

Individuazione di valichi montani di interesse per i flussi di avifauna migratoria

Cons. Stato, Sez. II 3 ottobre 2019, n. 6630 - Carlotti, pres.; Rocco, est. - Associazione Lega per l'abolizione della caccia (LAC) - Onlus (avv.ti Linzola e Ramadori) c. Provincia di Brescia (BS) (avv.ti Storace e Poli) ed a.

Caccia e pesca - Caccia - Individuazione di valichi montani di interesse per i flussi di avifauna migratoria.

(*Omissis*)

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso proposto sub R.G. 588 del 2009 innanzi al T.A.R. per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia, l'Associazione Lega per l'abolizione della caccia (LAC) – Onlus ha chiesto l'annullamento della deliberazione del Consiglio Provinciale di Brescia n. 17 dd. 31 marzo 2009, recante l'individuazione di ulteriori valichi montani di potenziale interesse per i flussi di avifauna migratoria.

Nell'atto introduttivo del ricorso proposto in primo grado, la LAC - Lega per l'abolizione della caccia, associazione che persegue quale scopo statutario la totale eliminazione della caccia, ha dettagliatamente illustrato il procedimento che ha condotto all'adozione del provvedimento impugnato.

Giova innanzitutto premettere che l'art. 21, comma 3, della l. 11 febbraio 1992, n. 157, ovvero della legge-quadro nazionale in materia di caccia, disponeva all'epoca dei fatti di causa – e dispone a tutt'oggi - che la caccia stessa sia “vietata su tutti i valichi montani interessati dalle rotte di migrazione dell'avifauna, per una distanza di mille metri dagli stessi”.

A sua volta, l'art. 43, comma 3, della l.r. Lombardia 16 agosto 1993, n. 26 inizialmente disponeva un identico divieto, aggiungendo peraltro che “i valichi sono individuati dalle province sentito l'I.N.F.S.” (Istituto nazionale per la fauna selvatica, *medio tempore* divenuto Istituto superiore per la ricerca e la protezione ambientale – I.S.P.R.A.) “e comunque nel comparto di maggior tutela della zona faunistica delle Alpi e devono essere indicati nei piani di cui agli artt. 12 e 14 e nei calendari venatori”.

Tale disciplina di fonte regionale è stata successivamente modificata dall'art. 2, comma 1, lett. h), della l.r. 16 settembre 2009, n. 21, in vigore dal 19 settembre 2009, nel senso che la competenza a individuare i valichi protetti in parola sia invece attribuita al “Consiglio regionale su proposta delle Province”.

I prodromi della presente vicenda processuale risalgono peraltro ad epoca precedente a tale ultimo intervento del legislatore regionale, e si identificano nel procedimento istruttorio avviato dalla Provincia di Brescia a seguito della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, Sez. I, n. 595 dd. 6 luglio 2007, con la quale era stato dichiarato illegittimo, a' sensi dell'allora vigente art. 21-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, il silenzio formatosi sulla diffida del 21 dicembre 2006 indirizzata dalla medesima LAC alla Provincia per l'aggiornamento del piano faunistico-venatorio provinciale e l'inserimento di ulteriori valichi protetti a' sensi degli anzidetti art. 21 comma 3 della l. 157 del 1992 e dell'art. 43, comma 3, della l.r. n. 26 del 1993, con conseguente accertamento dell'obbligo a provvedere da parte della medesima Provincia.

Tale procedimento deputato all'attuazione della surriferita statuizione giudiziale ha avuto inizio mediante una richiesta da parte dell'amministrazione provinciale all'Istituto nazionale per la fauna selvatica – I.N.F.S. (*medio tempore* divenuto, a' sensi dell'art. 28, comma 3, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni dalla l. 5 agosto 2008, n. 133 e del d.m. 21 maggio 2010, n. 123, Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale - I.S.P.R.A.) di un parere sulle aree che la LAC, mediante l'anzidetta diffida del 21 dicembre 2006, aveva chiesto di inserire tra i valichi montani al fine di ivi estendere il divieto di caccia.

In esito a ciò, parere dell'I.N.F.S., rilasciato in data 29 febbraio 2008, individuava ulteriori otto valichi montani interessati da rotte migratorie, in quanto tali meritevoli di essere assoggettati a misure di protezione, oltre ai sette già indicati dalla Provincia di Brescia.

Nondimeno, anziché provvedere a recepire le indicazioni fornite dall'I.N.F.S., il Consiglio Provinciale, mediante l'anzidetta deliberazione n. 17 del 2009, ha del tutto autonomamente tralasciato di inserire nella programmazione delle misure di protezione i siti individuati dall'I.N.F.S., nel mentre ha inserito nella programmazione medesima ulteriori due valichi non rientranti tra quelli indicati dall'Istituto.

1.2. Ritenendo il predetto provvedimento adottato dal Consiglio Provinciale gravemente immotivato, in particolare per quanto riguarda il mancato inserimento tra le aree in cui la caccia è vietata di quelle ricadenti nella “Zona Alpi di minor tutela” di cui alla l. n. 157 del 1992, la LAC ne ha pertanto chiesto l'annullamento mediante l'anzidetto ricorso proposto sub R.G. 583 del 2009, deducendo al riguardo i seguenti ordini di censure.

