitaria, *debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale*, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE” (P.to 5.3 del Considerato in diritto, ult. Cpv.).

Poste tali brevi premesse e senza voler indugiare sulla rivendicazione del sindacato accentrato da parte della Corte Costituzionale, è opportuno svolgere qualche considerazione conclusiva sul tema della doppia pregiudizialità, muovendo dalla vicenda sin qui esaminata.

Al momento in cui si scrive, entrambe le procedure attivate sono in attesa di definizione.

In questa sede appare conveniente in tale sede svolgere qualche considerazione conclusiva per lo più di carattere metodologico. La vicenda in esame infatti mostra con sferzante realismo come, nel caso in cui la disposizione controversa appaia in contrasto con principi generali e largamente condivisi, indubbiamente riconosciuti *sub specie aeternitatis* tanto a livello europeo quanto a livello domestico (nel caso di specie, il principio di effettività della tutela giurisdizionale), il giudice comune rappresenti l’ago della bilancia. A quest’ultimo infatti compete l’apprezzamento dei profili di criticità in seno alla disposizione controversa, il loro inquadramento nella disciplina europea o domestica, nonché la scelta dell’autorità cui sottoporre la questione. Al riguardo, nonostante le coordinate metodologiche che da anni la Corte Costituzionale si sforza di elaborare per arginare i rischi di disapplicazione massiva ed incontrollata - da ultimo proprio con la citata sentenza n. 269/2017-, l’ortodossia di talune soluzioni appare in diversi casi incerta. Un elemento indicatore può essere rintracciato nella tecnica redazionale di volta in volta impiegata. Nell’ordinanza n. 88/2018, la decisione del giudice piemontese di accordare precedenza al rinvio pregiudiziale su una disposizione che nemmeno nell’ordinamento interno gode di buona fama, può per certi aspetti

apparire eccentrica, e ciò non tanto perché il conflitto venga ricondotto ai soli parametri costituzionali europei, tacendosi di quelli domestici tendenzialmente equivalenti. Nel caso di specie sarebbe stato chiaramente ingeneroso addebitare al giudice piemontese il mancato rispetto delle indicazioni contenute nella sentenza n. 269/2017¹³⁵, in virtù delle quali le disposizioni confliggenti ad un tempo sia con la Carta di Nizza che con la Costituzione devono essere sottoposte, per entrambi i profili, al sindacato accentratore della Consulta: infatti, l'ordinanza n. 88/2018, pur essendo stata pubblicata il 17 gennaio 2018, è quasi sicuramente stata redatta diversi mesi prima, posto che il suo contenuto è stato deciso nella camera di consiglio del 27 settembre 2017, prima che la Corte Costituzionale esitasse la sua sentenza n. 269, decisa nella camera di consiglio del 7 novembre e depositata il successivo 14 dicembre 2017.

A destare qualche perplessità, piuttosto, è la scelta degli altri parametri, diversi dall'art. 47 della Carta di Nizza: gli artt. 6 e 3 CEDU e la direttiva 86/655/CEE.

Con riferimento ai primi, come il collega pugliese garbatamente sottolinea nella sua ordinanza di rimessione¹³⁶, occorre rammentare che, quando si accerta un contrasto tra una normativa interna e le disposizioni CEDU, anche ammesso che su di esse possa pronunciarsi la Corte di Lussemburgo¹³⁷, il giudice comune non può procedere alla disapplicazione della prima, dal momento che l'espunzione dall'ordinamento della normativa interna controversa è subordinata all'esito del giudizio di legittimità costituzionale, in cui le norme CEDU, di rango sub-costituzionale, operano quali "norme interposte" rispetto alle previsioni di cui agli artt. 11 e 117 co. 1 Cost.¹³⁸.

Con riferimento invece alla prefata direttiva, a meno che non se ne accerti il carattere autoapplicativo, quest'ultima non è abilitata a provocare la disapplicazione di una norma interna¹³⁹, secondo quanto stabilito già dalla storica sentenza *Granital*. Per cui, in definitiva, qualora la Corte di Giustizia, svolgendo un sindacato tutt'altro che "occulto" sulla normativa nazionale, dovesse

¹³⁵ Di cui, per vero, non vi è traccia nemmeno nell'ordinanza n. 903/2018.

¹³⁶ Auspicando che ciò rappresenti, per la Consulta, una feconda occasione per pronunciarsi nuovamente in materia.

¹³⁷ Il giudice naturale di queste norme è chiaramente la Corte di Strasburgo. Il giudice lussemburghese tuttavia può conoscere delle norme CEDU indirettamente, sulla base del disposto dell'art. 52. Co. 3 CDFUE.

¹³⁸ V. le notissime sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007. In commento si segnala E. Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Terza Edizione, Torino, 2018, pp.99 ss.

¹³⁹ Per tutti, sentenza n. 180/1984, *Granital*, ripresa dalla sent. n. 269/2017.

appurare il contrasto tra questa e la disciplina europea individuata dal rimettente¹⁴⁰, il giudice *a quo* non potrebbe ritenersi abilitato a disapplicare il rito superaccelerato, ma dovrebbe sottoporre la normativa *de qua* allo scrutinio di costituzionalità.

Peraltro, i profili di criticità della disposizione rispetto alle garanzie domestiche, a ben vedere non erano ignoti allo stesso giudice rimettente: costui, dopo aver effettuato una ricognizione del contrasto giurisprudenziale domestico sulla compatibilità o meno del rito superaccelerato con gli artt. 24 e 113 della Cost., decide comunque di sollevare una questione pregiudiziale, dichiarando di appagarsi dei tentativi di interpretazione costituzionalmente conforme precedentemente condotti da altri colleghi. Al riguardo, l'ordinanza non brilla certo per chiarezza espositiva ed avrebbe quanto meno richiesto ulteriori approfondimenti, essendosi il giudice *a quo* limitato a riportare una pronuncia del Tar Lazio¹⁴¹ che suffragherebbe la costituzionalità della disposizione in parola.

Al riguardo, vero è che il tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme rappresenta un indiscutibile presupposto di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, e che una legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima non perché se ne possa dare una interpretazione incostituzionale, ma perché sia impossibile darne interpretazioni costituzionali¹⁴².

Tuttavia, a ben vedere, la lettura offerta dal Tar Lazio ed acriticamente richiamata dall'ordinanza n. 88/2018, oltre ad essere circoscritta a pochi parametri costituzionali (artt. 24 e 113 Cost.) rischia di apparire financo contraddittoria nella parte in cui, ammettendosi l'esigenza di "riequilibrare" la disposizione (della cui ragionevolezza, allo stato, può ancora dubitarsi) invoca all'uopo l'intervento "cosmetico" del legislatore.

Sicuramente più ortodossa¹⁴³, appare allora la scelta del giudice pugliese di invocare un intervento risolutivo della Consulta, superando quell'apparente "difetto di rilevanza" sulla cui soglia si erano arrestati i precedenti tentativi dei colleghi¹⁴⁴. Da tale angolo visuale si scorge il *quid pluris* dell'ordinanza n. 903/2018, che sul punto offre un raffinatissimo esempio di ingegneria giudiziaria: per il Tar Puglia, infatti "l'eventuale declaratoria di incostituzionalità del comma 2 bis (...)

¹⁴⁰ Può sempre darsi il caso, come avvenuto in Re Taricco, che la Corte di Giustizia manipoli i parametri evocati e ne includa di nuovi.

¹⁴¹ La già citata sent. n. 8577/2017.

¹⁴² V. C. Cost. sent. n. 356 del 1996, con commento di E. LAMARQUE, «Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?», in Giur. Cost., 1996, 3107 ss.

¹⁴³ Ancorchè dall'apparato argomentativo non emerga alcun riferimento alla sentenza n. 269/2017.

¹⁴⁴ Su cui v. I. LAGROTTA, *Il rito «superaccelerato» in materia di appalti tra profili di (in)compatibilità costituzionale e conformità alla normativa comunitaria*, cit., p. 23.

comporterebbe l'adozione (..) di una sentenza di rito (ex art. 35 cod. proc. amm.) dichiarativa della inammissibilità del ricorso per essere stato impugnato un atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo (...). All'opposto, dall'accertamento da parte della Corte Costituzionale, della compatibilità costituzionale della contestata disposizione deriverebbe la necessità per questo Giudice di adottare una pronuncia di merito (ex art. 34 cod. proc. amm.) e quindi di valutare la fondatezza del ricorso¹⁴⁵.

Alla luce di tali rilievi, viene quasi spontaneo chiedersi se, nell'individuazione dell'autorità cui deferire la soluzione del nodo ermeneutico, possa giocare un ruolo - ancorchè secondario - il diverso sforzo argomentativo che le due Corti esigono, da parte del giudice *a quo*, nella redazione delle ordinanze di rimessione.

