

# DIRITTO E GIURISPRUDENZA AGRARIA, ALIMENTARE E DELL'AMBIENTE

MENSILE DIRETTO DA GIOVANNI GALLONI

n. **3**

**MARZO 2010 - ANNO XIX**

Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003

(conv. in legge 27/02/2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Roma

ISSN 1828-4698

EDIZIONI

---

TELLUS

**DIRETTORE**  
GIOVANNI GALLONI

**VICE DIRETTORE**  
AMEDEO POSTIGLIONE

**DIREZIONE SCIENTIFICA**

ALBERTO ABRAMI - FERDINANDO ALBISINNI - GIANFRANCO AMENDOLA - GIUSEPPE BIVONA - ETTORE CASADEI  
GIAN GIORGIO CASAROTTO - LUIGI COSTATO - MARIARITA D'ADDEZIO - PAOLO DELL'ANNO - FRANCESCO DE SIMONE  
NICOLETTA FERRUCCI - ANTONIO FONTANA - LUCIO FRANCIOSI - CARLO GATTA - ALBERTO GERMANÒ - GIUSEPPE GIUFFRIDA  
MARCO GOLDONI - ALFIO GRASSO - CARLO ALBERTO GRAZIANI - ANTONIO JANNARELLI - DOMENICO LA MEDICA  
PIETRO MASI - ALFREDO MASSART - LEONARDO MAZZA - MARIA PIA RAGONIERI - EVA ROOK BASILE  
RAFFAELE ROSSI - FERNANDO SALARIS - GIULIO SGARBANTI - MICHELE TAMPONI - ROBERTO TRIOLA - GAETANO VARANO

**COMITATO DI REDAZIONE**

MATTEO BENOZZO - MARCO BORRACCETTI - FRANCESCO BRUNO - GIANFRANCO Busetto - DONATO CALABRESE  
IRENE CANFORA - MARIO CARDILLO - SONIA CARMIGNANI - IVAN CIMATTI - ANTONINO CIMELLARO - OSCAR CINQUETTI  
ANTONINO CORSARO - FULVIO DI DIO - GIUSEPPE FERRARA - LUCIANA FULCINITI - IGINO GRENDENE - FRANCESCO MAZZA  
PATRIZIA MAZZA - MAURIZIO MAZZI - ANTONIO ORLANDO - LORENZA PAOLONI - NICOLETTA RAUSEO  
ILARIA ROMAGNOLI - ANNALISA SACCARDO - FRANCESCO SAVERIO SESTI - ANTONELLA VOLPE

**COORDINAMENTO REDAZIONALE:** STEFANO MASINI

**DIRETTORE RESPONSABILE**  
PAOLA MANDRICI

**Direzione, Redazione e Segreteria: Via XX Settembre 118 - 00187 Roma**  
**Tel. 06 48070744 - 06 4828866 - Fax 06 4828865**  
**Internet: [www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it) o [www.edizionitellus.it](http://www.edizionitellus.it) - E-mail: [rivistadga@edizionitellus.it](mailto:rivistadga@edizionitellus.it)**

**Sede Legale e Amministrativa: Edizioni Tellus s.r.l.**  
**Via XXIV Maggio, 43 - 00187 Roma**  
**Tel. 06 4883424 - Fax 06 4822582**

Publicazione registrata presso il Tribunale di Roma al n. 129 del 5 marzo 1992 Registro Stampa  
Stampa: Veant s.r.l. - Via G. Castelnuovo, 35/35a - 00146 Roma



*Nel rispetto dell'ambiente la presente rivista è stampata interamente su carta riciclata certificata e priva di cloro*

**CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2010**

Abbonamento annuo versione cartacea € 100,00 - Abbonamento estero € 120,00 - Abbonamento annuo versione *integrale* (cartaceo + *on line*) € 130,00 - Abbonamento estero € 150,00 - Abbonamento annuo versione *on line* € 70,00 - Annate arretrate (disponibili) € 110,00. L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto agli arretrati e s'intende tacitamente rinnovato per l'anno successivo, salvo disdetta da esercitarsi entro il 30 novembre.

Per l'abbonamento nella versione *integrale* (cartaceo + *on line*) collegarsi al sito *internet: [www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it)*.

Il pagamento può essere effettuato direttamente all'Editore in contanti o con assegno "non trasferibile" o vaglia postale, oppure mediante versamento sul *c/c postale n. 97027007* intestato a *Edizioni Tellus s.r.l. - Via XXIV Maggio 43 - 00187 Roma*, indicando a tergo del modulo, in modo leggibile, il nome, cognome e indirizzo completo.

Il prezzo del presente fascicolo è di € 10,50.

L'invio dei fascicoli avviene mediante spedizione in abbonamento postale. I fascicoli non ricevuti devono essere richiesti con lettera o fax, entro trenta giorni dal ricevimento del fascicolo successivo.

Per eventuali controversie è competente il Foro di Roma.

A norma dell'art. 74, primo comma, lett. c) del d.p.r. n. 633/1972 (nella nuova formulazione introdotta con l'art. 34 del d.l. 2 marzo 1989, n. 69, convertito nella legge 27 aprile 1989, n. 154), e dei dd.mm. 29 dicembre 1989 e 12 gennaio 1990, il commercio dei periodici è soggetto ad un'iva del 4% condensata, a carico esclusivo dell'Editore. Ne consegue, pertanto, che all'abbonato non è consentita la detrazione dell'imposta (circolare ministeriale n. 63/490676 del 7 agosto 1990).



Associata all'USPI - Unione della Stampa Periodica Italiana

ASSOCIATO A:  
**A.N.E.S.**  
ASSOCIAZIONE NAZIONALE  
EDITORIA PERIODICA SPECIALIZZATA  
  
CONFINDUSTRIA

*Gli articoli firmati esprimono il pensiero degli autori e non riflettono necessariamente l'opinione della Rivista*

Altre sentenze di interesse sono reperibili sul sito:  
[www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it)