1) Illegittimità costituzionale dell'art. 43, comma 3, della l.r. 16 agosto 1993, n. 26, in quanto, in violazione dell'art. 117 Cost., recherebbe una disciplina in contrasto con i principi di cui all'art. 21, comma 3, della legge-quadro sulla caccia 11 febbraio 1992, n. 157.

Secondo la LAC, vertendosi nella specie in materia di *standards* minimi di tutela dell'ecosistema, la regione Lombardia non avrebbe potuto adottare una normativa deteriore.

2) Difetto di motivazione del provvedimento, nella parte in cui dà solo sinteticamente conto delle ragioni della mancata inclusione nella programmazione di otto delle aree individuate nel predetto parere reso dall'I.N.F.S.

3) Eccesso di potere sotto il profilo dell'errore di fatto e del difetto di istruttoria, in relazione all'equiparazione tra le località di Colle San Zenò e di Foppella di San Zenò.

4) Eccesso di potere per contraddittorietà, posto che i valichi di Monte della Piana e di Malga Mola non sarebbero stati inseriti nella parte dispositiva del provvedimento impugnato, nonostante che nella parte motiva del provvedimento medesimo fosse viceversa prevista la loro inclusione.

5) Violazione degli artt. 13, 14 e 15 della l.r. 26 del 1993, in quanto il Consiglio Provinciale avrebbe omesso di estendere a nuovi valichi il divieto di caccia, adducendo a motivazione di ciò il fatto che la percentuale di territorio in "Zona Alpi" già inibito alla caccia sarebbe del 33 % e, quindi, superiore alla percentuale compresa tra il 10% e il 20% che sarebbe prevista dalla disciplina vigente al riguardo.

Secondo la LAC – viceversa – tale assunto sarebbe conseguenza di un'erronea lettura della disciplina medesima, ed in particolare dell'art.13 dell'anzidetta l.r. n. 26 del 1993 nella parte in cui richiama l'art. 43 della legge stessa, recante – come detto innanzi – il divieto di caccia nei valichi montani interessati dalle rotte migratorie: la percentuale ivi richiamata costituirebbe, infatti - secondo la prospettazione della medesima LAC - la soglia minima e non anche quella massima, come dimostrato, peraltro, dal fatto che la stessa Provincia ammette di essere arrivata già ad assoggettare al divieto il 33% del territorio.

6) Violazione dell'art. 43 della l.r. n. 26 del 1993, in quanto il Consiglio Provinciale non avrebbe operato al riguardo alcuna ponderazione degli interessi coinvolti.

7) Violazione della direttiva 79/409/CEE, in quanto i valichi protetti sarebbero assimilabili alle Zone di protezione speciale (ZPS) previste da tale direttiva e, quindi, la loro mancata inclusione nel divieto di caccia equivarrebbe ad una violazione della normativa comunitaria.

1.3. Si è costituita in giudizio la Provincia di Brescia, eccependo, in primo luogo, la inammissibilità del ricorso per tardività, in quanto il Piano faunistico sarebbe stato approvato da più di dieci anni, senza contestazioni di sorta, nonché per difetto di impugnazione dell'atto presupposto, rappresentato dalla deliberazione del Consiglio provinciale 25 luglio 2007, n. 357, con cui è stato dato avvio al procedimento istruttorio in attuazione della predetta sentenza del T.A.R. n. 595 del 2007.

In subordine la Provincia ha concluso per la reiezione del ricorso.

1.4. In tale primo grado di giudizio si è pure costituito l'I.S.P.R.A., chiedendo la reiezione del ricorso, senza peraltro esplicitare alcuna specifica difesa.

1.5. Nel primo grado di giudizio sono altresì intervenute la Annu – Associazione dei migratoristi italiani per la conservazione dell'ambiente naturale della Lombardia, l'Associazione Cacciatori Lombardi – Sezione provinciale di Brescia, nonché l'Associazione Nazionale Enalcaccia Pesca e Tiro – Sezione provinciale di Brescia, chiedendo la reiezione del ricorso.

1.6. Con ordinanza n. 432 dd. 26 giugno 2009, resa a' sensi degli allora vigenti artt. 19 e 21, ottavo comma, della l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nonché dell'art. 36 del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, la Sezione II dell'adito T.A.R. ha "rilevato ad un sommario esame, che la normativa invocata appare ricollegare la tutela presso i valichi all'effettivo passaggio dei flussi migratori, da attuarsi in base ai dati e alle esperienze acquisite; che l'amministrazione provinciale ha dato conto dell'avvenuto inserimento di sette siti tra quelli individuati dall'I.N.F.S., ai quali ne sono stati autonomamente aggiunti altri due; che il meccanismo di protezione per il Passo del Vivione e Gioogo della Presolana risulta già attivato dalla Provincia di Bergamo; che la Provincia ha realizzato una stazione di monitoraggio in collaborazione con l'I.N.F.S. in località Gioogo del Maniva, stabilendo in via cautelativa una salvaguardia parziale; che analoga iniziativa è stata assunta per Colle San Zenò; che tuttavia l'I.N.F.S., nel parere del 22 febbraio 2008, ha qualificato il sito Colle San Zenò quale valico importante per la migrazione, dando conto di atti già acquisiti; che anche per il sito Gioogo del Maniva l'I.N.F.S. ha evidenziato l'esistenza di approfondimenti e conseguenti risultati già ottenuti; che in relazione a tali profili le determinazioni della Provincia – che dà conto dell'assenza di acquisizioni scientifiche certe – non appaiono sufficientemente motivate; che le conclusioni dell'autorità provinciale sul punto contrastano con i rilievi dell'organo consultivo, che sembrano viceversa ammettere l'esistenza di dati ed elementi finiti; che rispetto a tali due ultimi siti la Provincia è tenuta a determinarsi nuovamente in virtù del fatto che le misure disposte per effetto del monitoraggio offrono una minor tutela; che le eccezioni in rito e le questioni di costituzionalità saranno approfondite nell'appropriata sede di merito".