Non è infatti difficile provare come l'accesso alla giustizia costituzionale domestica richieda un onere maggiore, dovendo l'autorità rimettente analiticamente motivare in punto di rilevanza, di non manifesta infondatezza, di esito nefasto del tentativo di interpretazione costituzionalmente - nonché, nei casi di doppia pregiudizialità, euronitariamente - conforme. Sforzo argomentativo che può, in talune ipotesi scoraggiare il giudice comune, se si considera che, a fronte dell'intransigenza della Corte Costituzionale, una piccola falla nell'apparato argomentativo può innescare la scure dell'inammissibilità. Diversamente, nei rinvii pregiudiziali a norma dell'art. 267 TFUE, la Corte lussemburghese mostra una maggiore flessibilità, fianco spingendosi -ove ritenuto necessario- alla correzione ed alla manipolazione delle ordinanze¹⁴⁶.

Al di là di questa breve provocazione che nulla intende provare, appare chiaro che, quando vengono in gioco principi "generalissimi" quale quello di effettività della tutela -o ad esempio, del principio di legalità in materia penale, come nel caso Taricco-, presidiati da due Carte che si prefiggono di apprestare il miglior grado di tutela possibile al cittadino, la posta in palio sia talmente alta da dover imporre il rifiuto di qualsiasi "scorciatoia", per quanto faticoso possa apparire il cammino consueto.

¹⁴⁵ Tar Puglia, Terza Sezione, ordinanza n. 903/2018, dep.20/06/2018, Est. Cocomile, p.to 3.3.

¹⁴⁶ Come è avvenuto, ad esempio nella sentenza della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2015, nell'ambito del cd. Caso Taricco.

I principi di certezza e di massimizzazione della tutela non possono infatti essere immolati sull'altare delle più svariate esigenze processuali poiché, se da un lato le questioni "assiologicamente pregnanti" richiedono una concertazione tra i sommi custodi dei valori costituzionali, postulando delicate quanto complesse operazioni di bilanciamento, dall'altro esse esigono una definizione con effetto *erga omnes*, in grado di arginare operazioni di disapplicazione potenzialmente disomogenee, a detrimento delle garanzie individuali. Al riguardo, la soluzione indicata dalla Consulta nella sent. 269/2017, seppur ancora connotata da numerosi profili chiaroscurali, incoraggiando l'accentramento di tali questioni nell'ottica peraltro di una cooperazione a livello "costituzionale" tra le due Corti, sembra fornire una soluzione di compromesso abbastanza ragionevole.

Certo è che bisognerà attendere i *feedback* giurisprudenziali, prima di valutarne la concreta portata, non potendosi *ex ante* escludere che, volutamente o inconsapevolmente, le coordinate metodologiche indirizzate ai giudici comuni dalla Consulta rimangano nella pratica disattese, con tutte le problematiche conseguenze che da ciò derivano.

Le questioni doppiamente pregiudiziali, infatti, ove disgiuntamente proposte¹⁴⁷, come nel caso di specie, sono in grado di radicalizzare le tensioni che la tutela multilivello dei diritti può celare, implicando il rischio di soluzioni antitetiche e generando in definitiva potenziali contrasti fra le Corti, piuttosto che mutua assistenza fra le Carte.

È ancora presto per azzardare previsioni sui futuri sviluppi della singola vicenda qui esaminata, pur non tacendosi l'auspicio di un finale allineamento fra le due Corti. La Consulta potrebbe ad esempio rinviare a nuovo ruolo il giudizio in attesa di un pronunciamento della collega lussemburghese, posto che l'ordinanza di remissione non sembra, almeno *prima facie*, inficiata da vizi tali da determinare l'inammissibilità della questione. O magari, non è da escludersi che la questione sul "rito *superaccelerato*" rappresenti, per la Corte Costituzionale un'interessante occasione per offrire ulteriori "precisazioni" in grado di orientare i giudici comuni verso una gestione maggiormente virtuosa dei casi, indubbiamente destinati ad aumentare, di duplice pregiudizialità.

¹⁴⁷ Ancor più grave sarebbe ad esempio, la completa elusione di una delle due Corti.

DANNO ERARIALE PER AUTORIZZAZIONE ALL'ABBATTIMENTO DI FAUNA SELVATICA.

Nota a Sentenza della Corte dei Conti n.248/2018.

Marco Olivi*

Sommario: **1.** Oggetto dell'indagine. La fauna selvatica come bene patrimoniale. **2.** I fatti oggetto del giudizio. **3.** Due diversi modi di leggere l'appartenenza al patrimonio indisponibile. **4.** Una riflessione sulla fonte. La l. 157/92: tratti di incoerenza tra disciplina e affermazione di principio. **5.** Stato della giurisprudenza. **6.** Stato della dottrina. **7.** Riepilogo delle considerazioni svolte e critica ai modelli emersi in dottrina e giurisprudenza. **8.** Ipotesi di approccio giuseconomico. Valore d'uso e valore di esistenza della risorsa. **9.** L'individuazione in concreto dei due distinti beni giuridici inerenti alla fauna selvatica. **10.** Conclusioni.

1. Oggetto dell'indagine. La fauna selvatica come bene patrimoniale.

La sentenza che condanna due amministratori della Provincia Autonoma di Bolzano per aver autorizzato la soppressione di animali in assenza delle necessarie condizioni presenta diversi profili di interesse¹⁴⁸.

In questa sede l'indagine si limiterà a concentrare il focus sul significato da attribuire alla qualificazione della fauna selvatica come patrimonio indisponibile dello Stato prevista all'art. 1 della legge 11 febbraio 1992 n. 157¹⁴⁹.

La Corte dei Conti interpreta la disposizione nel senso che ciascun singolo animale appartiene al patrimonio indisponibile dello Stato e pertanto, oltre ad avere un valore in quanto parte di un ecosistema, ha un valore economico come singolo esemplare. Ne deriva che l'abbattimento di ogni singolo animale in violazione di divieto è foriero di danno erariale di misura pari al valore dell'animale.

Si può dire che la condanna in parola porta ad estrema coerenza la declinazione patrimonialistica dell'appartenenza della fauna selvatica allo Stato¹⁵⁰. Prima di analizzare questo aspetto, conviene ripercorrere brevemente i fatti oggetto di giudizio ed i passaggi essenziali della motivazione, pur se si ritiene opportuno il rinvio alla lettura completa della sentenza al fine di non perdere il senso complessivo della vicenda. Occorre invero collocare la condanna non solo nell'ambito di una teorica deduzione di corollari dalla ascrizione della fauna selvatica al patrimonio indisponibile dello Stato. Il senso complessivo della vicenda è delineato soprattutto dai contorni della fattispecie concreta.

Dalla parte motiva emergono comportamenti di reiterata violazione di norme di tutela della fauna altrimenti sprovvisti di sanzione.

E ciò con palese abuso dei prelievi in deroga, utilizzati nell'interesse venatorio e politico anziché come strumento straordinario di controllo delle popolazioni.

Non vanno poi sottaciute le dimensioni del fenomeno: l'abnorme numero delle autorizzazioni illegittime (100); il lungo periodo di tempo durante il quale si è abusato dello strumento autorizzativo (4 anni); l'indifferenza degli amministratori alle pronunce giurisdizionali che avevano

¹⁴⁸ [Corte dei Conti, Sez. I Giurisdizionale d'appello n. 248/2018](#). Tra gli aspetti, pure importanti, ma che rimarranno fuori dal focus dell'indagine si segnalano come questioni più generali e meritevoli di riflessione al di là del caso concreto: la valutazione della colpa grave fondata sulla reiterazione dei decreti di prelievo affetti tutti dal medesimo vizio; l'illegittimità di un atto amministrativo come prova dell'inesistenza dei presupposti legittimanti gli effetti dell'atto stesso, l'ammissibilità degli interventi delle associazioni di protezione ambientale; l'ammissibilità di una particolare ipotesi di *compensatio lucri cum damno*, ove in ipotesi si accertasse che l'abbattimento degli animali ha generato effetti vantaggiosi per l'ambiente e l'ecosistema; la parificazione in ordine alla somma da risarcire a fronte delle diverse competenze dell'assessore e del direttore dell'ufficio, il nesso eziologico tra l'adozione di atti autorizzativi ed il danno.

¹⁴⁹ L'art. 1 comma 1 della legge 11 febbraio 1992 n. 157, *Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*, afferma che "La fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale e internazionale".

¹⁵⁰ Meno coerenti rispetto alle premesse appaiono invece le conclusioni in ordine alla quantificazione del danno. Invero, ai fini del calcolo del valore del singolo animale abbattuto, viene introdotto il criterio della funzione dell'animale vivo nell'habitat naturale. Viene cioè, per così dire, annacquata la distinzione posta in premessa tra valore dell'animale come patrimonio indisponibile dello Stato e valore dell'animale in quanto parte dell'ecosistema. Ma su ciò si tornerà in sede di conclusioni.

acclarato l'illegittimità dei provvedimenti; il numero degli esemplari di fauna selvatica abbattuti in assenza delle condizioni previste dalla legge (2.655).

2. I fatti oggetto del giudizio.

Il danno erariale, secondo la Corte, deriva dall'adozione di cento decreti di autorizzazione adottati dall'Assessore alle Foreste e dal Direttore dell'ufficio caccia e pesca della Provincia Autonoma di Bolzano in deroga a divieti generali di abbattimento stabiliti dalla normativa comunitaria, dalla legge nazionale e dalla normativa provinciale in materia di tutela della fauna.

Talune autorizzazioni erano state adottate per derogare ai limiti di tempo entro i quali certe specie possono essere cacciate, come nel caso della volpe, del merlo, della cornacchia e della ghiandaia¹⁵¹.