## SOMMARIO

### Parte I - DOTTRINA

ALBERTO PIEROBON: L'affidamento <i>in house</i> di un impianto di smaltimento dei rifiuti «pubblici», quale occasione per una ricostruzione aggiornata degli istituti, oltre che quale proposta pratico-teorica .....	147
NOTE A SENTENZA	
DOMENICO BELLANTUONO: Quote latte, irrilevanza del carattere deficitario dello Stato membro nella determinazione del quantitativo di riferimento nazionale .....	164
FULVIO DI DIO: Benessere animale e legislazione comunitaria: un nuovo inizio per le nostre relazioni inter-specifiche? ..	167
GIANFRANCO Busetto: L'insostenibile pretesa di sanare una morosità negata .....	172
PAOLA COLANERI: Il fattore tempo e la distribuzione dei rischi nella prelazione agraria .....	174
ROBERTO SAJJA: Ancora in tema di conservazione dell'unità aziendale. La sussistenza del vincolo pertinenziale come requisito oggettivo per l'esercizio della prelazione avente ad oggetto fabbricati rurali .....	178
LEONARDO MAZZA: Taglio di legna e spianamento di terreno boschivo .....	182
PATrizia MAZZA: Sull'esercizio della caccia con richiami non autorizzati .....	183
IVAN CIMATTI: Brevi note sull'assistenza delle organizzazioni professionali nella fase della stipula degli accordi in deroga ex art. 45, legge 203/1982 .....	187
NATALIA MARZIA GUSMEROTTI: Profili di ricostruzione della disciplina applicabile alla coltivazione di sementi geneticamente modificate .....	189
FRANCESCA PAOLA AMORUSO: L'ordine di rimozione dei rifiuti e la responsabilità del proprietario .....	196
ANTONIO ORLANDO: Requisiti per il riconoscimento della ruralità dei fabbricati .....	200

### RASSEGNA

GIUSEPPE FERRARA: Rassegna di fiscalità agraria .....	203
---	-----

### Parte II - GIURISPRUDENZA (\*)

#### ACQUE

Acque - Tutela delle acque dall'inquinamento - Reflui stoccati in attesa di successivo smaltimento - Applicabilità della disciplina sui rifiuti. <i>Cass. Sez. III Pen. 10 settembre 2009, n. 35138 (M)</i> .....	209
---	-----

Acque - Tutela delle acque dall'inquinamento - Scarico senza autorizzazione di reflui provenienti da attività d'allevamento del bestiame - Modifiche apportate al d.lgs. n. 152 del 2006 dal d.lgs. n. 4 del 2008 - Assimilazione di tali reflui alle acque reflue domestiche - Depenalizzazione - Sussiste. <i>Trib. Bologna 20 gennaio 2010, n. 142 (M)</i> .....	209
---	-----

#### AGRICOLTURA E FORESTE

Agricoltura e foreste - Organizzazione comune dei mercati - Quote latte - Prelievo - Validità del reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788 - Obiettivi della politica agricola comune - Principi di non discriminazione e di proporzionalità - Determinazione del quantitativo di riferimento nazionale - Criteri - Rilevanza del criterio di uno Stato membro deficitario. <i>Corte di giustizia CE, Sez. I 14 maggio 2009, in causa C-34/08</i> , con nota di D. BELLANTUONO .....	162
--	-----

Agricoltura e foreste - Organizzazione comune dei mercati - Quote latte - Principio di non discriminazione - Reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788. <i>Corte di giustizia CE, Sez. I 14 maggio 2009, in causa C-34/08</i> , con nota di D. BELLANTUONO .....	162
---	-----

Agricoltura e foreste - Organizzazione comune dei mercati - Quote latte - Principio di proporzionalità - Reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788. <i>Corte di giustizia CE, Sez. I 14 maggio 2009, in causa C-34/08</i> , con nota di D. BELLANTUONO .....	162
---	-----

(\*) Con (M) vengono indicate le decisioni riportate nella rubrica Massimario.