1.7. Non essendosi rideterminata l'amministrazione provinciale, la LAC ha proposto un'istanza incidentale di esecuzione della surriportata ordinanza cautelare, notificando copia della stessa anche al Consiglio Regionale della Lombardia: e ciò

anche in quanto la difesa della Provincia, in occasione della prima camera di consiglio fissata per il 30 settembre 2009 al fine della trattazione di tale incidente di esecuzione, aveva rappresentato che – per l'appunto - *medio tempore* era sopravvenuto il predetto art. 2 della l.r. n.16 settembre 2009, n. 21, in vigore dal 19 settembre 2009 e che, novellando l'anzidetto art. 43 della l.r. n. 26 del 1993, aveva trasferito al Consiglio Regionale la competenza a deliberare in materia di divieto di caccia sui valichi montani.

1.8. Nel procedimento di primo grado si è pertanto costituito il Consiglio Regionale della Lombardia, eccependo peraltro in via preliminare il proprio difetto di legittimazione passiva e concludendo comunque per la reiezione del ricorso.

1.9. Con ulteriore ordinanza n. 215 dd. 18 novembre 2009 la medesima Sezione II dell'adito T.A.R. ha quindi *“considerato: che con ordinanza n. 432 del 2009”* era stato *“disposto che la Provincia provvedesse a determinarsi nuovamente rispetto all'inserimento dei siti di Colle San Zeno e Giogo del Maniva nell'apposito sistema di tutela, considerato che le misure disposte per effetto del monitoraggio offrono una minor tutela rispetto alla sola adozione della quale l'impugnato provvedimento è stato ritenuto non adeguatamente motivato; che la documentazione depositata evidenzia come la Provincia di Brescia abbia provveduto a rideterminarsi, disponendo il divieto della caccia vagante all'avifauna migratoria nel raggio di mille metri dalla sommità del Colle San Zeno e Coppella, nonché in località Giogo del Maniva, ad eccezione della beccaccia con l'uso del cane in ordine all'opportunità di vietare la caccia; che la riedizione del potere è intervenuta con deliberazione della Giunta Provinciale n. 418 del 24 agosto 2009, e quindi solo tre giorni prima della notifica della domanda volta ad ottenere l'esecuzione dell'ordinanza propulsiva di questo Tribunale n. 432 del 2009; che tale nuovo esercizio del potere, a prescindere da ogni considerazione in ordine al contenuto del provvedimento che ne è scaturito, il quale è stato censurato con autonomo ricorso, nonché l'intervenuta modificazione di cui alla l.r. n. 21 del 10 settembre 2009 che ha sottratto la competenza a provvedere alla Provincia, ha determinato l'improcedibilità della domanda di esecuzione; ritenuto, pertanto, che la domanda di esecuzione dell'ordinanza cautelare, presentata in via incidentale, debba essere dichiarata improcedibile”*.

1.10 La difesa del Consiglio Regionale, con propria susseguente memoria presentata nell'imminenza della pubblica udienza fissata per la trattazione del merito di causa, ha eccepito l'improcedibilità del ricorso, in quanto la Provincia aveva provveduto mediante l'anzidetta deliberazione giuntale n. 418 dd. 24 agosto 2009 ad ottemperare alla surriportata statuizione cautelare del T.A.R. n. 432 dd. 26 giugno 2009 modificando con ciò la pianificazione venatoria vigente mediante un proprio nuovo provvedimento, peraltro fatto oggetto di ulteriore ed autonomo ricorso da parte della LAC ivi proposto sub R.G. 1056 del 2009 e medio tempore già respinto dalla medesima Sezione II dell'adito T.A.R. con sentenza n. 1056 dd. 27 maggio 2010.

1.11. La LAC, per contro, ha insistito per la permanenza di un proprio interesse alla pronuncia nel merito, in quanto il ricorso non aveva ad oggetto esclusivamente i due valichi per cui era stato ordinato il riesame e che – per l'appunto – avevano formato oggetto del predetto ed ulteriore provvedimento dell'amministrazione provinciale.

1.12. Con sentenza n. 4672 dd. 26 novembre 2010 la Sezione II dell'adito T.A.R., dopo aver respinto tutte le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso, lo ha dichiarato in parte improcedibile e per il resto lo ha respinto.

Più esattamente, a pag. 8 di tale sentenza si legge che *“deve ritenersi permanere”* in capo alla LAC *“l'interesse ad una decisione che investa tutti i punti della controversia, ovverosia tutti i valichi migratori che la Provincia ha ommesso di considerare in termini di adozione di misure di protezione, nonostante fossero stati individuati da I.N.F.S. (oggi I.S.P.R.A.) con nota del 29 febbraio 2008, con la sola esclusione delle censure aventi ad oggetto i valichi di Colle San Zeno e Giogo del Maniva, rispetto a cui vi è stata la riedizione del potere: l'interesse della ricorrente deve, infatti, in relazione a tali siti, ritenersi traslato sul nuovo atto adottato dall'Amministrazione in sostituzione di quello censurato”*.