Per altre specie come il cormorano, il tasso, la marmotta, la faina e lo stambecco, le autorizzazioni erano state adottate in deroga ad un generale divieto di abbattimento¹⁵². Occorre ricordare che sia la normativa europea sia la normativa nazionale sia la normativa della Provincia di Bolzano prevedono la possibilità di deroghe ai divieti generali appena ricordati¹⁵³.

Tuttavia le autorizzazioni in deroga sono subordinate a rigorose condizioni da verificare a seguito di un puntuale procedimento in cui assumono rilievo essenziale le valutazioni tecniche dell'ISPRA e dell'Osservatorio Faunistico Provinciale¹⁵⁴.

Tra queste condizioni, senza pretesa di esaurire un elenco ben più articolato anche in ragione delle diverse fonti e delle diverse specie, si possono in generale ricordare: il fatto che la specie si trovi in uno stato di conservazione soddisfacente; che l'abbattimento sia diretto a proteggere la fauna e la flora e a conservare gli habitat, oppure a prevenire danni alle culture, agli allevamenti ai boschi e al patrimonio ittico, nell'interesse della sanità e della sicurezza pubblica etc.¹⁵⁵

In breve vi sono vincoli in ordine alle finalità da perseguire mediante le deroghe nonché la necessità che sia esclusa l'evenienza che i provvedimenti possano incidere sullo stato di conservazione della specie. Invece i provvedimenti di autorizzazione all'abbattimento di capi di fauna selvatica erano

¹⁵¹ L'art. 18 della l. 157/92 relativo alle specie cacciabili e ai periodi di attività venatoria individua diversi periodi in relazione alla diverse specie, in particolare il merlo può essere cacciato dalla terza domenica di settembre al 31 dicembre, la cornacchia, la ghiandaia e la volpe dalla terza domenica di settembre al 31 gennaio.

¹⁵² Queste specie non rientrano tra quelle cacciabili ai sensi dell'art. 18 della l. 157/92, inoltre, per quanto riguarda la marmotta e lo stambecco occorre considerare quanto previsto nella direttiva Habitat. In particolare la marmotta (marmota marmota) è inserita nell'allegato II "Specie animali e vegetali d'interesse comunitario la cui conservazione richiede la designazione di zone speciali di conservazione". Lo stambecco (capra ibex) è inserito nell'allegato V "Specie animali e vegetali di interesse comunitario il cui prelievo nella natura potrebbe formare oggetto di gestione".

¹⁵³ Forse è opportuno ancor prima precisare che quando si tratta di deroghe sia ai divieti di tempo e di spazio sia ai divieti relativi alle specie cacciabili si è già al di fuori della disciplina dell'attività di caccia e si entra nel diverso ambito di disciplina dell'attività di controllo. Vi sono notevoli differenze tra le due discipline anche se l'azione materiale è identica perché consiste in entrambi i casi nel prelievo dell'animale, espressione forse eufemistica per evitare il termine uccisione.

¹⁵⁴ Per quanto riguarda la normativa comunitaria cfr. art. 16 della direttiva Habitat, e l'art. 9 della direttiva Uccelli. Per la normativa nazionale cfr. artt. 19 e 19 bis della l. 157/92 e per le aree protette l'art. 11 della l. 394/91. Per la Provincia di Bolzano cfr. art. 4 comma 2 della l.p. 14/87.

¹⁵⁵ Per quanto riguarda lo stambecco vi è inoltre una espressa previsione contenuta nella l.p. 14/87 della Provincia di Bolzano che limita il prelievo ai capi adulti o deboli o malati.

stati adottati senza il rispetto del procedimento a ciò necessario dunque senza che fossero accertate le condizioni legittimanti la deroga.

La Procura, peraltro, non si era limitata a dimostrare l'assenza del procedimento diretto a verificare l'esistenza delle condizioni legittimanti, ma aveva anche prodotto una perizia, pienamente condivisa dalla Corte, dalla quale risulta che nei casi esaminati le condizioni legittimanti non c'erano¹⁵⁶.

Dall'esposizione di questi fatti e dal richiamo del contesto normativo risulta quindi che l'azione lesiva è consistita nell'aver determinato l'abbattimento di capi di fauna selvatica in assenza delle condizioni previste dalla legge.

Occorre tuttavia un passo ulteriore per affermare che da questa azione deriva un danno erariale ed è questa la parte più interessante sulla quale ci si intende soffermare.

Per quanto riguarda questo passo, il ragionamento della Corte segue questo sillogismo:

- A. La legge stabilisce che la fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato e non *res nullius* tanto che la giurisprudenza, sia della Corte Costituzionale, sia della Corte di Cassazione, nei casi di illecita soppressione della fauna selvatica, ritengono configurabili i reati contro il patrimonio e la possibilità di chiedere da parte dello Stato il risarcimento del danno;
- B. Ogni animale appartenente alla fauna selvatica è patrimonio indisponibile dello Stato e, come tale, ha un valore, anche a prescindere dalla sua collocazione nel contesto ambientalistico e dell'eco-sistema.
- C. L'abbattimento di un animale al di fuori delle condizioni legittimanti costituisce danno al patrimonio dello Stato ed è distinto dal danno all'ambiente.

3. Due diversi modi di leggere l'appartenenza al patrimonio indisponibile.

Il ragionamento, come si anticipava in apertura di nota, porta ad estrema coerenza la declinazione patrimonialistica dell'appartenenza della fauna selvatica allo Stato. Occorre allora allargare il discorso al tema più generale del significato dell'appartenenza che si presenta logicamente pregiudiziale rispetto ad ogni altra considerazione. Tanto più che l'appartenenza della fauna selvatica al patrimonio indisponibile dello Stato è letta in due modi diversi.

¹⁵⁶ Dal richiamo delle tesi difensive degli amministratori risultano essere stati depositati pareri tecnici diretti a dimostrare la correttezza dell'operato dell'amministrazione e pertanto la derubricazione dell'assenza del procedimento in vizio di forma.

Secondo una prima lettura l'appartenenza al patrimonio indisponibile è ascrivibile allo schema della proprietà in senso tradizionale¹⁵⁷; è questa la lettura fatta propria dalla sentenza annotata e dalla giurisprudenza penale.

Secondo un'altra lettura, rinvenibile perlopiù in dottrina, e per certi versi nella giurisprudenza civile, la fauna selvatica proprio per il particolare oggetto anche in quanto componente ambientale è inidonea all'inquadramento nei termini delle logiche proprietarie¹⁵⁸.

4. Una riflessione sulla fonte. La l. 157/92: tratti di incoerenza tra disciplina e affermazione di principio.

Come spesso si sente ripetere, l'art. 1 della legge 11 febbraio 1992, n. 157, ma già la l. 27 dicembre 1977 n. 968, con l'affermazione del principio di appartenenza della fauna al patrimonio indisponibile dello Stato interrompe la lunga tradizione che qualificava la selvaggina *come res nullius*.

E' però da sottolineare un dato. Da un lato vi è una espressa qualificazione legislativa della natura giuridica della fauna selvatica. Dall'altro: lo svolgimento della normativa non è consequenziale a questa qualificazione. Infatti l'art. 12, comma 6 della l. 157/92 stabilisce che la fauna selvatica abbattuta durante l'esercizio venatorio nel rispetto delle disposizioni della presente legge appartiene a colui che l'ha cacciata.

Non si condivide l'opinione di chi rileva la contraddizione nel fatto che lo svolgimento della disciplina riproduce lo schema di appropriazione previsto per le *res nullius*¹⁵⁹.

La contraddizione risiede deriva piuttosto dal ruolo della destinazione nel regime dei beni del patrimonio indisponibile. Orbene, è evidente che l'attività venatoria non conserva la destinazione dell'animale cacciato a meno di dire che la destinazione del selvatico consiste nell'essere cacciato.

¹⁵⁷ L'aggettivo "tradizionale" riferito alla proprietà è certo impreciso ma a questo punto del discorso si vuole utilizzare una formula il più possibile generale per richiamare l'idea di una proprietà poggiata sull'affermazione di dominio sul bene e sulla sua imputazione ad un soggetto, insomma una proprietà di tipo individuale cui si può contrapporre un tipo di appartenenza intesa come potere che non ha nulla del diritto soggettivo, ma consiste nella potestà attribuita ad un soggetto per un interesse che lo trascende.

¹⁵⁸ Cfr. N. LUCIFERO, *La responsabilità per danno da fauna selvatica in agricoltura*, in *AESTIMUM* 66, Giugno 2015, 83.

¹⁵⁹ Non si condivide questa opinione pur espressa da autorevole dottrina, Cfr. P. Vitucci, *Fauna selvatica e fauna di allevamento nelle leggi sulla caccia*, in *Scritti in onore di Vincenzo Bonocore*, Milano, 2005. Al tema si accennerà meglio in seguito, ma si può fin d'ora anticipare che questa tesi non considera che a monte del prelievo vi è una pianificazione a diversi livelli (regionale, provinciale, da parte degli A.T.C.) che si traduce in una sorta di assegnazione dei singoli capi cacciabili. Non convince neppure l'opposta opinione secondo la quale l'acquisto mediante occupazione è escluso dal fatto che l'appropriazione si realizza solo in presenza delle condizioni legittimanti l'attività venatoria, sia soggettive (possesso di licenza, tesserino regionale, iscrizione all'ambito, eventuali altre abilitazioni come quella per la selezione di ungulati o per la caccia con l'arco o con il falco), sia oggettive (che riguardi specie cacciabili, che avvenga in luoghi e tempi consentiti etc). Questa considerazione non inficia di per sé lo schema appropriativo della *res nullius*, significa soltanto che l'Ordinamento non appresta tutela ad una attività illecita.

