

## Ancora sulla vicenda dell'orso JJ4

Cons. Stato, Sez. III 9 luglio 2024, n. 6049 - Pescatore, pres.; Cerroni, est. - Associazione Lav Lega Anti Vivisezione (avv. Linzola) c. Provincia Autonoma di Trento (avv.ti Bernardi, Cattoni, Azzolini).

**Animali - Orso JJ4 - Rimozione dell'animale pericoloso mediante abbattimento - Individuazione per l'esemplare di orso di una misura alternativa alla soppressione - Obbligo di provvedere in capo alla Provincia - Esclusione.**

(*Omissis*)

### FATTO e DIRITTO

1. – La vicenda che fa da sfondo al presente contenzioso costituisce fatto notorio e può essere sunteggiata per sommi capi. Dopo aver cagionato la morte di un uomo il 5 aprile 2023 in località strada forestale Crocefisso Prà Conz, nel Comune di Caldes, l'esemplare di orso meglio noto come JJ4 è stato dapprima oggetto di due ordinanze contingibili e urgenti del Presidente della Provincia autonoma di Trento che ne ordinavano l'immediata rimozione mediante abbattimento, previa sua identificazione – ordinanze prontamente impugnate da associazioni ed enti e sospese interinalmente in via monocratica dal Presidente del Tribunale regionale di giustizia amministrativa – successivamente, è stato attinto dal decreto del Presidente della Provincia n. 10 del 27 aprile 2023 con il quale, nell'osservanza del procedimento previsto dell'articolo 1, della legge provinciale 11 luglio 2018, n. 9 - recante “Attuazione dell'articolo 16 della Direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche: tutela del sistema apicolturale” – il Presidente della Provincia ha disposto la rimozione dell'animale pericoloso mediante abbattimento.

Anche il predetto decreto è stato gravato da parte di Associazioni ed Enti, tra cui la LAV Lega Antivivisezione, innanzi al giudice amministrativo nell'intento di perseguire *in primis* la restituzione in libertà dell'esemplare di orso in quanto reputato dalla ricorrente medesima come non pericoloso, e, comunque, l'annullamento dell'ordine di abbattimento poiché ritenuto illegittimo sotto plurimi profili e, segnatamente per quel che qui rileva, in quanto recessivo rispetto ad altre misure alternative atte ad assicurare la sopravvivenza dello stesso animale.

Tale giudizio è stato sospeso in via impropria dal T.R.G.A. di Trento con ordinanza 20 dicembre 2023, n. 215 per la proposizione della questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia dell'Unione, mediante rinvio disposto ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. nella parte in cui dispone che la Corte è competente a pronunciarsi sulla “interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione”. Tale incidente processuale è stato promosso per conseguire la corretta interpretazione dell'articolo 16 della Direttiva Habitat - a cui la l.p. 9 del 2018 dà diretta attuazione - che disciplina i presupposti per l'autorizzazione della deroga al divieto di uccisione della specie tutelata di *Ursus Arctos*, stante il contrasto giurisprudenziale esistente sul punto tra il T.R.G.A. e il Consiglio di Stato. Nelle more è stata disposta la conferma della precedente “decisione cautelare di cattura dell'esemplare a garanzia della sicurezza pubblica e per garantire l'effettività di tutela giurisdizionale”.

2. – In pendenza del predetto giudizio, la LAV ha presentato formale istanza alla Provincia autonoma di Trento, con missiva del 13 giugno 2023, seguita da vari solleciti, per ottenere il trasferimento dell'esemplare di plantigrado presso il centro “Liberty Bear Sanctuary Zarnesti” con sede in Romania, con oneri integralmente a carico della Associazione medesima.