Il T.A.R. ha integralmente compensato tra tutte le parti le spese e gli onorari per tale primo grado di giudizio.

2.1. Con l'appello in epigrafe la LAC chiede ora la riforma di tale sentenza, deducendo al riguardo i seguenti ordini di motivi.

1) Illegittimità del capo della sentenza impugnata che afferma l'improcedibilità del ricorso proposto in primo grado relativamente ai valichi di Colle San Zeno e di Giogo Maniva.

2) Riproposizione delle eccezioni di incostituzionalità dell'art. 43, comma 3, della l.r. 16 agosto 1993, n. 26 per violazione dell'art. 117 Cost. con riferimento all'art. 21 della l. 11 febbraio 1992, n. 157.

3) Riproposizione quali motivi d'appello, riferiti al contenuto della sentenza impugnata, delle censure di cui ai nn. 2, 3, 4 e 6 del ricorso proposto in primo grado.

In particolare, per quanto attiene alle censure dedotte ai nn. 3 e 4, la parte appellante deduce l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado delle censure di illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo dell'errore di fatto e del difetto di istruttoria, nonché di illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà.

4) Riproposizione quale motivo d'appello, riferito al contenuto della sentenza impugnata, della censura di cui al n. 5 del ricorso proposto in primo grado.

5) Omessa statuizione su di un'istanza istruttoria da effettuarsi mediante consulenza tecnica d'ufficio presentata in primo grado dalla medesima parte appellante al fine di accertare in via definitiva quanti e quali siano nel territorio provinciale di Brescia i valichi interessati dalle rotte migratorie.

2.2. Anche nel presente grado di giudizio si è costituita la Provincia di Brescia, eccependo preliminarmente l'inammissibilità dell'appello per violazione del giudicato formatosi sulla sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sede di Brescia, Sezione II, 27 maggio 2010 n. 1056 in punto individuazione dei valichi montani di Colle San Zeno e di Gogo del Maniva quali valichi interessati dalle rotte migratorie e concludendo comunque per la reiezione dell'impugnativa avversaria.

2.3. Si è parimenti costituito in giudizio il Consiglio Regionale della Lombardia, chiedendo in via preliminare di essere estromesso per difetto di legittimazione passiva, posto che il presupposto per la propria partecipazione al presente processo, ossia l'entrata in vigore dell'art. 2, comma 1, lett. h) della l.r. n. 21 del 2009, è sorto soltanto in epoca successiva all'adozione del provvedimento impugnato.

Sempre in via preliminare il Consiglio Regionale ha pure eccepite la globale inammissibilità del ricorso proposto in primo grado dalla LAC in quanto la domanda di annullamento parziale del provvedimento impugnato celerebbe in realtà la richiesta al giudice di un intervento additivo – emendativo, per l'appunto non rientrante nelle funzioni proprie del giudice amministrativo.

In subordine, anche tale parte appellata conclude comunque per la reiezione nel merito dell'appello.

2.4. Si è costituito nel presente grado di giudizio anche l'I.S.P.R.A., chiedendo parimenti la reiezione dell'appello.

2.5. Analoghe conclusioni ha rassegnato pure la Regione Lombardia, ultima a costituirsi.

2.6. Non si sono viceversa costituite nel presente grado di giudizio la Federazione Italiana della Caccia, la Annu – Associazione dei migratoristi italiani per la conservazione dell'ambiente naturale della Lombardia, l'Associazione Cacciatori Lombardi – Sezione provinciale di Brescia e l'Associazione Nazionale Enalcaccia Pesca e Tiro – Sezione provinciale di Brescia.

2.7. Con atto depositato in data 24 novembre 2015 il patrocinio della LAC ha chiesto la riunione del presente appello con quello da essa stessa proposto sub R.G. 4795 del 2011 ed avente ad oggetto la predetta sentenza 27 maggio 2010 n. 1056, resa sempre dalla Sez. II del T.A.R. di Brescia e riguardante gli anzidetti valichi di di Colle San Zeno e di Gogo del Maniva.

2.8. Peraltro, con susseguente atto prodotto sub R.G. 4795 del 2011 in data 23 maggio 2019 la medesima LAC ha rinunciato a tale appello, chiamato anch'esso per la decisione all'odierna pubblica udienza.

2.9. All'odierna pubblica udienza la causa è stata trattenuta per la decisione.

3.1. Tutto ciò premesso, il Collegio deve innanzitutto farsi carico di scrutinare le diverse eccezioni preliminari sollevate dal Consiglio Regionale della Lombardia e dalla Provincia di Brescia.

3.2.1. Per quanto attiene al Consiglio Regionale della Lombardia, tale parte appellata, reiterando sostanzialmente le eccezioni preliminari da essa infruttuosamente dedotte nel precedente grado di giudizio, chiede di essere estromessa dalla presente causa per difetto di legittimazione passiva.