Ma se si dice che la destinazione del selvatico consiste nell'essere cacciato, allora non si può più dire che l'affermazione dell'appartenenza al patrimonio indisponibile ha il significato di subordinare l'interesse privato della caccia all'interesse pubblico di tutela della fauna¹⁶⁰.

In una parola se si affermasse che l'attività venatoria conserva la destinazione dell'animale si andrebbe proprio in senso contrario alle ragioni per le quali generalmente si afferma il principio dell'appartenenza al patrimonio indisponibile¹⁶¹.

5. Stato della giurisprudenza.

Occorre in proposito distinguere tra la giurisprudenza penale e la giurisprudenza civile.

Anche di recente la Cassazione penale ha affermato che quando l'abbattimento di un capo di fauna selvatica è opera di persona non munita di licenza di caccia è configurabile il reato di furto aggravato ai danni del patrimonio dello Stato¹⁶².

Per la giurisprudenza penale è pacifico che l'uccisione di un selvatico costituisce furto venatorio in quanto la fauna appartiene allo Stato. E questo anche a seguito del nuovo regime sanzionatorio di cui agli artt. 30 e 31 della l. 157/92 che esclude espressamente per le fattispecie ivi previste l'applicazione degli artt. 624, 625 e 626 del codice penale. Infatti il nuovo regime sanzionatorio non contempla tra le fattispecie sanzionate l'esercizio dell'attività venatoria in assenza di licenza.

La caccia in assenza di licenza, in altre parole il bracconaggio che si potrebbe dire "puro" (giusto per contrapporlo alle forme di bracconaggio di chi caccia con licenza ma in violazione della legge) è punito come furto venatorio¹⁶³. Per quanto qui interessa la giurisprudenza penale non motiva in

¹⁶⁰ Per una sintesi sulla rivoluzione copernicana in materia di caccia prodotta dalla l. 978/77 e poi confermata dalla l. 152/97, vale a dire: il passaggio da un principio di libertà di caccia con l'affermazione di un diritto soggettivo in capo al singolo, alla subordinazione dell'interesse privato all'interesse pubblico di tutela della fauna con la conseguenza che il divieto di caccia è elevato al rango di regola generale con delimitate e specifiche eccezioni a tale divieto etc. cfr. J. GALLO CURCIO E C. LACAVALLO, *La caccia*, in S. CASSESE (diretto da) *Trattato di Diritto Amministrativo*, p 2474. In giurisprudenza ex multis cfr. Corte Cost. 577/90.

¹⁶¹ Per una ricostruzione che tenta di ricomporre l'inquadramento della fauna selvatica nel patrimonio indisponibile ai fini di tutela della stessa con il rispetto del vincolo di destinazione nel momento in cui si esercita l'attività venatoria cfr. DI GASPARE, voce "caccia", in *Enc. Giur. Treccani*, V Roma, 1985, 1. Il modello è ripreso anche da J. GALLO CURCIO C. LACAVALLO, *La caccia* cit. e da N. LUCIFERO, *La disciplina giuridica della fauna selvatica e del prelievo venatorio. Profili civilistici e pubblicistici*, in *Giur.it.*, 2006, 7. Secondo gli autori citati la fauna selvatica va ricondotta alla categoria delle universalità di cui all'art. 816 c.c. ove l'*universitas* cioè "la fauna selvatica" è oggetto di tutela, i singoli esemplari che la compongono, cioè "la selvaggina", può essere oggetto di attività venatoria. Il punto sarà ripreso in seguito anche per esporre le ragioni per le quali non si condivide questo modello.

¹⁶² Cfr. Cass. Pen. Sez. V 24.03.2016, n. 12515 "Allorchè però l'apprensione o l'abbattimento della fauna avvenga - come nel caso in esame, in cui i fratelli F. sono risultati privi della licenza di caccia - ad opera di persona non munita di licenza di caccia, è configurabile il reato di furto aggravato di fauna ai danni del patrimonio indisponibile dello Stato, realizzandosi in tal modo una vera e propria attività di bracconaggio, perchè il soggetto privo di licenza agisce nella più assoluta incontrollabilità, come persona ignota alle pubbliche autorità e che pure esercita attività venatoria nelle condizioni più propizie per non essere controllato, donde la pericolosità del suo comportamento che si concreta in vere e proprie azioni furtive ai danni del patrimonio indisponibile dello Stato" (ma già Cass. pen. Sez. IV, 11-08-2004, n. 34352)

¹⁶³ Talvolta dalla motivazione delle sentenze traspare l'esigenza di coprire una lacuna della legge, giacché sono previste specifiche sanzioni per ogni violazione di disposizioni sulla caccia, ma non per quella più grave, vale a dire la caccia in

ordine al significato dell'appartenenza al patrimonio indisponibile. Lo assume come dato e applica gli artt. 624, 625 e 626 del codice penale.

Invece per la giurisprudenza civile la ricostruzione della fattispecie è più complessa e il dato dell'appartenenza è più sfumato.

Ormai può dirsi consolidato ed è stato riaffermato anche di recente il principio secondo il quale *“La responsabilità per i danni causati dalla fauna selvatica è disciplinata dalle regole generali di cui all'art 2043 c.c.e non dalle regole di cui all'art. 2052 c.c.”*¹⁶⁴.

Insomma il punto di partenza è che non si applica l'art. 2052 del codice civile secondo il quale del danno cagionato da animali risponde il proprietario dell'animale¹⁶⁵.

Vero è che nelle affermazioni della giurisprudenza è esclusa l'applicazione dell'art. 2052 cc, ma non è esclusa l'appartenenza della fauna selvatica al patrimonio indisponibile che si trova anzi ribadita in esordio di ogni motivazione.

Ma viene ribadita come clausola di stile, perchè nel ragionamento seguito dai giudici si scorge un tratteggio dell'appartenenza che ha forma diversa dalla proprietà intesa in senso tradizionale. Conviene richiamare i passi salienti della sentenza che ha articolato in modo più compiuto i motivi dell'esclusione della responsabilità dello Stato¹⁶⁶.

La responsabilità dello Stato va esclusa perché *“il fondamento primo della responsabilità presunta di cui all'art. 2052 c.c. risiede non tanto nella proprietà (ed infatti in essa incorre anche il semplice utente) quanto nel potere dovere di custodia, ossia nella concreta possibilità di vigilanza e controllo del comportamento degli animali, per definizione non configurabile nei confronti della selvaggina, la quale tale non sarebbe se non potesse vivere, spostarsi e riprodursi liberamente nel proprio ambiente naturale; di talché può ben dirsi che questo stato di libertà sia concettualmente incompatibile con un qualsiasi obbligo di custodia incombente alla Pubblica Amministrazione.*

E prosegue *“La selvaggina, proprio perché vive, come recita l'art. 2 della l. 157/92 cit. in stato di naturale libertà nel territorio nazionale non è insomma suscettiva di alcuna forma di soggezione di fatto né ad integrare un simile rapporto valgono le varie attività di protezione, di incremento e salvaguardia delle specie in via di estinzione e di controllo della caccia, con le quali lo Stato o gli enti a ciò delegati adempiono le funzioni di tutela già svolte anche prima dell'assunzione legislativa della proprietà della fauna selvatica.*

assenza di licenza. Potrebbe essere sollevato qualche dubbio in ordine alla possibile violazione del principio di tassatività della fattispecie penale.

¹⁶⁴ (Cass. Civ. sez III 31.07.17, n. 18955) che così prosegue *“non è quindi possibile riconoscere una siffatta responsabilità semplicemente sulla base della individuazione dell'ente cui la normativa nazionale e regionale affida in generale il compito di tutela della suddetta fauna occorrendo la puntuale allegazione e la prova, il cui onere spetta all'attore danneggiato in base alle regole generali, di una concreta condotta colposa ascrivibile all'ente, e della riconducibilità dell'evento dannoso, in base ai principi sulla causalità omissiva, al mancato adempimento di tale condotta obbligatoria”*. Cfr. anche Cass. Civ. 5202/2010; Cass. Civ. sez. III 24895/2005.

¹⁶⁵ Da notare la differenza rispetto all'individuazione della responsabilità del proprietario di animali domestici ove si afferma anche di recente che si tratta di una responsabilità oggettiva, cioè non fondata sulla colpa ma “sulla base del mero rapporto intercorrente” tra proprietario e animale (Trib. Pordenone 12.05.2017 in Quotidiano Giuridico, 2017); cfr. anche Trib. Padova sez.II, 8.8.2014; Trib. Taranto sez. III 20.1.2015; Trib. Ascoli Piceno, 24.07.2017;

¹⁶⁶ Cass. Civ. 10008/2003.