	pag.		pag.
Agricoltura e foreste - Contratto di mutuo - Ammortamento e oneri a carico del bilancio dello Stato - Mancata registrazione del decreto ministeriale - Inefficacia del contratto - Inadempimento contrattuale da parte dell'amministrazione pubblica e di un Consorzio di bonifica - Non sussiste. <i>Corte d'app. Roma, Sez. I 2 novembre 2009, n. 4300</i> , con nota redazionale .....	185	Ambiente - Imposizione vincolo ambientale - Carattere insindacabile - Ponderazione interessi privati - Necessità - Esclusione. <i>Cons. Stato, Sez. V 12 giugno 2009, n. 3770 (M)</i> .....	210
Agricoltura e foreste - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Autorizzazione alla messa in coltura - Esclusiva competenza statale - Regioni - Interesse a resistere e contro interesse - Insussistenza. <i>Cons. Stato, Sez. VI 19 gennaio 2010, n. 183</i> , con nota di N.M. GUSMEROTTI .....	188	AMMINISTRAZIONE PUBBLICA	
Agricoltura e foreste - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Direttiva (CE) n. 2001/18 - Regolamento (CE) n. 1829/2003 - Valutazione esaustiva degli aspetti ambientali e di salute - Raccomandazione (CE) n. 2003/556 - Coesistenza - Applicazione ai soli aspetti economici. <i>Cons. Stato, Sez. VI 19 gennaio 2010, n. 183</i> , con nota di N.M. GUSMEROTTI .....	188	Amministrazione pubblica - Organi - <i>Prorogatio</i> - Atti adottati in proroga di fatto - Sono fatti salvi. <i>Cons. Stato, Sez. V 12 giugno 2009, n. 3770 (M)</i> .....	210
Agricoltura e foreste - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Coesistenza - Liceità dell'utilizzazione in agricoltura degli OGM autorizzati a livello comunitario - Piani di coesistenza regionali - Mancata adozione - Ostacolo all'adozione dell'autorizzazione alla messa in coltura - Non sussiste. <i>Cons. Stato, Sez. VI 19 gennaio 2010, n. 183</i> , con nota di N.M. GUSMEROTTI .....	188	BELLEZZE NATURALI	
Agricoltura e foreste - Credito agrario - Provvidenze previste dalla legge n. 31/1991 - Diritto potestativo al finanziamento da parte dell'imprenditore agricolo nei confronti della banca - Configurabilità - Esclusione - Fondamento. <i>Cass. Sez. I Civ. 11 settembre 2009, n. 19689 (M)</i> .....	208	Bellezze naturali (protezione delle) - Beni ambientali - Interventi abusivi in area boscata - Reato paesaggistico - Configurabilità - Fattispecie: taglio a raso, sradicamento di alberi e livellamento del terreno. <i>Cass. Sez. III Pen. 17 novembre 2009, n. 43863</i> , con nota di L. MAZZA .....	182
AMBIENTE		Bellezze naturali (protezione delle) - Reati ambientali - Zone sottoposte a vincolo - Zone «umide» - Elenco allegato al d.p.r. 13 marzo 1976, n. 448 attuativo della Convenzione di Ramsar - Mancata inclusione in tale elenco - Insussistenza del reato - Condizioni. <i>Cass. Sez. III Pen. 7 ottobre 2009, n. 38921 (M)</i> .....	209
Ambiente - Direttiva 96/61/CE - Prevenzione e riduzione dell'inquinamento - Nozioni di «pollame» e di «posti» - Inclusione di quaglie, pernici e piccioni nell'ambito di applicazione della direttiva - Numero massimo di volatili per posto - Regimi di dichiarazione e di autorizzazione preventive degli impianti per l'allevamento intensivo di pollame. <i>Corte di giustizia CE, Sez. II 22 gennaio 2009, in causa C-473/07</i> , con nota di F. DI DIO .....	166	CACCIA E PESCA	
Ambiente - Inquinamento - Smaltimento rifiuti - Rimozione - Ordine - Competenza - Dirigente dell'ufficio tecnico. <i>Cons. Stato, Sez. V 12 giugno 2009, n. 3765 (M)</i> .....	210	Caccia e pesca - Caccia - Esercizio con richiami non identificabili mediante anello inamovibile - Illecito penale - Esclusione - Illecito amministrativo <i>ex art. 31</i> , comma 1, legge n. 157 del 1992 - Integrazione. <i>Cass. Sez. III Pen. 17 marzo 2009, n. 11581</i> , con nota di P. MAZZA .....	183
Ambiente - Inquinamento - Smaltimento rifiuti - Bonifica terreni - Ordine - Destinatario - Curatela fallimentare - Esclusione. <i>Cons. Stato, Sez. V 12 giugno 2009, n. 3765 (M)</i> .....	210	CONTRATTI AGRARI	
Ambiente - Opere pubbliche - Impugnazione - Interesse - Criterio della <i>vicinitas</i> - Legittimità. <i>Cons. Stato, Sez. V 16 giugno 2009, n. 3849 (M)</i> .....	210	Contratti agrari - Giudizio per morosità - Istanza dell'affittuario moroso inequivoca e volta a porre fine alla lite nel merito - Necessità - Conseguenze - Istanza formulata subordinatamente al mancato rigetto della domanda del concedente - Inidoneità - Difesa dell'affittuario incompatibile con l'affermazione della esistenza della morosità - Inconcedibilità del termine. <i>Cass. Sez. III Civ. 19 gennaio 2010, n. 714</i> , con nota di G. Busetto .....	171
Ambiente - Opere pubbliche - Valutazione impatto ambientale - Riferimento all'intera opera - Necessità. <i>Cons. Stato, Sez. V 16 giugno 2009, n. 3849 (M)</i> .....	210	Contratti agrari - Ultrapetizione della sentenza impugnata - Sussistenza - Esclusione - Puntuale applicazione da parte del giudice dell'art. 5 della legge n. 203/82 - Esercizio autonomo del potere giudicante - Impulso o istanza di parte - Necessità - Esclusione. <i>Cass. Sez. III Civ. 19 gennaio 2010, n. 714</i> , con nota di G. Busetto .....	171
		EDILIZIA E URBANISTICA	
		Edilizia e urbanistica - Zonizzazione - Denominazione diversa da quelle del d.m. 2 aprile 1968 - Ragioni -	

	pag.		pag.
Contemperamento esigenze di tutela ambientale con produzione agricola - Legittimità. <i>Cons. Stato, Sez. IV 6 luglio 2009, n. 4308 (M)</i> .....	210	sa fattispecie - Onere gravante sul lavoratore - Esistenza di prove contrapposte - Prudente apprezzamento del giudice - Necessità. <i>Cass. Sez. Lav. 19 ottobre 2009, n. 22108 (M)</i> .....	208
<b>IMPOSTE E TASSE</b>		<b>SANITÀ PUBBLICA</b>	
Imposte e tasse - Tributi locali - Imposta comunale sugli immobili (ICI) - Fabbricati rurali - Accertamento dei requisiti di ruralità - Qualifica - Destinazione - Riconoscimento della mancanza del presupposto per l'applicazione dell'imposta. <i>Comm. trib. prov. Reggio Emilia, Sez. I 9 dicembre 2009, con nota di A. ORLANDO</i> .....	199	Sanità pubblica - Rifiuti - Abbandono di rifiuti - Art. 14, d.lgs. n. 22/97 e art. 192, d.lgs. n. 152/2006 - Proprietario dell'area - Imputabilità dell'abbandono a titolo di dolo o colpa. <i>T.A.R. Toscana, Sez. II 17 settembre 2009, n. 1448, con nota di F.P. AMORUSO</i> .....	196
<b>PRELAZIONE E RISCATTO</b>		Sanità pubblica - Sanzioni amministrative - Disciplina dei rifiuti - Art. 14 del decreto legge n. 138 del 2002 - Interpretazione autentica dell'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 22 del 1997 - Portata - Beni o sostanze e materiali riutilizzabili nel ciclo produttivo - Natura di rifiuti - Esclusione - Intenzione od obbligo di disfarsi del bene o del materiale - Rilevanza - Limiti - Accertamento della destinazione da parte del giudice di merito - Insindacabilità in cassazione - Fattispecie. <i>Cass. Sez. II Civ. 22 settembre 2009, n. 20408 (M)</i> .....	208
Prelazione e riscatto - Prelazione - Ritardo nella stipulazione dell'atto definitivo di vendita rispetto a quella indicata nel preliminare - Alterazione conseguente della parità di condizioni tra promissario acquirente e prelazionario - Esclusione - Conseguenze - Notifica al prelazionario della proposta di vendita - Mancato esercizio o decadenza dal diritto di prelazione - Vendita ad un terzo - Validità - Sussistenza - Limiti. <i>Cass. Sez. III Civ. 20 ottobre 2009, n. 22175, con nota di P. COLANERI</i> .....	173	Sanità pubblica - Gestione dei rifiuti - Responsabilità del proprietario dell'area - Terreno locato a terzi per smaltimento dei rifiuti - Mancanza di autorizzazione - Responsabilità del proprietario - Sussistenza. <i>Cass. Sez. III Pen. 22 settembre 2009, n. 36836 (M)</i> .....	209
Prelazione e riscatto - Riscatto agrario - Natura di diritto potestativo - Sussistenza - Conseguenze - Sostituzione <i>ex tunc</i> del retraente nella posizione giuridica del terzo - Trasferimento di proprietà - Efficacia - <i>Condicio iuris</i> del pagamento del prezzo - Criteri - Mancato pagamento - Effetti. <i>Cass. Sez. III Civ. 20 ottobre 2009, n. 22177, con nota di P. COLANERI</i> .....	173	Sanità pubblica - Rifiuti - Reati contro il patrimonio - Delitti - Truffa - Circostanze aggravanti - Truffa in danno dello Stato o altro ente pubblico - Truffa in danno di società per azioni incaricata del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti - Aggravante di cui all'art. 640 c.p., cpv. n. 1 - Configurabilità - Esclusione. <i>Cass. Sez. II Pen. 28 ottobre 2009, n. 41498 (M)</i> .....	209
Prelazione e riscatto - Esercizio della prelazione - Acquisto dei terreni agricoli da parte dell'affittuario coltivatore diretto - Utilizzazione per la coltivazione del fondo delle costruzioni non poste in vendita - Successivo trasferimento a titolo oneroso delle medesime da parte del proprietario concedente - Diritto di prelazione dell'affittuario - Sussistenza - Fondamento - Fattispecie. <i>Cass. Sez. III Civ. 15 maggio 2009, n. 11314, con nota di R. SAJJA</i> .....	177	<b>MASSIMARIO</b>	
Prelazione e riscatto - Riscatto - Competenza giurisdizionale - Sezioni speciali agrarie. <i>Trib. Ferrara, Sez. spec. agr. 21 aprile 2009, n. 197, con nota di I. CIMATTI</i> .....	186	- <i>Giurisprudenza civile</i> .....	208
<b>PREVIDENZA SOCIALE</b>		- <i>Giurisprudenza penale</i> .....	209
Previdenza sociale - Lavoro subordinato - Lavoro agricolo - Lavoratori agricoli a tempo determinato - Diritto alle prestazioni previdenziali - Presupposti - Prestazione lavorativa per un numero minimo di giornate - Iscrizione negli appositi elenchi (o possesso del certificato sostitutivo) - Necessità - Prova della comples-		- <i>Giurisprudenza amministrativa</i> .....	210
		<b>Parte III - PANORAMI</b>	
		<b>RASSEGNA DI LEGISLAZIONE</b>	
		- <i>comunitaria</i> .....	211
		- <i>nazionale</i> .....	211
		- <i>regionale</i> .....	211
		<b>LIBRI</b>	
		M. SANTOLOCI, V. STEFUTTI: Guida pratica contro gli «illeciti ambientali in bianco». Gli atti autorizzatori illegittimi delle pubbliche amministrazioni ( <i>F. Di Dio</i> ) .....	212