La Provincia ha riscontrato l'istanza con nota del 5 settembre 2023 rappresentando che “l'Amministrazione provinciale sta vagliando, sotto il profilo tecnico, una serie di possibili soluzioni per un'eventuale captivazione permanente a tutela della sicurezza pubblica, compresa l'esternalizzazione fuori dal territorio provinciale dell'orsa JJ4”, e che “l'istruttoria tecnica che l'amministrazione provinciale sta conducendo, dimostrando leale e fattiva collaborazione, non costituisce né potrà costituire in alcun modo pregiudizio alle ragioni difensive rappresentate dalla stessa Provincia autonoma di Trento nell'ambito del contenzioso giurisdizionale amministrativo in essere avverso il decreto del Presidente n. 10 di data 27 aprile 2023 (legge provinciale 11 luglio 2018, n. 9. Autorizzazione alla rimozione, tramite abbattimento, dell'esemplare di Orso bruno (*Ursus arctos*) identificato in JJ4), così come non costituisce acquiescenza al disposto di cui alle ordinanze cautelari del CdS con cui è stato sospeso, in via interinale, il provvedimento di abbattimento”. Ha puntualizzato, infine, la Provincia che “le ordinanze cautelari, con cui il Consiglio di Stato ha semplicemente sospeso il succitato provvedimento di abbattimento, non impongono all'Amministrazione provinciale, nelle more della definizione del giudizio, di avviare e completare la procedura di esternalizzazione dell'esemplare, rimanendo intatta la sfera di autonomia decisionale dell'Amministrazione in merito all'assunzione di atti e/o provvedimenti che rispettino quanto deciso nel giudizio cautelare, compresa la possibilità di trattenere l'esemplare presso il sito del Casteler nelle more della definizione del giudizio di merito, così evitando di compromettere in via definitiva sia la posizione giudiziale dei ricorrenti, ma anche quella dell'amministrazione resistente”.



L'Amministrazione si è richiamata a tale riscontro anche nelle missive successive di replica ai solleciti presentati dalla LAV, in data 11 e 17 ottobre 2023.

3. – L'Associazione ha, quindi, promosso l'azione speciale secondo il rito del silenzio, ex art. 31 e 117 del c.p.a., in ragione del ritenuto inadempimento, da parte dell'Amministrazione intimata, dell'obbligo di provvedere sull'istanza di trasferimento dell'esemplare di orso: segnatamente, la LAV ha lamentato la violazione dei principi di collaborazione e di buona fede da parte della Provincia in ragione dell'assenza di una comunicazione chiara e trasparente in ordine all'istanza avanzata, dipoi ha dedotto la violazione dell'obbligo di provvedere asseritamente sussistente in capo alla Provincia intimata, laddove vi siano particolari ragioni di giustizia sostanziale ispirate ai valori etico-sociali espressi dalla società civile in un determinato momento storico, come quelli sanciti dal novellato art. 9 Cost. – i.e. il principio di tutela diretta degli ecosistemi e della biodiversità anche nell'interesse delle future generazioni e degli animali nel loro diritto alla vita.

4. – Il giudice trentino, in accoglimento dell'eccezione di rito avanzata dall'Amministrazione, ha dichiarato il ricorso inammissibile dopo aver ravvisato la natura interlocutoria delle note impugnate, a conferma dell'assenza di una definitiva determinazione, positiva o negativa, sull'istanza medesima e aver acclarato l'inconfigurabilità di uno specifico obbligo di provvedere. Segnatamente, il primo giudice puntualizza che *“il procedimento inteso alla decisione sulla sorte dell'orso pericoloso per la vicenda oggi in questione è un procedimento non attivabile ad istanza di parte, ma doverosamente avviato d'ufficio, sussistendo al riguardo le ragioni di tutela della incolumità pubblica, da parte della Provincia Autonoma di Trento che ha responsabilità e prerogative specifiche nella gestione della fauna selvatica”*; di conseguenza, l'istanza volta al trasferimento dell'esemplare di orso nel centro *“Liberty Bear Sanctuary Zarnesti”* con sede in Romania di cui si controverte, è stata giudicata nella sostanza alla stregua di una sollecitazione al riesame in autotutela della decisione di abbattimento, essendo in particolare finalizzata all'individuazione per l'esemplare di orso di una misura alternativa alla soppressione.

Indi, sulla scorta della natura latamente discrezionale e incoercibile del potere di autotutela, non è stato ravvisato alcun obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione provinciale, che ha comunque puntualmente riscontrato l'istanza e i vari solleciti, mentre non ricorrono gli estremi delle figure di autotutela doverosa riconosciute nel tempo dal diritto vivente.