Così conclude il ragionamento “Peraltro, per giustificare un dovere di custodia, non potrebbe invocarsi, in capo allo Stato, accanto alla proprietà formale, o, da solo, in capo a un qualsiasi altro soggetto pubblico, neppure un più concreto rapporto di “utenza” dell’animale (intesa, nel suo significato tradizionale, come il diritto di trarre da esso i “commoda” materiali che può fornire mediante ciò che produce oppure con le sue energie di lavoro), giacché la disciplina in esame non ha inteso assicurare a nessun soggetto pubblico l’uso e il godimento, nel senso tradizionale, dell’animale, ma solo predisporre, col riconoscimento della proprietà pubblica allo Stato, un ulteriore strumento di tutela in vista dello scopo primario della conservazione della selvaggina, con cui non deve contrastare lo stesso esercizio della caccia (art. 8 della legge 968/77 e art. 1 comma 2 della l. 157/92).

In ordine ai tre passaggi citati si possono svolgere questi rilievi:

L’impossibilità di vigilanza e controllo affermata una volta per tutte e in astratto vale a designare una forma di appartenenza¹⁶⁷ in cui manca uno degli aspetti più tipici in cui si esprime la situazione di dominio inerente al concetto tradizionale di proprietà;

L’aver scorporato, per così dire, le funzioni di tutela svolte dallo Stato dalla proprietà, se si considera che sono questi gli unici poteri che lo Stato ha sulla fauna selvatica, comporta che il concetto di proprietà in senso tradizionale è depauperato anche di ogni forma di potere sul bene;

Il concetto di proprietà è altresì carente in ordine all’uso, e al godimento del bene, cioè i *commoda materiali* come li chiama la sentenza citata.

La sentenza non lo dice ma, rimanendo su questa linea di concetti, si può aggiungere che manca anche lo *Jus excludendi* cioè la prerogativa che dà sostanza economica al diritto di proprietà¹⁶⁸.

In buona sostanza emerge una figura giuridica di appartenenza che della proprietà in senso tradizionale ha ben poco. Questo indirizzo aveva peraltro già trovato l’autorevole avallo della Corte Costituzionale¹⁶⁹.

¹⁶⁷ A giustificazione di quanto si va qui affermando, cioè che l’impossibilità di vigilanza e controllo affermata una volta per tutte e in astratto vale a designare una forma di appartenenza, è opportuna una precisazione. Dal punto di vista della pratica attuazione di strumenti di prevenzione non è vero che la fauna selvatica non possa essere controllata e vigilata. O meglio, non è sempre vero. Possono infatti essere adottate diverse misure di prevenzione per le quali si rinvia a N. LUCIFERO, *La disciplina dei danni da fauna selvatica in agricoltura tra strumenti di prevenzione e di ristoro*, in *Irrazionali danni da fauna selvatica all’agricoltura e all’ambiente*, Accademia dei Georgofili - Firenze, 2015. Dunque l’impossibilità di vigilanza e controllo non deriva dall’assenza di mezzi per attuarlo, ma perché “è concettualmente incompatibile” (cfr. Cass. Civ. 10008/2003) con la definizione di fauna selvatica ove è essenziale “lo stato di naturale libertà” (art. 2, comma 1 l. 157/92). In altre parole si vuole qui sostenere che l’affermazione della giurisprudenza civile può essere letta nel senso che la definizione dell’oggetto (la fauna selvatica) del “diritto di proprietà” dello Stato concorre a determinare il contenuto che del diritto stesso nel senso di allontanarlo dallo schema della proprietà di tipo individuale. Per la generale osservazione che le situazioni di appartenenza si trovano conformate dal fatto di avere come beni oggetti di un certo tipo cfr. A. GAMBARO, *La proprietà - Beni, proprietà possesso* in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica - Zatti, Milano, p. 136.

¹⁶⁸ Se non è riconosciuto il diritto di escludere, infatti, l’accesso al bene non può essere oggetto di scambio, e quindi il bene stesso non può essere oggetto di sfruttamento economico. Su questi temi COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006.

¹⁶⁹ La Corte Costituzionale con ordinanza 4 gennaio 2001 n. 4, nel ritenere manifestamente infondata, con riferimento all’art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2052 c.c., nella parte in cui, come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, esclude dall’ambito della sua applicazione la responsabilità dello Stato per i danni causati dalla fauna selvatica, e nel confermare che la disposizione impugnata è applicabile solo in presenza di danni provocati da animali domestici, mentre per quelli cagionati da un animale selvatico si applica invece l’art. 2043 c.c.; ha osservato che, nel caso in cui il danno è arrecato da un animale domestico (o in cattività), è naturale conseguenza che il soggetto

Le considerazioni in tema di appartenenza appena svolte, tratte dai casi in cui è stata negata la responsabilità dello Stato in quanto proprietario, sono rafforzate dalla lettura della giurisprudenza che invece ha affermato la responsabilità dell'ente pubblico.

In tutti questi casi la proprietà dello Stato non viene proprio considerata, è come se non esistesse, coerentemente del resto con l'applicazione dell'art. 2043 c.c. e non dell'art. 2052 c.c. La responsabilità infatti "è imputata all'ente cui siano stati concretamente affidati, nel singolo caso, i poteri di amministrazione del territorio e di gestione della fauna ivi insediata"¹⁷⁰, cioè nella maggior parte dei casi la Provincia¹⁷¹.

6. Stato della dottrina.

Per completare il rapido sguardo sui "formanti" conviene richiamare le posizioni della dottrina. Come per le riflessioni svolte in ordine alla fonte legislativa e alla giurisprudenza ci si limiterà ad un rapido accenno, per quanto è essenziale in relazione al commento della sentenza.

Secondo una prima e minoritaria opinione, la legge sulla caccia ha profondamente e realmente innovato il sistema¹⁷². In particolare viene richiamata la previsione contenuta all'art. 12 della l. 157/92 secondo la quale l'attività venatoria si svolge per una concessione che lo Stato rilascia ai cittadini che la richiedono e che posseggano i requisiti previsti dalla legge. Secondo questa opinione la disposizione citata è in linea con l'affermazione dell'appartenenza allo Stato, così che solo una concessione dello Stato proprietario può consentire il prelievo¹⁷³.

Diversa appare l'opinione della maggioranza degli studiosi.

Per anticipare una valutazione di insieme, si può dire che la lettura della dottrina, tende a confermare una situazione di appartenenza, per così dire, scolorita nei tratti identificativi del diritto di proprietà.

nella cui sfera giuridica rientra la disponibilità e la custodia di questo si faccia carico dei pregiudizi subiti dai terzi secondo il criterio d'imputazione di cui all'art. 2052 c.c., laddove i danni prodotti dalla fauna selvatica, e quindi da animali che soddisfano il godimento dell'intera collettività, costituiscono un evento puramente naturale, di cui la collettività intera deve farsi carico secondo il regime ordinario e solidaristico di imputazione della responsabilità civile (art. 2043 c.c.). Si potrebbe peraltro obiettare che, proprio il richiamo al godimento dell'intera collettività e al principio solidaristico potrebbe far ritenere, al contrario, che il costo dei danni provocati dalla fauna selvatica debbano essere ripartiti su tutta la collettività e non sul singolo malcapitato.

¹⁷⁰ In questi termini Cass. Civ. sez. III n. 18952/2017. Cfr. anche Cass. Civ. 16642/2016, Cass. Civ. 12727/2016; Cass. Civ. 22886/2015; Cass. Civ. 12808/2015; Cass. Civ. 21395/2014; Cass. Civ. 80/2010.

¹⁷¹ Si tratta soprattutto di casi di incidente stradale dove molto spesso, accanto alla competenza amministrativa in materia di caccia, si affianca la competenza della provincia in materia di circolazione e manutenzione. Per quanto riguarda invece i danni alle colture, le questioni insorgono in relazione all'indennizzo di cui agli artt. 14, comma 14 e 26 della l. 157/92 e per i parchi dall'art. 15 della l. 394/91. Sul tema cfr. Cons. St. sez. III, n. 3707/2016 e in dottrina N. LUCIFERO, *La gestione della fauna selvatica e gli interventi del legislatore regionale: razionalità del sistema e nuove prospettive normative*, in *I Georgofili, Quaderni* 2017 – II, p. 75, Firenze 2018.

¹⁷² Cfr. I. GORLANI, voce *Caccia*, in *Dig. Disc. pubbl.*, appendice.

¹⁷³ Tale ricostruzione non appare però convincente perché al fine di affermare la situazione giuridica di proprietà dello Stato si affida alla considerazione che l'attività di caccia è consentita attraverso una concessione mediante la quale l'amministrazione attribuisce ad un terzo il godimento di utilità relative a beni pubblici demaniali e patrimoniali indisponibili. A parte il dubbio in ordine alla qualificazione della licenza di caccia come concessione, occorre considerare che neppure la concessione presuppone la proprietà dell'oggetto in capo al concedente.