# Indice cronologico delle decisioni (\*)

Data	Autorità	pagina	Data	Autorità	pagina
<b>2009</b>					
<i>GENNAIO</i>					
22	Corte di giustizia CE, Sez. II in causa C-473/07	166	11	Cass. Sez. I Civ. n. 19689 (M)	208
<i>MARZO</i>			17	T.A.R. Toscana, Sez. II n. 1448	196
17	Cass. Sez. III Pen. n. 11581	183	22	Cass. Sez. II Civ. n. 20408 (M)	208
<i>APRILE</i>			22	Cass. Sez. III Pen. n. 36836 (M)	209
15	Cass. Sez. III Civ. n. 11314	177	<i>OTTOBRE</i>		
21	Trib. Ferrara, Sez. spec. agr. n. 197	186	7	Cass. Sez. III Pen. n. 38921 (M)	209
<i>MAGGIO</i>			19	Cass. Sez. Lav. n. 22108 (M)	208
14	Corte di giustizia CE, Sez. I in causa C-34/08	162	20	Cass. Sez. III Civ. n. 22175	173
15	Cass. Sez. III Civ. n. 11314	177	20	Cass. Sez. III Civ. n. 22177	173
<i>GIUGNO</i>			28	Cass. Sez. II Pen. n. 41498 (M)	209
12	Cons. Stato, Sez. V n. 3765 (M)	210	<i>NOVEMBRE</i>		
12	Cons. Stato, Sez. V n. 3770 (M)	210	2	Corte d'app. Roma, Sez. I n. 4300	185
16	Cons. Stato, Sez. V n. 3849 (M)	210	17	Cass. Sez. III Pen. n. 43863	182
<i>LUGLIO</i>			<i>DICEMBRE</i>		
6	Cons. Stato, Sez. IV n. 4308 (M)	210	9	Comm. trib. prov. Reggio Emilia, Sez. I	199
<i>SETTEMBRE</i>			<b>2010</b>		
10	Cass. Sez. III Pen. n. 35138 (M)	209	<i>GENNAIO</i>		
			19	Cass. Sez. III Civ. n. 714	171
			19	Cons. Stato, Sez. VI n. 183	188
			20	Trib. Bologna n. 142 (M)	209

(\*) Con (M) vengono indicate le decisioni riportate nella rubrica Massimario.

## PARTE I - DOTTRINA

# L'affidamento *in house* di un impianto di smaltimento dei rifiuti «pubblici», quale occasione per una ricostruzione aggiornata degli istituti, oltre che quale proposta pratico-teorica

di ALBERTO PIEROBON

**1. Il concetto di servizio pubblico locale: cenni introduttivi. - 2. Il quadro normativo nazionale di riferimento. - 3. La giurisprudenza nazionale. - 4. La giurisprudenza comunitaria. - 5. L'affidamento secondo l'art. 113 del T.U.E.L. - 6. Il T.U. in materia ambientale (in particolare sui rifiuti). - 7. Rapporti tra l'art. 113 del d.lgs. 267/2000 e s.m.i. e l'art. 202 del d.lgs. 152/2006 e s.m.i. - 8. Il partenariato e il diritto europeo: cenni. - 9. Il controllo analogo, l'attività prevalente, cenni all'*holding*. - 10. Normative regionali, ambiente, servizi di interesse generale, beni pubblici globali, bisogni collettivi, scelte degli enti locali: per una rilettura dei modelli di organizzazione e di gestione. - 11. Normative regionali, ambiente e servizi pubblici: cenni. - 12. Un caso applicativo e prospettive di soluzione.**

**1.** - Giova anzitutto segnalare l'inesistenza di una unitaria definizione normativa (e dottrina) di servizio pubblico locale (1), oltretutto, diverse sono le accezioni utilizzate nei diversi – se così si può dire – «settori» del diritto (in particolare: pubblico, penale, amministrativo-appalti, societario, commerciale, tributario, comunitario) e pure con altre discipline, *in primis* l'economia (2).