A tale riguardo lo stesso Consiglio Regionale rileva che, in effetti, a' sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h), della l.r. 16 settembre 2009, n. 21 è stato novellato l'art. 43, comma 3, della l.r. 16 agosto 1993, n. 26 nel senso che il medesimo Consiglio Regionale è subentrato alle Province nella competenza ad individuare i valichi montani: ma ciò con decorrenza 19 settembre 2009, mentre il provvedimento qui impugnato nel giudizio di primo grado è stato emanato dal Consiglio Provinciale di Brescia in data 31 marzo 2009, seguito da altra deliberazione della Giunta Provinciale del 24 agosto 2009. Tali provvedimenti – rimarca il medesimo Consiglio Regionale – sono stati comunque adottati da altra amministrazione e in epoca ben antecedente alla data di entrata in vigore della nuova disciplina contemplante la propria competenza a provvedere.

Né – sempre secondo lo stesso Consiglio Regionale – il tentativo della LAC di estendere nei propri riguardi gli eventuali effetti "propulsivi" che potrebbero ricondursi all'ipotetico annullamento del provvedimento emesso dal Consiglio Provinciale ad un soggetto istituzionale diverso da quello *ab origine* evocato in giudizio non potrebbe che essere considerato altrettanto inammissibile proprio in quanto asseritamente incompatibile con la stessa logica e struttura del processo amministrativo.

In tal senso, infatti, il trasferimento della competenza a provvedere *medio tempore* disposto dal sopravvenuto art. 2 della l.r. n. 21 del 2009 non potrebbe comportare un automatico avvicendamento del Consiglio Regionale anche nella posizione processuale della Provincia di Brescia, alla quale devono essere comunque imputati gli effetti del provvedimento da essa adottato.

In tal senso – sempre secondo la tesi del Consiglio Regionale – neppure andrebbe sottaciuto che l'estensione del giudicato al soggetto sostituto sarebbe possibile soltanto se quest'ultimo dovesse porre in essere un'attività del tutto vincolata o comunque di mero adempimento rispetto alla statuizione giudiziale che deve essere ottemperata (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2002, n. 6412 e 6 maggio 1997, n. 690) e non allorquando il sostituto medesimo fruisce – come, per l'appunto, nel caso di specie – di un ampio grado di discrezionalità nella scelta delle determinazioni adottabili. A quest'ultimo riguardo, sempre secondo la tesi del Consiglio Regionale, la strategia processuale della LAC si risolverebbe, in buona sostanza, in uno strumento di inammissibile menomazione della non ancora esercitata azione amministrativa promanante dal predetto art. 2 della l.r. n. 21 del 2009.

3.2.2. Il Collegio - per parte propria - non sottace che, in effetti, il provvedimento impugnato nel presente giudizio in primo grado si identifica con una deliberazione del Consiglio Provinciale (e, quindi, di un soggetto istituzionale diverso dal Consiglio Regionale) risalente al 31 marzo 2009, adottata quindi in epoca antecedente alla nuova disciplina sulla competenza a provvedere nella materia di cui trattasi.

Tuttavia la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado al Consiglio Regionale è stata nella specie effettuata dalla LAC unitamente alla copia dell'ordinanza cautelare n. 432 dd. 25 giugno 2009, per l'appunto "*propulsiva*" in quanto con essa il T.A.R. aveva chiesto all'amministrazione provinciale di rideterminarsi sulla domanda presentata dalla medesima parte ivi ricorrente e dopo che all'udienza camerale del 30 settembre 2009 (e prima, quindi, che lo stesso giudice con susseguente ordinanza collegiale n. 215 dd. 12 novembre 2009 prendesse atto della successiva deliberazione della Giunta Provinciale n. 418 dd. 24 agosto 2009) il patrocinio della medesima Provincia puntualizzasse che da 11 giorni (ossia dall'anzidetta data del 19 settembre 2009) la competenza a provvedere era stata trasferita *ex lege* al Consiglio Regionale, con conseguente sussistenza di un sopravvenuto esonero - parimenti introdotto dal legislatore - dell'obbligo dell'amministrazione provinciale di rideterminarsi, ancorché statuito dal giudice.

Se è pur vero che nel frattempo la Giunta Provinciale aveva comunque ottemperato già in data 24 agosto 2009 alla richiesta del T.A.R., va in ogni caso denotato che l'improcedibilità della domanda cautelare della LAC, dichiarata dal medesimo T.A.R. con l'anzidetta ordinanza collegiale n. 215 dd. 12 novembre 2009, lasciava comunque impregiudicata la sorte nel merito dell'impugnata deliberazione del Consiglio Provinciale n. 17 dd. 31 marzo 2009, con la conseguente sussistenza di un ben evidente interesse del Consiglio Regionale - assodatamente divenuto già a quel momento nuovo titolare della competenza a provvedere - a partecipare ad un giudizio incentrato su di un provvedimento che, ove caducato *ope iudicis*, doveva essere sostituito mediante una riedizione dell'azione amministrativa non più di competenza dell'amministrazione che lo aveva adottato, bensì dell'amministrazione *ex lege* subentrante (*rectius*: già subentrata) nella relativa competenza, essendo quest'ultima naturalmente inclusiva anche dell'obbligo dell'attuazione del *dictum* del giudice.

Da qui, pertanto, l'indubbio interesse del Consiglio Regionale a contraddire o ad assentire nel processo di primo grado - e, *a fortiori*, anche nel presente grado di giudizio - nei riguardi della domanda di annullamento proposta dalla LAC, posto che in ogni caso si controverteva (e si controverte a tutt'oggi) su competenze ormai spettanti al Consiglio medesimo.