Si è infatti affermato¹⁷⁴ che l'appartenenza al patrimonio indisponibile dello Stato deve essere letta come appartenenza al patrimonio morale, che è come dire che l'espressione ha significato più retorico che tecnico. Questa linea di pensiero è seguita anche da studiosi che, in prospettiva strettamente civilistica, rilevano che la rivoluzione copernicana promessa dall'affermazione secondo la quale la fauna selvatica appartiene al patrimonio indisponibile dello Stato si ferma all'enunciazione del principio, ma in realtà il contenuto riformatore è solo apparente¹⁷⁵. Più articolata appare l'opinione secondo la quale la fauna selvatica può essere ricondotta alla categoria delle universalità, ai sensi dell'art. 816 del codice civile secondo il quale "È considerata universalità di mobili la pluralità di cose che appartengono alla stessa persona e hanno una destinazione unitaria. Le singole cose componenti l'universalità possono formare oggetto di separati atti e rapporti giuridici".

Da questa configurazione viene fatto derivare che la fauna risulta da un aggregato di entità, cioè i singoli capi, aventi un'individualità suscettibile di dar luogo ad autonomi rapporti giuridici ed essere quindi oggetto di diversa qualificazione giuridica.

Si viene così a creare una utilità nuova, e diversa da quella posseduta dai singoli beni che la compongono, che va identificata con un interesse pubblico che si sovrappone alle singole unità.

Su questa scissione, tipica delle *universitas*, tra la disciplina giuridica della stessa e quella relativa alle singole unità che la compongono, si basa la distinzione operata dal legislatore tra fauna selvatica e selvaggina: la prima oggetto di un vincolo immanente di una tutela diretta; la seconda tutelata in ragione ed in connessione all'esercizio dell'attività venatoria Stato. La fauna selvatica ridotta allo stato di selvaggina, e quindi suscettibile di divenire oggetto dell'attività venatoria, conserva comunque la qualificazione di *res communis omnium*, piuttosto che quella di *res nullius*¹⁷⁶.

¹⁷⁴ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1982, p.657. Per una collocazione degli animali selvatici nel novero dei beni culturali della nazione cfr. P. CENDON, *Commento alla legge n. 968/1977*, in *Leggi Civili Commentate*, 1979, 450.

¹⁷⁵ P. VITUCCI, *Fauna selvatica e fauna di allevamento nelle leggi sulla caccia*, in *Scritti in onore di Vincenzo Bonocore*, Milano, 2005. Per l'illustre autore ciò che cambia è solo il contesto. In pratica viene dato rilievo ad un contesto di interesse generale alla tutela dell'ambiente, come affermato dalla stessa legge, conseguentemente l'attività venatoria viene sottoposta a controlli più penetranti, viene abbandonato il principio per cui il cacciatore acquista in ogni caso la proprietà della preda abbattuta, perchè questa regola continua ad operare solo nei casi in cui l'attività venatoria è svolta nel rispetto delle condizioni stabilite dalla legge. Quindi la fauna selvatica non perde la caratteristica tradizionale - libera appropriabilità da parte del cacciatore - per il solo fatto che se ne dichiara l'appartenenza al patrimonio indisponibile dello Stato. La perde soltanto se l'attività venatoria si svolge senza il rispetto dei limiti imposti dalla legge a tutela di interessi apprezzati come superiori a quelli del cacciatore. Secondo questa ricostruzione sembra trovare giustificazione sia l'ipotesi di furto venatorio, perchè al di fuori delle condizioni stabilite dalla legge non trova applicazione l'istituto dell'occupazione delle *res nullius*, sia l'esclusione della responsabilità civile dello Stato per danni provocati da animali selvatici, perchè, se l'appartenenza non avesse solo valore retorico, ma si risolvesse in proprietà, l'attribuzione di questa comporterebbe la soggezione dello Stato proprietario agli *incommoda* conseguenti.

¹⁷⁶ In questi termini J. GALLO CURCIO C. LACAVALA, *La caccia* cit. che riprende la ricostruzione di G. Di Gaspare, *La caccia*, cit., accolta anche da N. LUCIFERO, *La disciplina giuridica...* cit. Mentre la conclusione del ragionamento, secondo la quale vi è stato un passaggio da *res nullius* a *res communes omnium*, può trovare condivisione, pur se quella delle *res communis omnium* appare una categoria in senso descrittivo e non in senso giuridico, non vale cioè come *regula iuris*, si può invece avanzare un'obiezione sul complesso della ricostruzione citata nel testo. Come già anticipato in nota al paragrafo dedicato al raffronto tra l'affermazione del principio e lo svolgimento concreto della disciplina di cui alla l. 157/92, il punto centrale riguarda la destinazione. Il presupposto per l'individuazione dell'universalità è la destinazione unitaria. La teoria citata si avvale del concetto di universalità per distinguere la disciplina dell'*universitas* che è soggetta ad un vincolo immanente di tutela e le singole entità che la compongono che sono tutelate in connessione all'esercizio dell'attività venatoria. Ma proprio la differenza tra il vincolo di tutela per la fauna selvatica da un lato e la connessione con l'attività venatoria della selvaggina dall'altro, vale ad individuare una diversa destinazione dei beni di cui è spia il fatto stesso di adoperare due diversi nomi (fauna selvatica e selvaggina).

Insomma la cura della dottrina nell'inquadrare la fauna selvatica nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" induce a cogliere il senso dell'appartenenza al patrimonio indisponibile dello Stato più che dal lato del diritto, dal lato del dovere¹⁷⁷. E ciò in linea con il principio ispiratore della legge 157/92, derivante dalla normativa internazionale e comunitaria di assicurare la prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione del patrimonio faunistico e alla protezione dell'ambiente rispetto all'interesse privato all'esercizio della caccia¹⁷⁸. In buona sostanza, dalla lettura della dottrina appare condivisa l'idea che questa appartenenza non va intesa secondo la logica della proprietà individuale¹⁷⁹, quanto piuttosto secondo la logica dei poteri attribuiti all'amministrazione pubblica per garantire la tutela di un bene comune come l'ambiente e l'ecosistema, cornice nella quale si inquadra la fauna selvatica.

7. Riepilogo delle considerazioni svolte e critica ai modelli emersi in dottrina e giurisprudenza.

Conviene ora fare brevemente il punto su quanto detto finora. Si è partiti dalla notazione che la sentenza in commento porta ad estrema coerenza la declinazione patrimonialistica dell'appartenenza della fauna selvatica allo Stato. Si potrebbe dire, in altri termini, che la Corte dei Conti spinge al massimo il "privatismo" dell'amministrazione in relazione al bene fauna¹⁸⁰. Tuttavia, mentre questa prospettiva appare perfettamente allineata con la giurisprudenza penale. Altrettanto non può dirsi rispetto alla giurisprudenza civile e rispetto alla dottrina. Riassuntivamente, come è stato puntualmente affermato, è proprio il particolare oggetto, la fauna selvatica, anche in quanto componente ambientale, ad essere inadatta all'inquadramento nei termini delle logiche proprietarie¹⁸¹.

In questa diversa e opposta prospettiva non si può che concludere che il danno derivante dall'abbattimento illecito di selvatici si risolve tutto nel danno all'ambiente di cui la fauna costituisce parte essenziale. In questo modello, antitetico dunque rispetto al precedente, non vi è spazio per distinguere il danno del capo abbattuto in quanto patrimonio indisponibile dello Stato dal danno derivante dall'abbattimento dello stesso capo di selvatico in quanto componente ambientale.

La spia di questa difficoltà data dalla compresenza di due schemi contrapposti emerge invero nel momento della quantificazione monetaria, in relazione alla quale la Corte dei Conti per il calcolo del valore del singolo animale abbattuto, utilizza il criterio della funzione dell'animale vivo nell'habitat naturale.

¹⁷⁷ Per questa impostazione, non con riguardo alla fauna, ma in relazione al generale concetto giuridico di ambiente, cfr. F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Diritto dell'economia*, 2-2002, p. 215 ss.

¹⁷⁸ Cfr. A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in A. Crosetti, R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, Milano, 2014, p.771

¹⁷⁹ Il termine proprietà individuale è qui utilizzato seguendo l'ordine nozionale di M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963

¹⁸⁰ Il termine "privatismo" è utilizzato da CASSESE in chiave critica rispetto alla teoria della proprietà pubblica in Guicciardi in *Conclusioni, Annuario AIPDA* 2003, Milano 2004

¹⁸¹ Cfr. N. LUCIFERO, *La responsabilità per danno da fauna selvatica in agricoltura*, in *AESTIMUM* 66, Giugno 2015, 83.

In altre parole la Corte dei Conti spinge al massimo il privatismo per affermare il titolo di danno, ma poi fa una brusca frenata al momento di quantificarlo.

8. Ipotesi di approccio giuseconomico. Valore d'uso e valore di esistenza della risorsa.

I momenti deboli di ciascuna delle prospettive citate sono agevolmente desumibili dalle affermazioni dell'altra.

Così: lo schema secondo il quale la fauna è *res communis omnium*, oltre al fatto che non è di grande aiuto¹⁸² per risolvere problemi come quello ora affrontato dalla Corte dei Conti, lascia fuori dal campo di osservazione l'appartenenza della fauna al patrimonio indisponibile.