5. – La LAV è insorta avverso la statuizione di prime cure con rituale ricorso in appello innanzi a questo Consiglio di Stato. Nella parte narrativa l'Associazione sostiene di essersi fatta interprete e parte attiva dei segmenti propulsivi delle decisioni cautelari assunte prima dal T.R.G.A. di Trento, con ordinanza 35/2023 del 26 maggio 2023, e dopo dal Consiglio di Stato, con ordinanza n. 2915 del 14 luglio 2023, il quale, nel ritenere conclusivamente che il provvedimento che dispone l'abbattimento dell'animale appare sproporzionato e non coerente con le normative sovranazionali e nazionali che impongono l'adeguata valutazione di misure intermedie, ha affermato che *“era compito dell'Amministrazione quello di valutare ogni misura intermedia tra la libertà e l'abbattimento dell'animale e, quindi, anche l'ipotesi del trasferimento in una struttura diversa da quelle di proprietà della Provincia, eventualmente anche fuori dal territorio nazionale, atteso che, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa appellata e dal Collegio di primo grado, tale misura non presenta caratteristiche “extra ordinem”, trattandosi pur sempre di una forma di captivazione realizzata mediante esternalizzazione; pertanto, l'Amministrazione potrà rivalutare - sussistendone i requisiti - le proposte provenienti dal mondo dell'Associazionismo nell'ottica di valorizzazione delle forme di sussidiarietà orizzontale, nel rispetto dei vincoli della Costituzione. Peraltro, non possono condividersi gli argomenti presentati in sede di udienza dalla difesa provinciale laddove si è sostenuto che il trasporto dall'Italia ad uno Stato estero presenta rischi per l'incolumità della vita dell'animale dal momento che l'esecuzione dei provvedimenti impugnati porterebbe paradossalmente all'esito dell'immediato abbattimento dello stesso”*.

5.1. – In diritto, l'Associazione appellante ha denunciato l'*error in iudicando* in cui sarebbe incorso il primo giudice nell'interpretazione ed applicazione dell'articolo 2 della legge 241/90 in punto di obbligo di provvedere: a detta dell'Associazione, *“quando la legge, od i principi, impongano, invece, traiettorie specifiche ed una gerarchia tra le misure da assumere, nient'affatto equivalenti tra loro, pur nel rispetto del raggiungimento dell'obiettivo della soddisfazione dell'interesse pubblico, la discrezionalità dell'Ente, inevitabilmente, si riduce fino a venir meno”* per poi soggiungere che *“in questi casi un'istanza che sollecita l'assunzione di atti amministrativi coerenti con una delle soluzioni ammesse, ancorché di “riesame”, cioè allorquando la P.A. abbia già assunto una decisione, non è diretta affatto a chiedere l'assunzione di una misura o di una soluzione meramente alternativa e diversa da quella già assunta. L'istanza, in questo caso, è invece diretta a ricondurre l'azione della P.A. nell'alveo della esatta applicazione della norma di legge e dei principi che, in ossequio ad essa, vanno applicati, e che non lo sono stati”*.

In aggiunta, l'appellante ha dedotto l'*error in iudicando* del primo giudice che avrebbe fallacemente disatteso un'ipotesi di autotutela doverosa, in quanto discendente da esigenze di giustizia, equità e certezza dei rapporti fondati nel novellato articolo 9 Cost.: nel caso di specie, per effetto della sospensione degli effetti della misura assunta in prima battuta dall'Ente, si sarebbe riaperta la possibilità, che per l'appellante Associazione è invero un dovere giuridico in capo all'Ente resistente, di assumere una misura diversa da quella della soppressione, ossia il trasferimento dell'animale altrove, vivo.

6. – Si è costituita in giudizio la Provincia autonoma di Trento che ha svolto difese a supporto del contegno amministrativo serbato nella fattispecie.

7. – Espletato lo scambio di memorie difensive ex art. 73 cod. proc. amm. la causa è venuta in discussione all'udienza pubblica del 30 maggio 2024.

8. – L'appello è infondato per le ragioni che si vanno sinteticamente ad esporre.

9. – Preme al Collegio puntualizzare dapprima la fisionomia del potere intestato alla Provincia autonoma prendendo le mosse dalla disanima dell'art. 1, co. 1 della legge provinciale 11 luglio 2018, n. 9, approvata dalla Provincia Autonoma di Trento nell'esercizio della propria potestà legislativa di diretta attuazione dell'art. 16 della cd. Direttiva Habitat (Direttiva 21 maggio 1992, n. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche), quanto alla fattispecie di autorizzazione alla deroga al divieto di uccisione o cattura: *“Al fine di conservare il sistema alpicolturale del territorio montano provinciale il Presidente della Provincia, per proteggere le caratteristiche fauna e flora selvatiche e conservare gli habitat naturali, per prevenire danni gravi, specificatamente alle colture, all'allevamento, ai boschi, al patrimonio ittico, alle acque e ad altre forme di proprietà, per garantire l'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica e motivi tali da comportare conseguenze positive di primaria importanza per l'ambiente, può, acquisito il parere dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, limitatamente alle specie Ursus arctos e Canis lupus, autorizzare il prelievo, la cattura o l'uccisione, a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che il prelievo non pregiudichi il mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente della popolazione della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale”*.