Sotto questo aspetto, pertanto, se è vero che il provvedimento *ab origine* impugnato è imputabile nelle sue conseguenze all'amministrazione provinciale, è altrettanto vero che competerà in ogni caso al Consiglio Regionale eseguire la statuizione giudiziale che sarà emanata su di esso, a prescindere dal contenuto di quest'ultima.

Questa legittimazione processuale del Consiglio Regionale neppure è posta in discussione dall'anzidetta - e qui peraltro condivisa - giurisprudenza secondo cui l'estensione del giudicato al sostituto sarebbe possibile soltanto se quest'ultimo dovesse porre in essere un'attività del tutto vincolata o comunque di mero adempimento rispetto alla statuizione giudiziale: e ciò proprio in quanto nel caso di specie non si verte in tema di estensione di giudicato ad un soggetto estraneo al processo, bensì chiamato nel processo proprio in quanto titolare di una propria competenza istituzionale sia pure sopravvenuta, ma non certo vincolata nei propri poteri di determinazione, bensì assolutamente libera nella propria discrezionalità nel provvedere, salvi beninteso restando i limiti di legge.

Né può dirsi che la chiamata in giudizio del Consiglio Regionale da parte della LAC si traduca nella specie in uno strumento di inammissibile menomazione della non ancora esercitata azione amministrativa.

Se è vero infatti che, a' sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., "*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*", allo stesso tempo la partecipazione del Consiglio Regionale al presente processo non limita la discrezionalità di tale istituzione a provvedere, ma - anzi - utilmente consente al Consiglio Regionale medesimo di presentare già nel presente contesto processuale le proprie deduzioni circa la legittimità, o no, del provvedimento impugnato anche sulla base della propria, anzidetta piena discrezionalità ad esso conferita dalla sopravvenuta legge attributiva della competenza a provvedere.

Né da ultimo va sottaciuto che nella specie sussiste un ulteriore interesse per la partecipazione del Consiglio Regionale al presente processo, che risiede nella circostanza dell'avvenuta proposizione, da parte dell'attuale appellante, di un'eccezione di costituzionalità su di una legge approvata da tale organo legislativo.

3.3. Viceversa va accolta l'eccezione preliminare della Provincia di Brescia in ordine all'inammissibilità dell'appello per violazione della statuizione della sentenza del medesimo T.A.R. n. 1056 del 2019 - in precedenza resa - relativamente all'individuazione dei valichi montani di Colle San Zeno e di Giogo del Maniva quali valichi interessati dalle rotte migratorie.

Come è ben noto, infatti, il principio del *ne bis in idem*, ricavato dagli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c., in applicazione del quale è vietato al giudice di pronunciarsi due volte sulla medesima controversia, è applicabile anche al processo amministrativo, in virtù del rinvio esterno contenuto nell'art. 39, comma 1, c.p.a., perché espressivo di esigenze comuni a qualsiasi ordinamento processuale, consistenti nel prevenire l'inutile ripetizione di attività processuali e possibili contrasti di giudicati; di conseguenza, il divieto di giudicare due volte su di una medesima fattispecie resa oggetto di giudizio si traduce nell'onere per il ricorrente di dedurre in giudizio il dedotto ed il deducibile, e cioè di formulare tutte le domande necessarie a tutelare la posizione giuridica azionata, sulla quale è destinato a formarsi il giudicato ai sensi del cit. art. 2909 c.c. e, in applicazione dello stesso è preclusa non solo la riproposizione di domande già definite con la sentenza passata



in giudicato, ma anche la proposizione per la prima volta di quelle che di tale giudicato costituiscono il presupposto logico e indefettibile e, come tali, sono assoggettate all'effetto previsto dall'anzidetto art. 2909 c.c. (così, puntualmente, Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2015, n. 1558).

Con deliberazione n. 418 dd. 24 agosto 2019 la Giunta Provinciale di Brescia ha infatti disposto *“di vietare la caccia vagante all'avifauna migratoria nel raggio di mille metri dalla sommità del ‘Colle San Zeno e Foppella nel territorio dei Comuni di Pezzaze, Pisogne e Tavernole, ad eccezione della beccaccia con uso del cane; di disporre la stessa misura con la medesima eccezione in località Giogo del Maniva, in territorio dei Comuni di Collio e Bagolino; di proseguire nell'attività di monitoraggio svolta dal Centro ornitologico istituito al Colle di San Zeno in collaborazione con l'I.N.F.S., ora I.S.P.R.A.”*.

Come detto innanzi, tale deliberazione è stata impugnata dalla LAC con ulteriore e distinto ricorso innanzi al T.A.R., con ciò all'evidenza reputando le surriferite misure non sufficientemente soddisfattive per l'ottimale tutela della fauna avicola migrante: ma il relativo ricorso è stato – per l'appunto – respinto dal giudice adito mediante l'anzidetta sentenza n. 1056 del 2009, e la LAC pertanto non può ora violare tale statuizione proponendo di fatto la medesima domanda giudiziale (ossia quella di inclusione tra i valichi protetti delle predette località di Colle di San Zeno e di Giogo del Maniva) anche nel presente procedimento, con ciò perseguendo in questa sede il tentativo – del tutto inammissibile - di ottenere una statuizione giudiziale che elimini per tali due località la deroga consentita della caccia alla beccaccia con l'utilizzo del cane (per l'appunto, già reputata legittima dalla predetta sentenza n. 1056 del 2009).