Il diritto comunitario sembra assumere un concetto più restrittivo di servizio pubblico, richiamandosi fortemente ai principi della concorrenza e della libertà di iniziativa eco-

nomica privata (3). Infatti, la disciplina sulla tutela della concorrenza sembra (qui) porsi come integrativa della normativa di settore, ovvero inderogabilmente da bilanciarsi con altri valori, oltre che quale criterio da assumersi anche per l'attività normativa regionale.

Inoltre, assume indubbia rilevanza la distinzione tra servizio pubblico locale a rilevanza economica (i servizi pubblici economicamente rilevanti sarebbero tutti, tranne quelli forniti dalla pubblica autorità, senza condizione di economicità (4), ovvero sussidiati o riportati a pareggio tramite

(1) La risalente normativa sulle cosiddette «municipalizzazioni» non ha fornito una definizione coerente e unitaria di servizio pubblico locale (cfr. la l. 29 marzo 1903, n. 1203, mod. dal reg. 30 marzo 1923, n. 3047, il regolamento di cui al T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578, ecc.) e anche l'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000 s.m.i. reca una definizione ampia.

(2) Risulta quindi opportuna un'attività che oltre ad essere ricostruttiva, contestualizzi e faccia emergere gli interessi sottesi e/o connotanti il servizio pubblico locale, e ciò caso per caso.

(3) Il rapporto tra salvaguardia della concorrenza e procedure concessorie «non consuma la libertà dei Paesi membri di decidere politicamente se un'attività meriti di essere elevata a pubblico servizio, ma - come chiarisce l'art. 86 del Trattato istitutivo e l'annessa vasta giurisprudenza - impedisce di muovere da questa premessa per introdurre limiti superflui alla competizione economica», così M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 7, il quale Autore più oltre osserva (275) come sia indubbia la presenza di un «elevato tasso di politicità» nelle scelte amministrative (non solo nella scelta dei parametri rilevanti per le gare, ovvero nella designazione dell'appaltatore) considerati gli interessi pubblici, invero eterogenei (occupazionali, di sostegno ad aree depresse, ecc.).

(4) Per gli enti pubblici economici non si parla di attività imprenditoriale, bensì economica. «Il concetto di attività economica è l'elemento-base della definizione legislativa dell'imprenditore, quello al quale si rapportano gli ulteriori elementi della professionalità, dell'organizzazione, del fine della produzione o dello scambio», così F. GALGANO, *L'imprenditore*, in *Diritto commerciale*, Bologna, 2002, 23; il concetto di attività economica è di più di attività produttiva ancorché nel più ampio significato di attività creativa di ricchezza. Per i criteri di

economicità resi palesi nella disciplina degli enti pubblici economici, occorre ritrarre dalla cessione dei beni e servizi, almeno tendenzialmente, quanto occorre per compensare i fattori produttivi impiegati; vedasi G. OTTAVIANO, *Enc. dir.*, voce *Ente pubblico*; CASSESE, voce *Enti pubblici economici*, in *Noviss. dig. it.* Sui criteri di economicità vedasi anche F. GALGANO, *Le società*, in *Diritto commerciale*, cit., 390-391, ove per l'art. 3 della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali (l. 22 dicembre 1956, n. 1589): gli enti di gestione dovevano «operare» ossia amministrare le proprie partecipazioni in società per azioni «secondo criteri di economicità», norma ripetuta anche in leggi istitutive di altri enti economici (es. Enel art. 3, n. 10, l. 6 dicembre 1962, n. 1643). «Economicità di gestione equivale ad autosufficienza di gestione», pareggio del bilancio. «Il rispetto di questi criteri condiziona, ma non esclude, la possibilità di realizzare interessi pubblici o fini sociali: tra diverse scelte imprenditoriali, compatibili con i criteri di economicità, l'azionista privato opererà per quella che gli assicura il più alto reddito (o rinuncerà ad assumere la partecipazione se nessuna prospettiva di profitto gli è dischiusa); l'azionista pubblico privilegerà quella più adeguata ai fini pubblici o sociali che sono alla base della partecipazione, anche se ciò importerà la rinuncia al profitto. Per questo, riguardo gli enti di gestione, sono stati definiti da una dottrina come strutture «neutre» rispetto ai fini da perseguire: ad essi non competono autonome valutazioni circa l'interesse pubblico cui rivolgere la propria attività; la loro autonomia decisionale attiene alla scelta dei mezzi idonei, nel rispetto dei criteri di economicità, alla realizzazione dei fini di volta in volta assegnati loro dalla sede politica», così F. ROVERSI MONACO, *Trattato di diritto commerciale*, I, 494 e ss. citato da F. GALGANO, 391. Sempre sui criteri di economicità come assunti dall'autorevole F. GALGANO, si rinvia al di Lui volume *Lex Mercatoria*, Bologna, 2001, 200.

contributi] (5) e i servizi non aventi rilevanza economica (6): tanto, infatti, si riflette sulla tutela della concorrenza e sulla disciplina gestionale e sue modalità di affidamento dei servizi.

Invero, «La distinzione tra servizi pubblici di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza è legata all'impatto che l'attività può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; di modo che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste, quantomeno in potenza, una redditività, e quindi una competizione sul mercato e ciò ancorché siano previste forme di finanziamento pubblico, più o meno ampie, dell'attività in questione; può invece considerarsi privo di rilevanza economica quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza» (7). In generale, i servizi pubblici economici riflettono istanze disparate [perequative, di universalità, di continuità, di giustizia sociale, di promozione del benessere collettivo (8)] per cui sembra necessario l'instaurarsi di una sorta di «mediazione» (tra mercato e utente) del pubblico potere, tanto però non comporta l'automatico favore per l'utilizzo della gestione diretta del servizio da parte del soggetto pubblico.

Per quanto riguarda i servizi pubblici locali relativi ai rifiuti, essi rientrano in quelli aventi rilevanza economica (9). L'ente locale che dispone della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni necessarie per l'esercizio dei servizi pubblici a rilevanza economica, deve provvedere con i consueti modelli organizzativi per l'erogazione del servizio *de quo*. Di qui, da parte degli enti locali, l'assunzione di un ruolo di programmazione e di regolazione, non di gestione, del servizio.