11.1. – Come ben chiarito da questo stesso Consiglio in sede di appello cautelare, l'intera materia è governata dal principio di proporzionalità per cui la protezione della vita degli animali gode di una tutela rafforzata a cui si può derogare solo in presenza di condizioni che sono da interpretarsi in maniera rigorosa e restrittiva, secondo una logica graduata che risponda per l'appunto al canone di proporzionalità. La Sezione ha, inoltre, chiarito che le diverse misure che l'Autorità può assumere – per come richiamate dalle fonti normative e secondo l'interpretazione fatta propria dalla Corte di Giustizia - devono ritenersi enunciate in via gradata, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata a mente del novellato art. 9 Cost., con la conseguenza che è possibile ricorrere alla misura più grave solo ove sia provata l'impossibilità di adottare la misura meno cruenta e, quindi, *“a condizione che esista un'altra soluzione valida”*.

Tali considerazioni intendono attestare la consistenza irriducibilmente discrezionale del potere intestato all'Amministrazione della Provincia autonoma, non potendo revocarsi in dubbio che la determinazione nel senso del prelievo, della cattura o dell'abbattimento *“a condizione che non esista un'altra soluzione valida e che il prelievo non pregiudichi il mantenimento in uno stato di conservazione soddisfacente della popolazione della specie interessata nella sua area di ripartizione naturale”* risponde ad un momento effusivo di potere tecnico-discrezionale nel cui crogiuolo confluiscono per una finale ponderazione variegati interessi concorrenti, scolpiti nella carrellata di esordio della disposizione (conservazione ecosistemica, protezione florofaunistica, silvicolturale e idrica, *“per garantire l'interesse della sanità e della sicurezza pubblica o per altri motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica”*).

12. – Tanto premesso, deve ulteriormente soggiungersi che nella cornice della fattispecie concreta in esame non può essere revocato in dubbio che tale potere risulta esser stato primariamente esercitato dalla Provincia autonoma col ridetto decreto n. 10 del 2023 con cui è stato autorizzato, ai sensi della legge provinciale 11 luglio 2018, n. 9, l'intervento di *“rimozione, tramite abbattimento, dell'esemplare di Orso bruno (Ursus arctos) identificato in JJ4”*. Il fatto che, da ultimo, sia intervenuta l'ordinanza cautelare n. 2915/2023 con cui il Consiglio di Stato, in riforma delle ordinanze impugnate del T.R.G.A. ha effettivamente sospeso gli effetti del provvedimento provinciale recante l'ordine di abbattimento non ha fatto sorgere in capo all'Amministrazione alcun obbligo di rivalutazione per due assorbenti considerazioni: da un lato, la statuizione cautelare non è idonea al giudicato, potendo in ogni momento essere revocata o modificata *“se si verificano mutamenti nelle circostanze o se le parti allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”* (art. 58, co 1. cod. proc. amm.); dall'altro lato, la determinazione provvedimentale, pur sospesa, è a tutti gli effetti *sub iudice* seguitando ad atteggiarsi in prospettiva come *regula iuris* del caso concreto fintantoché il giudice amministrativo, all'esito della fase di merito, non ne dispone definitivamente la caducazione.

Pertanto, l'ordine di abbattimento, per quanto sgradito all'Associazione appellante, incarna l'esito dell'effusione del potere provinciale di primo grado e, ancorché sospeso in sede giurisdizionale, non è stato espunto dal panorama giuridico sino a decisione definitiva del giudice amministrativo o a rideterminazione in sede di riesame della Provincia autonoma.

12.1. – Peraltro, a rigore la statuizione cautelare di appello non ha disposto alcuna misura *stricto sensu* propulsiva (cd. *remand*), bensì ha sospeso *pleno iure* l'esecuzione del provvedimento gravato prospettando la facoltà – si badi bene, facoltà (*“l'Amministrazione potrà”*) – della Provincia di *“rivalutare - sussistendone i requisiti - le proposte provenienti dal mondo dell'Associazione nell'ottica di valorizzazione delle forme di sussidiarietà orizzontale, nel rispetto dei vincoli della Costituzione”*.