3.4. Sempre in via preliminare, va respinta l'ulteriore eccezione sollevata dal Consiglio Regionale di inammissibilità del ricorso in primo grado e del conseguente appello proposti dalla LAC con riguardo alla circostanza che la domanda di annullamento parziale del provvedimento impugnato celerebbe in realtà la richiesta al giudice di un intervento additivo – emendativo, per l'appunto non rientrante nelle funzioni proprie del giudice amministrativo.

Risulta evidente, infatti, che nell'ipotesi di accoglimento della domanda giudiziale di annullamento sarà comunque la riedizione dell'azione amministrativa, mediante un nuovo esercizio di potere discrezionale, ad eventualmente integrare il contenuto del provvedimento già impugnato.

Il *dictum* del giudice sarà in tale ipotesi indicativo soltanto delle illegittimità riscontrate nella precedente edizione di tale discrezionalità, in modo da evitarne l'eventuale ripetizione: e ciò proprio nella necessitata osservanza dell'anzidetto principio di ordine generale che, a' sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a., fa divieto a questo giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

4.1. Posto ciò, venendo alla trattazione del merito di causa, il Collegio reputa innanzitutto di respingere l'assunto della LAC secondo cui i valichi protetti contemplati dall'art. 21, comma 3, della l. 11 febbraio 1992, n. 157 e dell'art. 43, comma 3, della l.r. 16 agosto 1993, n. 26, risulterebbero di fatto omologabili – quanto al regime di tutela da apprestare al riguardo – alle Zone di protezione speciale (ZPS).

Come a ragione ha evidenziato il giudice di primo grado, le ZPS costituiscono un istituto ben distinto e previsto da una disciplina a sé stante, costituita dall'art. 1, comma 5, della l. n. 157 del 1992, in forza del quale, nel testo in vigore all'epoca dei fatti di causa e, quindi, prima delle modifiche ad esso apportate dall'art. 42, comma 1, della l. 4 giugno 2010, n. 96 e successivamente dall'art. 26, comma 1, lett. a), della l. 6 agosto 2013, n. 97 *“in attuazione delle direttive 79/409/CEE, 85/411/CEE e 91/244/CEE sono istituite lungo le rotte di migrazione dell'avifauna, segnalate dall'Istituto nazionale per la fauna selvatica, zone di protezione finalizzate al mantenimento ed alla sistemazione, conforme alle esigenze ecologiche degli habitat interni a tali zone e ad esse limitrofi e si provvede al ripristino dei biotopi distrutti e alla creazione di biotopi. Tali attività concernono particolarmente le specie elencate nell'allegato I delle citate direttive”*.

Le ZPS costituiscono pertanto un istituto che è invero accomunato con quello qui in esame in ordine allo scopo di tutela dell'avifauna migratrice, ma con funzione diversa, dato che si tratta di zona in cui gli uccelli non si limitano a transitare in volo, ma possono soggiornare con una qualche stabilità, come si ricava dal richiamo al *“mantenimento”* e alla *“sistemazione”*.

Né le susseguenti, anzidette modifiche alla surriferita disciplina hanno mutato tale stato di cose, posto che nel testo ad oggi vigente del comma 5 dell'art. 1 della l. n. 157 del 1992, conseguente – tra l'altro, alla *medio tempore* intervenuta abrogazione della direttiva 79/409/CEE, il *“mantenimento”* e la *“sistemazione”* anzidetti avvengono ora *“tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 2”* della medesima l. n. 157 del 1992 (ossia delle specie di uccelli indicati al comma 1, lett. b), di tale articolo) *“e in conformità agli articoli 3 e 4 della direttiva 2009/147/CE”*.

4.2. Viceversa, in riforma della sentenza impugnata, vanno senz'altro accolte le censure dedotte nell'atto introduttivo di quel giudizio con riguardo alla non esaustività della motivazione con la quale nell'impugnata deliberazione del Consiglio Provinciale di Brescia n. 17 dd. 31 marzo 2009 non sono state incluse nella programmazione altre aree pur individuate come assoggettabili a tutela nel parere reso dall'I.N.F.S. in data 29 febbraio 2008.

Nella sentenza qui impugnata, si legge a pag. 10 e ss. che *“i valichi montani di cui si ragiona non sono stati ritenuti suscettibili di una individuazione a priori, la quale secondo logica avrebbe portato a indicarli in via diretta nel testo di legge, e ciò appare senz'altro corretto, dato che le rotte di migrazione dell'avifauna sono per natura un dato mutevole, con la conseguenza che la necessità di sottoporre a tutela un dato valico deve quindi essere apprezzata caso per caso, attraverso una corretta e completa istruttoria, che prenda le mosse dalla rilevazioni dei transiti migratori degli uccelli”*.