D'all'altra parte, lo schema secondo il quale la fauna è di proprietà dello Stato non considera la particolarità del soggetto ed il tipo di funzioni che è chiamato ad esercitare, nonché la particolarità dell'oggetto. Inoltre, la correlata affermazione che la licenza di caccia è una concessione e la concessione presuppone l'appartenenza del bene, non considera i dubbi sulla qualificazione della licenza di caccia e che in generale la concessione può avere ad oggetto beni che non sono di proprietà dello Stato, nè demaniali, nè patrimoniali indisponibili. In ogni caso al di là di questi rilievi critici, e allargando lo sguardo, l'impressione è che in tutte queste ricostruzioni vi sia un grande assente, cioè il concetto giuridico di ambiente.

Per la verità non è che manchi il richiamo all'ambiente come interesse pubblico, o all'ambiente come ecosistema, anzi sia la dottrina sia la giurisprudenza e per prima la stessa legge lo richiama.

Manca però quel sostrato di analisi dei vari aspetti di cui si compone che induce a diverse aperture del discorso e a diversi modelli di ragionamento. Non è possibile in questa sede ripercorrere le diverse teorie ricostruttive sulla nozione giuridica di ambiente, nè dar conto per quali ragioni la preferenza viene ora accordata ad una piuttosto che ad un'altra. Ci si limita ad utilizzare taluni approdi della scienza giuridica nei limiti che qui interessano e cioè, per quanto direttamente chiamato in causa, si vuol partire da una semplice considerazione sul versante giuseconomico.

Peraltro il discorso sugli abbattimenti di capi di fauna selvatica costituisce una prospettiva interessante anche in termini generali per verificare la tenuta di concetti chiave in materia di diritto dell'ambiente, perchè si situa sul crinale di due prospettive complementari attraverso le quali si possono considerare le risorse naturali:

- a) come stoks, cioè come provviste che generano flussi, sottoposti a prelievo;
- b) come componenti sistemiche, responsabili della perpetuazione di servizi vitali.

¹⁸² Occorre puntualizzare che l'espressione critica usata nel testo ove si afferma che la definizione della fauna come *res communis omnium* non è di grande aiuto non intende negare il valore della definizione in assoluto. Si vuole solo qui sostenere che essa riveste un valore descrittivo e non può essere invece utilizzata, per dirla con Ascarelli, come ordinamento tipologico della realtà, in funzione dell'applicazione di norme, ordinamento indipendentemente dal quale le norme non potrebbero essere interpretate e applicate. In altre parole la definizione non può essere utilizzata come espressione abbreviata di una *regula iuris*

Il punto che qui si assume come riferimento è costituito dal necessario equilibrio tra il valore d'uso della risorsa ed il valore di esistenza della risorsa¹⁸³. Si può quindi ammettere il prelievo di un capo di fauna selvatica, si può cioè sfruttare il valore d'uso della risorsa solo tenendo presente che quello stesso capo di selvaggina ha un ruolo nell'organizzazione ecosistemica e quindi solo se il prelievo non va ad incidere sul valore di esistenza della risorsa¹⁸⁴.

Per riportare queste considerazioni sul piano delle situazioni giuridiche soggettive, occorre allora partire dalla constatazione che distinguere tra valore di esistenza e valore d'uso della risorsa, significa individuare due distinti beni giuridici che ineriscono alla stessa cosa, cioè nel nostro caso alla fauna¹⁸⁵. Un primo bene è costituito dal valore di esistenza coincidente con il ruolo dell'animale nell'ecosistema. E' questo un bene collettivo¹⁸⁶, rispetto al quale l'autorità amministrativa, cioè lo Stato, le Regioni, le Provincie ed ogni organo o ente titolare di funzioni in materia, è dotato, per usare una parola di sintesi, di poteri di protezione. Per questo bene la situazione di appartenenza è molto sfumata, è molto più simile ad una situazione di non appartenenza, perché lo Stato non ha le facoltà e i poteri tipici della situazione soggettiva corrispondente. Non può godere del bene, non può escludere altri dall'uso, non ne può disporre, ma è *res extra commercium* e come tale non ha valore di scambio.

Un secondo bene è costituito dal valore d'uso della risorsa. Il valore d'uso, che si traduce nella facoltà di prelevare un singolo o più capi di selvatici, ha tutti i requisiti del bene patrimoniale. Invero, come di seguito si dirà, nel dilemma struttura gerarchica-mercato¹⁸⁷ il momento dell'autorità si esaurisce con l'assegnazione della facoltà di prelievo, a seguito dell'accertata compatibilità del prelievo rispetto alle esigenze di tutela della fauna come patrimonio ambientale. Dopo di che l'animale selvatico è un bene di mercato in quanto appropriabile a titolo di proprietà privata.

¹⁸³ Per un'impostazione che si avvale degli strumenti di analisi economica del diritto cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007 p. 128. L'esempio del prelievo come fruizione del valore d'uso è immediato, ma va detto che il tema è più ampio e riguarda l'attività dell'uomo in generale e le risorse ambientali in generale e si può dire che tutte le attività umane, in quanto hanno come terminale ultimo il territorio, sfruttano il valore d'uso del bene ambiente, e pongono un problema di salvaguardia del valore di esistenza.

¹⁸⁴ Quest'ultimo ruolo va a beneficio anche degli stessi fruitori del valore d'uso come ben sanno gli ambiti territoriali di caccia o le riserve di caccia che sono rigorosi nello stabilire la misura del prelievo e la selezione dei singoli capi cacciabili, tenendo sempre presente la dinamica delle popolazioni stanziate nel loro territorio. Così come fanno altrettanto bene che il valore d'uso della risorsa fauna non è scindibile dal valore d'uso dell'ambiente in generale. Questo perché sulla fauna incidono anche pratiche diverse e quindi i titolari di riserve sono disposti a indennizzare i proprietari dei terreni su cui si svolge la caccia affinché vi siano parti lasciate incolte. Quest'ultima notazione fa pensare che la considerazione dell'ambiente come sistema costituisce un approdo scientifico recente, ma allo stesso tempo è percepibile anche intuitivamente.

¹⁸⁵ La considerazione che oggetto del diritto non sono le cose, ma le utilità o i valori della cosa è un dato acquisito, sul quale vi è una vasta letteratura privatistica e pubblicistica. Ci si limita a richiamare, come punto di partenza delle teorie attuali gli studi di Pugliatti e di Giannini, che in più scritti hanno approfondito il tema. Interessante, anche perché a chi scrive appare particolarmente calzante l'esempio, formulato non proprio di recente, da A. DE VITI DE MARCO, *Saggi di economia e finanza*, in *Giornale degli economisti*, Roma 1898, p. 133. L'A. riporta l'esempio della proprietà boschiva dove vi è compresenza di disciplina demaniale per la parte di utilità in cui il bosco è idoneo a conservare la stabilità del suolo, e patrimoniale per la parte di utilità relativa al legname da ardere.

¹⁸⁶ Sul significato di bene collettivo come patrimonio naturale e la differenza rispetto al bene collettivo come idoneo a rendere servizi generali alla collettività si vadano le considerazioni di M.S. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, ora in *Scritti*, VI, Milano, 2005, in part. p. 261.

¹⁸⁷ Per quest'ordine nozionale cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, in R. SACCO (diretto da) *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, in part. p. 50 ss. e 164 ss.

E come bene di mercato è suscettibile di valutazione economica secondo criteri di mercato.

9. L'individuazione in concreto dei due distinti beni giuridici inerenti alla fauna selvatica.

Questa prospettiva consente tra l'altro di spiegare perché la legge fondamentale in materia (l. 157/92) è intitolata "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio". Invero dall'intitolazione e soprattutto dalla disciplina in essa contenuta non appare fondato ricavare il principio affermato nella sentenza annotata secondo la quale il prelievo è l'eccezione rispetto ad un divieto generale.

E' vero invece che la l. 157/92 e più in generale la normativa in materia, anche quella comunitaria, tutela due interessi nell'accezione oggettiva del termine¹⁸⁸. La disciplina del prelievo, sia quella prevista per l'attività venatoria, sia per l'attività di controllo vanno dunque lette essenzialmente nella prospettiva di assicurare l'equilibrio tra i due beni oggetto di tutela: il valore d'uso e il valore di esistenza della risorsa.

Occorre vedere più da vicino la fattispecie. La dottrina che si è occupata di questi aspetti si è trovata in difficoltà a spiegare la natura dell'atto che abilita l'esercizio dell'attività venatoria, perché da un lato deve tener fede alla premessa che la caccia non è attività libera e non costituisce un diritto per il cacciatore, dall'altro vi è l'evidenza che la licenza di caccia è un tipico provvedimento di autorizzazione a carattere vincolato. In realtà è ben vero che la licenza di caccia è una tipica autorizzazione di polizia a carattere vincolato, rilasciata a chi è in possesso dei requisiti fisici e morali nonché di conoscenze accertate tramite un esame di abilitazione.

Tuttavia questo requisito non è sufficiente per esercitare l'attività venatoria perché il cacciatore deve essere in possesso anche del tesserino regionale, deve essere iscritto all'ambito nel quale ricade il territorio dove intende cacciare, deve ovviamente rispettare le regole dettate dall'ambito, il quale a sua volta deve rispettare le regole stabilite dalla Regione in sede di calendario venatorio e le regole dettate dalle Province.