(5) Altrimenti detto, tutti i servizi che non richiedono una obiettiva organizzazione di impresa (*ex artt.* 2082 e 2195 c.c.), infatti per il T.A.R. Toscana, Sez. II 11 marzo 1998, n. 251, la nozione di impresa riguarda «la specifica attività concretamente svolta secondo i parametri oggettivi indicati negli artt. 2082 e 2195 c.c.».

(6) Il disegno di legge c.d. «Lanzillotta» (della precedente legislatura) nella relazione distingue all'art. 1, comma 1, i «servizi di interesse generale di rilevanza economica in ambito locale» dalla contrapposta categoria dei servizi privi di rilevanza economica: «occorre prendere spunto dalla definizione, contenuta nel Libro verde sui servizi di interesse generale del 27 maggio 2003, fra i «servizi di rilevanza economica» e quelli «privi di rilevanza economica». L'attribuzione all'una e all'altra area di una attività mostra un carattere dinamico ed è connessa all'evoluzione culturale, economica e tecnologica». Com'è stato notato dall'Assemblea del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (in data 25 gennaio 2007) in sede di «Osservazioni e proposte» al medesimo disegno di legge «La definizione ha un carattere sostanzialmente relativo e non può essere utilizzata per formulare rigide elencazioni in quanto l'appartenenza all'una o all'altra categoria non può essere stabilita a priori, fissata una volta per sempre, ma è demandata alla valutazione e alla responsabilità degli Enti locali, che ne hanno la titolarità». Sono quindi non «fruttuose» le distinzioni che assumono quale criterio: a) quello della presenza (o meno) nel servizio pubblico di attività produttive (per es. Consiglio di Stato, Sez. V 6 maggio 2003, n. 486, in *Foro amm. C.D.S.*, 2003, 218); b) quello delle attività commerciali o di altre, diverse, attività; c) quello della terziarizzazione (o non terziarizzazione). Peraltro ai fini qualificatori di servizio a rilevanza o non rilevanza industriale occorre guardare non tanto all'oggetto sociale, quanto alla concreta verifica della potenziale redditività e dell'esistenza di un mercato (in competizione); cfr. Consiglio di Stato, Sez. V 27 agosto 2009, n. 5097, in *Foro amm. C.D.S.*, 2009, 1748.

(7) Sentenza T.A.R. Sardegna, Sez. I 2 agosto 2005, n. 1729, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 2618. Anche il T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II 23 agosto 2006, n. 7373, in *Dir. e giust.*, 37, 100, rinviene la differenza «nel fatto che un servizio ha rilevanza economica quando si innesta in un settore in cui esiste, perlomeno in potenza, una redditività e, quindi, una competizione sul libero mercato, indipendentemente da forme di finanziamento pubblico, più o meno cospicuo, dell'attività in questione». Sulla distinzione veda anche G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 232 e ss.

2. - Com'è noto, il settore dei servizi pubblici locali non ha una disciplina di carattere generale (10), essendo sostanzialmente composto – anche in seguito agli orientamenti giurisprudenziali comunitari e nazionali – da più interventi normativi (sempre denominati come «riforma»), anche settoriali (e anche regionali) tra i quali giova citare:

a) l'art. 22 e ss. della l. 8 giugno 1990, n. 142 e s.m.i., recante «Ordinamento delle autonomie locali»;

b) l'art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, «Testo unico sull'ordinamento degli enti locali» (conosciuto anche come Testo Unico enti locali: T.U.E.L., che sostituisce la legge n. 142/1990);

c) l'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) e s.m.i. che ha modificato l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 (11);

d) l'art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella l. 24 novembre 2003, n. 326, «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici» (12);

e) l'art. 234 della l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004) che ha profondamente modificato l'art. 113 (rubricato «Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica») del d.lgs. n. 267/2000 (13);

f) la l. 15 dicembre 2004, n. 308, «Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione»;

g) per quanto riguarda l'ambiente, segnatamente per quel che qui interessa, il settore dei rifiuti, l'art. 202 e ss. del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, «Norme in materia ambientale» (meglio noto come Testo Unico o Codice ambientale);

b) l'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 e sua conversione, con modificazioni, con l. 4 agosto 2006, n. 248 (c.d.

(8) Cfr. Comunicazione su: I servizi di interesse generale in Europa, [COM (2000) 0580 def.], Libro Verde della Commissione del 29 novembre 2000, Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento energetico.

(9) Come si avrà modo di argomentare, il soddisfacimento di esigenze di interesse generale, ove interpretato funzionalmente, potrebbe anche far connotare queste attività come non aventi carattere industriale o commerciale, laddove il servizio, per esempio, venga erogato secondo criteri sociali e/o ambientali, eccetera.

(10) La Confindustria, in sede di audizione sul d.l. n. 135/2009, «art. 15, adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica», Commissione affari costituzionali Senato della Repubblica - 21 ottobre 2009 - a pag. 3, critica la venuta meno del presupposto di una gestione unitaria, come cornice di riferimento per tutti i servizi pubblici locali, talché la normativa specifica sui rifiuti sembrerebbe essere più «avanzata».

(11) Introdotto anche in seguito alla procedura di infrazione comunitaria e alle sollecitazioni della Commissione europea al Governo italiano: si veda la comunicazione CE del 26 giugno 2002. È stato affermato che questo è «il momento di più alta fiducia nelle esternalizzazioni che vengono viste come lo strumento di innovazione del mondo delle autonomie locali (pur se con un occhio interessato al patto di stabilità ed alle regole dettate dal SEC 95 perché, così facendo, si escludeva dal consolidato nazionale un pezzo di spesa pubblica)», così S. POZZOLI, *Riforma dei servizi pubblici locali. Quali prospettive*, in *www.appalticontratti.it*, newsletter n. 4 del 2 febbraio 2010.

(12) Che ha espunto la distinzione tra servizi a rilevanza industriale e privi di tale rilevanza (già introdotta con l'art. 35 della legge n. 448/2001), aggettivandola come «economica» al posto di «industriale». L'Autorità garante del mercato e della concorrenza, con riferimento all'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (convertito in legge n. 133/2008) si è orientata per definire quali servizi pubblici aventi rilevanza economica quelli aventi ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, escludendo i servizi pubblici sociali privi di carattere imprenditoriale.