al fine di imporre il divieto totale di caccia in relazione ai valichi individuati come migratori. Nel caso di specie non appaiono ravvisabili i dedotti vizi, avendo l'Amministrazione provveduto, come emerge da un esame più completo del provvedimento che vada oltre l'analisi della mera sintetica motivazione presa in considerazione da parte ricorrente, alla necessaria ponderazione degli interessi coinvolti, così come evidenziati dall'istruttoria condotta, nel rispetto della legge, dalla Provincia. Ciò che appare determinante è che la Provincia, dopo aver incluso tra le zone oggetto del divieto di caccia tutte quelle interessate dalle rotte migratorie nella zona "Alpi di maggior tutela", non ha apoditticamente escluso le altre zone del territorio, ma ha ritenuto insufficienti i dati scientifici disponibili (ritenuti presupposto necessario dallo stesso I.N.F.S.) e disposto, nel limite delle risorse a disposizione, un'intensificazione dell'attività di monitoraggio con riferimento a taluni di essi. Ne è così derivata – esclusa ogni considerazione rispetto ai valichi Giogo del Maniva e Colle San Zeno, per i quali il ricorso (censura n. 3) è divenuto improcedibile - una mancata ricomprensione di siti quali Sella di Mandro e valico Capovalle (al contrario di quanto sostenuto da parte ricorrente, in effetti ricompreso in zona Alpi di minor tutela) giustificata da una comparazione degli interessi contrapposti influenzata dall'assenza di dati disponibili, nonché del Passo del Tonale e del Passo Crocedomini in ragione della sostanziale assenza di attività venatoria, prova indiretta, ma in effetti rilevante, dell'assenza di flussi migratori o comunque dell'inesistenza della necessità di adozione di misure di protezione".

Come a ragione ha rimarcato la LAC nel proprio appello, l'I.N.F.S., dopo la particolare menzione dei due casi di Giogo del Maniva e di Colle di San Zeno qui – per quanto detto innanzi – non più disaminabili, nel proprio parere ha espressamente segnalato all'amministrazione provinciale anche "le altre località identificate quali "colli di bottiglia" nella Provincia di Brescia: Passo del Tonale, Sella di Mandro, Passo delle Portole, Passo della Berga, Passo della Spina, Monte Crestoso, Monte Fa, Passo della Puria, Passo Scarpanè, Valico di Capovalle, Passo di Crocedomini, Passo del Vivione (BG-BS), Giogo della Presolana (BG-BS)" (cfr. ivi, doc. 6 di parte ricorrente nel fascicolo di primo grado).

Il Consiglio Provinciale di Brescia, a sua volta, nel provvedimento impugnato non fa invero riferimento – come affermato dal giudice di primo grado - ad un'"insufficienza" dei "dati scientifici disponibili", ma giustifica le esclusioni dei sei siti in questione (ossia quelli residuati dopo gli anzidetti Giogo del Maniva e Colle di San Zeno) con ben altri argomenti, all'evidenza del tutto apodittici e abbisognevole – quindi – di ben più approfondite motivazioni, tali da poter soddisfare i ben puntuali obblighi enunciati dall'art. 3 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e allo stesso tempo tali da ovviare ai concomitanti vizi di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di illogicità, ovvero anche di contraddittorietà.

Va pertanto evidenziato che:

- 1) il valico di Sella di Mandro non è stato inserito in quanto apoditticamente fatto rientrare in "Zona di pianura", con ciò senza enunciazione delle relative ragioni, contraddicendo l'I.N.F.S., che lo aveva viceversa incluso nella "Zona delle Alpi".
- 2) Il valico di Capovalle non è stato inserito poiché fatto altrettanto apoditticamente ricadere in "Zona Alpi di minor tutela", senza alcuna comprova di tale assunto e senza peraltro smentire i passaggi *in loco* dell'avifauna migratoria.
- 3) Il valico del Passo del Tonale non è stato inserito perché non risulterebbe "storicamente di alcun interesse per il prelievo dell'avifauna migratoria, come palesemente conferma la totale assenza in quella zona di impianti d'aucupio e di appostamenti fissi di caccia".

Tale assunto risulta peraltro di per sé illogico in quanto se un valico è comunque riconosciuto come frequentato dalla fauna avicola migratoria, la disciplina di salvaguardia prevista *ex lege* va ivi imposta anche a prescindere dalla circostanza che i cacciatori ivi si rechino – o meno – per praticarvi l'attività venatoria.

4) Il valico di Sella di Mandro non è stato a sua volta inserito per ragioni omologhe a quelle del Valico del Tonale, concretando anche in questo caso l'adozione di una determinazione parimenti illogica.

5) I siti di Monte della Piana e di Malga Mola sono stati considerati come aree da includere nella parte motiva della deliberazione impugnata, ma non nel dispositivo della medesima.

4.4. Le dianzi descritte illegittimità hanno carattere assorbente rispetto a tutte le residue censure dedotte nel primo grado di giudizio, e determinano pertanto in capo al subentrato Consiglio Regionale della Lombardia l'obbligo di rideterminarsi in ordine al precedente provvedimento adottato dal Consiglio Provinciale di Brescia nei punti descritti al § 4.3 della presente sentenza.

5. Le spese e gli oneri del doppio grado di giudizio seguono la regola della soccombenza di lite, e sono liquidati nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e - per l'effetto – in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado nei limiti di cui in motivazione.

Condanna la Provincia di Brescia, l'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale - I.S.P.R.A., il Consiglio Regionale della Lombardia e la Regione Lombardia al pagamento delle spese e degli onorari di entrambi i gradi di giudizio, complessivamente liquidati *pro quota* nei riguardi di ciascuna di tali parti appellate nella misura di € 2.000,00 (duemila/00).

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