13. – Precisati i termini della questione, ne discende che l'esercizio di potere che viene in questa sede invocato dalla LAV rispecchia pienamente i contorni del potere di riesame in autotutela rispetto alla fattispecie provvedimentale già perfezionatasi con l'emissione del decreto del Presidente della Provincia n. 10 del 2023, peculiare potere di secondo grado dell'Amministrazione, in passato ritenuto immanente all'attribuzione del potere originario e, solo all'indomani della legge

n. 15/2005, tipizzato dal legislatore nelle figure della revoca (art. 21-*quinquies* legge n. 241/1990), dell'annullamento di ufficio e della convalida (art. 21-*nonies* l. n. 241/1990): in disparte le tipizzazioni legislative della proteiforme categoria dell'autotutela decisoria, giova rammentare il costante indirizzo ermeneutico della giurisprudenza amministrativa che afferma la natura discrezionale ed incoercibile del potere di riesame di tal chè non possa astrattamente configurarsi in capo all'Amministrazione adita un obbligo di provvedere giustiziabile innanzi al giudice amministrativo col rito speciale avverso il silenzio (v. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2017, n. 2751).

13.1. – Né, di contro, ricorrono nel caso di specie i presupposti per l'esercizio doveroso di tale potere come enucleati dalla giurisprudenza, ossia i casi normativamente stabiliti di autotutela doverosa e i casi particolari legati ad esigenze conclamate di giustizia (*cf.* Consiglio di Stato sez. VI, 06/04/2022, n. 2564), specie ponendo la debita enfasi sulla circostanza che la vicenda è tuttora *sub iudice* indi, in assenza di particolari sopravvenienze, è legittimo che la Provincia insistesse nel difendere il primo provvedimento e attenda la definizione del giudizio.

Non appare predicabile tantomeno un obbligo di provvedere scaturente dai principi informatori dell'azione amministrativa e dai doveri solidaristici di correttezza e buona fede, che obbligano la P.A. a dare, comunque, riscontro alle istanze “quando esigenze di giustizia sostanziale, di equità e di certezza dei rapporti impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost., in rapporto al quale il privato/interessato vanta una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione” (indirizzo pretorio richiamato dal TAR trentino di cui è espressione, *inter alia*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I - quater 1° aprile 2022, n. 3812) atteso che la Provincia autonoma ha comunque riscontrato con puntualità sia l'istanza, sia i solleciti, rivendicando però con altrettanta risolutezza il proprio campo di prerogative nell'eventuale rideterminazione discrezionale sulle sorti del provvedimento di primo grado.

13.2. – Tantomeno può condividersi l'artificiosa ricostruzione della difesa di parte appellante alla stregua della quale può essere richiesto che “l'esercizio del potere, nel segmento successivo alla cattura dell'animale, avvenga con modalità aderenti ai principi ed alle norme di legge”: l'assunto di fondo resta fallace e non condivisibile giacché con il decreto presidenziale impugnato la Provincia autonoma ha esercitato compiutamente il potere ad essa assegnato dall'ordinamento senza che residuino spazi di discrezionalità inespressa.

A ben vedere, ciò che è rimasto inattuato - o attuato parzialmente - è il momento esecutivo del provvedimento, dato che non si è assistito alla piena conformazione della *res extensa* al precetto cristallizzato nell'atto amministrativo in forza della sopravvenuta sospensiva giurisdizionale che ha paralizzato il prodursi degli ulteriori effetti successivi alla temporanea captivazione del plantigrado nella riserva di Casteler.

14. – In definitiva, in adesione all'impianto argomentativo sviluppato dal giudice di prime cure, deve concludersi che non sussiste alcun obbligo di provvedere in capo alla Provincia, avendo essa con tutta evidenza già discrezionalmente provveduto sulla *res controversa* ed essendo l'atto in questione attualmente *sub iudice* con rimessione della questione interpretativa al giudice unionale. Ciò implica il venir meno di uno degli indefettibili presupposti per l'ammissibilità stessa dell'azione speciale avverso il silenzio-inadempimento e corrobora la correttezza della declaratoria di inammissibilità emessa in primo grado.

15. – Tutto ciò considerato, l'appello deve essere conclusivamente respinto.

16. – Le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'Associazione appellante alla rifusione in favore della Provincia autonoma delle spese di lite, che si liquidano nell'importo di euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

(*Omissis*)