(13) Questo articolo riguarda le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali, ad integrazione delle discipline di settore e nel rispetto delle disposizioni di attuazione di specifiche normative comunitarie (*ex art.* 113, comma 1, secondo capoverso).



legge Bersani), «Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza» (14);

i) l'art. 3 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008);

j) l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 113, «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»;

k) l'art. 15 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166 (15), applicabile a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica [esclusi alcuni (16)] possedendo efficacia prevalente sulle discipline di settore con esse incompatibili (art. 23-bis, comma 1, ultimo periodo) (17). Il previsto regolamento di delegificazione indicherà le norme espressamente abrogate in quanto incompatibili [comma 10, lett. m)] (18).

Sul presupposto che, ai sensi dell'art. 113, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000 e s.m.i., la «gestione delle reti, impianti e

altre dotazioni patrimoniali» possa essere separata dalla «attività di erogazione dei servizi», il successivo comma 5 prevede che l'erogazione dei servizi, avendo riferimento alla titolarità del servizio, avvenga come segue:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica [art. 113, comma 5, lett. a)] (19). La gara avviene ex art. 113, comma 7, come riformato dalla sentenza della Corte costituzionale 27 luglio 2004, n. 272 (20), rispetto agli *standard* definiti dalle competenti autorità di settore o, in mancanza, dall'ente locale. Permane il divieto di partecipazione alle gare ex art. 113, comma 6 (dal 1° gennaio 2007: art. 113, comma 15-*quater*);

b) a società a capitale misto pubblico-privato, in cui il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare ad evidenza pubblica [art. 113, comma 5, lett. b) (21)] (22). Il periodo transitorio dell'art. 113, comma 15-bis prevede (contestualmente) la scelta del socio privato e l'individuazione della società mista quale soggetto che diventerà affidatario;

c) a società a capitale interamente pubblico (100 per cento), in presenza dei requisiti dell'affidamento cosiddetto

(14) In particolare, l'art. 13 (...), prevede che le società a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate da enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara. Possono definirsi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, tutti quei beni e servizi erogati da società a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali. Le società strumentali sono, quindi, strutture costituite per svolgere attività strumentali rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, come invece quelle costituite per la gestione dei servizi pubblici locali (per le quali il decreto fa esplicita eccezione) che mirano a soddisfare direttamente ed in via immediata esigenze generali della collettività. Seppure, infatti, tali società strumentali esercitano attività di natura imprenditoriale, ciò che rileva è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale. La circostanza che la partecipazione del socio pubblico sia minoritaria (nel caso di specie, pari al 20 per cento del capitale sociale), non è sufficiente a far venire meno il carattere di strumentalità ed accessorietà o laddove tale partecipazione sia rafforzata da una serie di prerogative che caratterizzano tutta la organizzazione e la compagine societaria a favore dell'ente locale», così il T.A.R. Lazio, Sez. II 5 giugno 2007, n. 5192, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 6, 2051. Il T.A.R. Lombardia, Brescia, con sentenza n. 1373 del 27 dicembre 2007 (in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 12, 3706), ha disposto che una società avente nell'oggetto sociale sia servizi strumentali, sia servizi pubblici, non può concorrere all'affidamento di un servizio strumentale quale l'energia. Pertanto l'eventuale contratto stipulato deve considerarsi nullo. La società tuttavia può concorrere all'affidamento di un servizio pubblico, ove non precluso dall'essere una società c.d. *in house* (in quanto «dedicata» rispetto al proprio oggetto). Si veda anche la Corte cost. 1° agosto 2008, n. 326, in *Rass. Adv. Stato*, 2008, 167, che ha ritenuto questa disposizione non essere invasiva delle competenze legislative delle Regioni speciali e delle Province autonome.

(15) Le modifiche principali così introdotte riguardano, tra altro: un rinvio al 31 dicembre 2011 ed alla scadenza del contratto - a condizione che venga ceduta una quota del 40 per cento a privati - per le società *in house* e per le società miste (salvo quelle in regola con le disposizioni comunitarie, per le quali società l'affidamento rimane fino a scadenza); inoltre, un ulteriore periodo transitorio per le società quotate con scadenza 30 giugno 2013, se la quota pubblica è inferiore al 40 per cento, e al 31 dicembre 2015 se essa scende al di sotto del 30 per cento.

(16) Gas naturale, energia elettrica, farmacie, trasporto ferroviario su reti regionali di cui alla loro normativa di settore. Va evidenziato come la disposizione abbia esteso la gestione dei servizi pubblici non solo alle società di capitale, ma pure agli imprenditori o società in qualsiasi forma costituite. «La scelta legislativa di non imporre una veste giuridica determinata alla società aspirante all'affidamento è stata considerata dalla dottrina il frutto dell'inevitabilità, per l'ordinamento italiano, di adeguarsi all'orientamento giurisprudenziale comunitario espresso con la sentenza del 18 dicembre 2007 (causa C-357/06) con la quale la Corte di giustizia europea ha censurato il richiamo normativo alle sole società di capitali. Sul punto, si veda anche la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V 8 settembre 2008, n. 4242», così F. DELLO SBARBA, *La compatibilità degli affidamenti in house*

con l'art. 23-bis d.l. 112/2008: il g.a. anticipa l'art. 15, d.l. 135/2009, in *Urbanistica&Appalti*, 2010, 2, 237, nota 65.

(17) Pervero necessiterebbe una esplicita abrogazione delle norme incompatibili; si veda quanto ha osservato l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella deliberazione del 26 novembre 2008, n. 52 (relativamente all'*in house* per il servizio idrico integrato): «è il caso di rammentare che il Ministero dell'ambiente con una circolare del 6 dicembre 2004: «Affidamento *in house* del servizio idrico integrato» ha stabilito che questo tipo di affidamento, oltre che derogatorio, deve considerarsi anche transitorio, in quanto non rappresenta una vera e propria esternalizzazione e messa in concorrenza del servizio. Sulla stessa linea si collocano le recenti disposizioni dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, convertito nella legge n. 133/2008, il quale stabilisce al comma 2 che «Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria, (...) mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica» ed introduce al comma 3 la possibilità di affidamento in deroga alle modalità ordinarie solo in un numero limitato di casi e in esito ad una specifica procedura. Le disposizioni dell'art. 23-bis rimandano comunque all'emanazione da parte del Governo di uno o più regolamenti delegificanti affinché vengano abrogate in modo espresso le parti incompatibili dell'art. 113 del T.U.E.L. e armonizzata la nuova disciplina con quella vigente di settore applicabile ai servizi pubblici locali, compresi quelli in materia di SII».