Per quanto qui interessa l'insieme di queste regole si traduce in una disciplina che regola ed in conclusione opera una assegnazione di capi per ogni cacciatore¹⁸⁹. Con regole diverse, ma seguendo il medesimo schema ciò avviene anche nell'attività di controllo e nelle singole autorizzazioni all'abbattimento come quelle che hanno dato luogo alla pronuncia qui esaminata.

¹⁸⁸ Per la distinzione tra interesse inteso in senso dinamico e soggettivo come tensione della volontà verso un fine della volontà verso un fine e interesse inteso in senso oggettivo come nucleo tipico o tipica utilità o valore Cfr. S. PUGLIATTI, *Gli Istituti del diritto civile*, Milano, 1943, p.292 e *Beni (teoria generale)* in *Enc. Dir.* Ad vocem, p.174

¹⁸⁹ L'assegnazione è più o meno intensa a seconda del tipo di specie. Raggiunge il massimo grado nella caccia di selezione agli ungulati ove si prevede che a un certo cacciatore per esempio sia assegnato in un anno un camoscio di sesso maschile di età inferiore ad un anno. E' meno intensa per esempio nel caso della lepore in cui per esempio ciascun cacciatore ne può cacciare in un anno un certo numero massimo.

In breve nello svolgersi del procedimento che conduce all'assegnazione dei capi prelevabili il ruolo essenziale viene svolto dall'ISPRA, che, non potrebbe essere detto meglio "rappresenta lo strumento deputato all'espressione della valutazione scientifica, operata a livello nazionale, della coerenza della gestione faunistica decisa ai successivi livelli regionale e provinciale, nell'ambito di quella discrezionalità tecnica che ora, quale sua misura, ha il canone della sostenibilità"¹⁹⁰

In breve viene ad essere ricalcato il modello della funzione concessoria da intendersi però non come attribuzione da parte dello Stato di un bene di sua proprietà. Da intendersi invece come atto dell'autorità che in base alla legge ha il potere di valutare la misura della compatibilità tra l'uso individuale della risorsa cioè il prelievo, rispetto valore collettivo della risorsa corrispondente al suo valore di esistenza cioè la permanenza di una certa specie in un certo territorio e più in generale il suo ruolo nell'ecosistema¹⁹¹.

Riassumendo: vi sono due beni giuridici che ineriscono alla stessa cosa cioè alla fauna selvatica, un bene che è espressione del valore di esistenza che è un bene collettivo e un bene che è espressione del valore d'uso che è un bene privato, nel senso che è appropriabile, mediante l'abbattimento a titolo di proprietà privata.

L'individuazione in concreto del bene espressione del valore d'uso, che ne consente per così dire il distacco rispetto all'altro bene, proiettandolo al di là del muro della destinazione, avviene mediante una serie di atti di tipo normativo e di tipo amministrativo, in cui è essenziale la valutazione dell'ISPRA, diretti ad ammettere i prelievi quando non incidano sul valore di esistenza della risorsa. Poiché non si vuole qui condurre una battaglia sulle parole si prova a verificare quanto appena esposto in raffronto all'ordine nozionale che invece si è ritenuto di criticare.

Occorre a tal fine procedere alle necessarie distinzioni e precisazioni. E' vero allora che la fauna può essere considerata *res communis omnium*, o, come qui si preferisce un bene collettivo¹⁹², ma ciò vale limitatamente al bene fauna in quanto valore di esistenza della risorsa.

E' pur vero anche che si può parlare di *res nullius*, ma con una precisazione. Tale qualificazione può essere al più essere predicata limitatamente al valore d'uso della risorsa e cioè riguarda solo i capi per i quali è stata previamente riconosciuta la facoltà di prelievo. Per quanto riguarda l'appartenenza al patrimonio indisponibile, essa, se pure ha significato retorico in ordine alla tutela, giacché la titolarità di poteri di tutela non deriva dall'appartenenza del bene¹⁹³ si può invece ritenere che serva a riconoscere in via residuale¹⁹⁴ tutte le prerogative ricollegabili alla situazione di dominio.

¹⁹⁰ In questi termini P. BRAMBILLA, *La natura dei pareri dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), ex INFS, in materia venatoria*, in *Osservatorio ambientediritto.it* 2012.

¹⁹¹ Per questa lettura della funzione concessoria in relazione ai beni collettivi cfr. M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo, conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005, p. 118.

¹⁹² La preferenza per l'uso del termine bene collettivo è conseguenza della critica svolta in ordine definizione di *res communis omnium* che è meramente descrittiva. La definizione di bene collettivo, grazie all'elaborazione teorica di Giannini, può essere utilizzata come categoria giuridica nel senso Ascarelliano di ordinamento tipologico della realtà.

¹⁹³ Per un'ampia riflessione sui poteri di tutela dei beni pubblici in quanto inerenti al soggetto (la P.A.) e non all'oggetto (il bene) cfr. S. CASSESE, *I Beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969

¹⁹⁴ In via residuale, nel senso che vi rientrano tutte che non risultano escluse perché attribuite ad altri soggetti, come per il prelievo che è attribuito ai cacciatori o che sono escluse perché non predicabili in relazione al tipo di oggetto ed in relazione al soggetto.

Perciò a parte il bene fauna inteso come valore di esistenza della risorsa ove le prerogative si esauriscono in funzioni di protezione, prerogative residuali possono essere individuate in relazione al valore d'uso della risorsa. Tra queste vi rientra ogni utilità patrimoniale¹⁹⁵ e quindi la titolarità del diritto al risarcimento dei danni in caso di abbattimento illecito.

10. Conclusioni

Si diceva all'inizio che la condanna in parola porta ad estrema coerenza la declinazione patrimonialistica dell'appartenenza della fauna selvatica allo Stato, tuttavia rispetto alle premesse appaiono meno coerenti le conclusioni in ordine alla quantificazione del danno.

Invero, ai fini del calcolo del valore del singolo animale abbattuto, viene introdotto il criterio della funzione dell'animale vivo nell'habitat naturale. Viene cioè, per così dire, annacquata la distinzione posta in premessa tra valore dell'animale come patrimonio indisponibile dello Stato e valore dell'animale in quanto parte dell'ecosistema.

Attraverso il modello che si è qui cercato di ricostruire risulta giustificata dogmaticamente la premessa da cui parte la Corte, secondo la quale vi sono due distinti titoli di danno in caso di abbattimento di capi di fauna selvatica, vale a dire: danno all'ambiente e all'ecosistema e danno al patrimonio indisponibile.

Il modello qui proposto consente anche di ipotizzare un diverso criterio per la quantificazione del danno, giacché si ammette che in relazione al valore d'uso si è nel campo di beni appropriabili a titolo di proprietà privata, suscettibili di valutazione di mercato.

Il danno potrà allora essere quantificato in base al valore che l'animale ha nel mercato. D'altra parte che gli animali oggetto di caccia abbiano un valore di mercato è dimostrato dalla facile reperibilità di listini di prezzi di ogni specie, anche quelle che qui sono vietate, ma che all'estero sono ammesse, come per esempio l'orso o lo stambecco.

E' questo il parametro al quale far riferimento pur in una valutazione di tipo equitativo, tra l'altro molto più semplice di quello seguito nella sentenza perché è sufficiente sottrarre al prezzo del listino il costo del servizio che consente al cacciatore di esercitare l'attività venatoria con successo, nonché il guadagno dell'impresa che organizza la caccia.

¹⁹⁵ Non risultano essere state svolte in dottrina considerazioni analoghe a quelle svolte nel testo con riguardo alla fauna selvatica. Un tema che invece è stato indagato a fondo con riguardo ai beni demaniali (ove la demanialità salvo una particolare ipotesi di privatizzazione si accompagna immancabilmente alla proprietà di un ente territoriale) è se la titolarità del dominio comporta la titolarità di prerogative ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge in ragione della demanialità. Già O. RANELLETTI, *Concetto natura e limiti del demanio – teoria, ora in Scritti scelti*, IV Napoli, 1992, p. 54 riteneva "logicamente diversa la natura demaniale dei beni e quella della proprietà o meno dei medesimi" e E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934 qualche decennio dopo parlava di ciò che sopravanza la demanialità. In tempi più recenti si è ritenuto che la titolarità del dominio non si risolve nella sola titolarità di poteri amministrativi, perché la norma di attribuzione del dominio non può non avere un senso autonomo, ché altrimenti sarebbe inutile, ed inoltre la situazione di dominio serve a risolvere alcuni problemi quali ad esempio quelli dei frutti e della proprietà del bene una volta esaurita la funzione. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983

Utilizzare invece il criterio del ruolo dell'animale nell'ecosistema, oltre a smentire la premessa dei due distinti titoli di danno si allontana dalla realtà, perché può ben accadere che un certo animale abbia un grande valore nell'ecosistema, ma un basso valore nel mercato, e viceversa.

* *Marco Olivi Avv. Prof. - Università Ca' Foscari Venezia.*

GIURISPRUDENZA:

Per le sentenze per esteso e le massime, si rimanda al sito della RIVISTA: www.ambientediritto.it

<http://www.ambientediritto.it/home/giurisprudenzhttp://www.ambientediritto.ita/giurisprudenza-sentenze-esteso-massime>