(18) Risulta invece abrogato (nonostante l'esistenza di una clausola di salvaguardia quale l'art. 1, comma 4 del d.lgs. n. 267/2000 e s.m.i.) l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 e s.m.i. nelle parti incompatibili con l'art. 23-bis (così dispone il comma 11 del medesimo art. 23-bis). Sulla necessità di una abrogazione espressa, poiché deve essere chiarito il rapporto di compatibilità-incompatibilità, si veda R. DE NICOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urbanistica&Appalti*, 2008, 10, 1112.

(19) La sentenza Corte di giustizia CE 18 dicembre 2007, in causa C-357/06 si era espressa per la applicazione di questo articolo stante la sua incompatibilità con i principi del Trattato UE della parità di trattamento, del divieto di discriminazione, di libera concorrenza.

(20) In *Giur. cost.*, 2004, 2748.

(21) Ove si intravedano appalti di servizi e non concessioni di servizi, questa disposizione, secondo CINTIOLI, dovrebbe essere... disapplicata quantomeno per incompatibilità con quella di cui alla successiva lett. c).

(22) Si evidenzia come il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana - Sez. giurisdizionale, con sentenza del 27 ottobre 2006, n. 589 abbia affermato che «In relazione a tali principi (di affidamento dei servizi pubblici tramite gara: N.d.A.) sembra doversi pervenire ad una interpretazione restrittiva, se non addirittura disapplicativa, dell'art. 113, comma 5, lett. b), nel senso che la costituzione di una società mista, anche con scelta del socio a seguito di gara, non esime dalla effettuazione di una seconda gara per l'affidamento del servizio. Nel diritto comunitario, quanto alle società miste, dunque sembrano evidenziarsi come necessarie le due gare». In particolare, le sentenze sulle società miste (T.A.R. Pescara 11 marzo 2008, n. 164; Cons. Stato, Ad. plen. 3 marzo 2008, n. 1, in *www.giustizia-amministrativa.it* e il parere, Sez. II n. 456/2007) sembrano essere sintoniche alla sopravvenuta comunicazione (CE) della Commissione 5 febbraio 2008, C (2007) 6661, per la quale il socio deve essere scelto mediante procedura ad evidenza pubblica per un servizio da prestare già precisamente definito e, comunque, la marginale partecipazione di un privato al capitale sociale di una società prevalentemente partecipata da enti pubblici comporta la impossibilità dell'affidamento *in house*.

*in house* (23), ovvero a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale esercitino sulla società un (a) controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società (b) realizzi la parte più importante (prevalente) della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici controllanti [art. 113, comma 5, lett. c)] (24).

Infine, la modificazione dell'art. 23-bis avvenuta ad opera del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, fermo restando l'eccezionalità del sistema dell'*in house*, derogatorio del sistema delle gare, sembra averlo «agganciato» ad una (invero predeterminata) doppia valutazione:

1) dello stesso ente locale, di ordine economico, sociale, ambientale e geomorfologica del contesto territoriale di riferimento che non permetta un efficace e utile ricorso al mercato;

2) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che verifica la valutazione sociale dell'ente locale sotto un profilo economico e giuridico (25) (cfr. commi 3 e 4 cit., art. 23-bis) (26).

Questa ultimissima disciplina nazionale sull'*in house* pare essere – come vedremo in prosieguo di trattazione – più restrittiva di quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria (27).

**3.** - Negli orientamenti del giudice amministrativo la tematica e le conclusioni, sopra esposte, hanno trovato distinte soluzioni.

In un primo periodo, anteriore alla riforma del 2003, proprio con riferimento alla partecipazione di più enti pubblici ad una società mista, il Consiglio di Stato ha evidenziato che «(...) la prevalenza del capitale, attraverso cui si esplica il controllo della società è da riferire all'insieme degli enti e non a ciascuno di essi, singolarmente considerato» (28).

Tuttavia, la più recente giurisprudenza amministrativa, succedutasi alla riforma (29), conferma il carattere eccezio-

nale dell'affidamento diretto, rispetto alla «ordinaria» procedura ad evidenza pubblica e che «il problema della sussistenza del “controllo analogo”, sulla base della giurisprudenza comunitaria, si risolve in senso affermativo, tra altro, se la mano pubblica possiede la totalità del pacchetto azionario della società affidataria» (30).

Si vedano, altresì, come breve (non esaustiva) rassegna della giurisprudenza rilevante *in parte qua*, anche:

- T.A.R. Toscana, Sez. II 28 luglio 2004, n. 2833 (31), in cui l'affidamento *in house* sarebbe legittimo ove disposto nei confronti di società partecipata o costituita dall'ente titolare del servizio, in presenza di certuni presupposti, quali la sua dipendenza finanziaria, organizzativa, gestionale dal soggetto pubblico affidante, tanto da reputarsi un controllo di quest'ultimo alla stregua di quello esercitato sui propri organi. Inoltre, occorre che l'attività economica oggetto del servizio pubblico abbia dimensioni tali da risultare di prevalente e circoscritto beneficio dell'ente controllante;

- T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I 30 marzo 2005, n. 2784 (32), per la quale sentenza ove ricorrano i requisiti di cui alla sentenza *Teckal* (33) (quali: penetrante controllo economico e gestionale dell'ente locale in grado di esercitare la più totale ingerenza e controllo sulla gestione della società, comprendendosi l'andamento economico-finanziario, analogamente a quanto si sarebbe avuto con un servizio gestito direttamente dal Comune) si sarebbe in presenza di un affidamento *in house*, diversamente opererebbe la decadenza dall'affidamento;

- Consiglio di Stato, Sez. V 22 dicembre 2005, n. 7345 (34) per il quale siccome sarebbe improponibile l'impostazione di cui alla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie del 19 ottobre 2001, n. 12727, ove si fa riferimento, addirittura, alla «subordinazione gerarchica» (35), questo orientamento non sarebbe applicabile;

(23) La gestione *in house* ricorre «allorché le pubbliche amministrazioni realizzano le attività di loro competenza attraverso propri organismi, senza quindi ricorrere al mercato per procurarsi (mediante appalti) i lavori, i servizi e le forniture ad esse occorrenti o per erogare alla collettività (mediante affidamenti a terzi) prestazioni di pubblico servizio. Nelle gestioni *in house* non vi è alcun coinvolgimento degli operatori economici nell'esercizio dell'attività della pubblica amministrazione, per cui le regole della concorrenza, applicabili agli appalti pubblici e agli affidamenti dei pubblici servizi a terzi, non vengono in rilievo.

Il diritto comunitario e quello interno derivato non impongono, infatti, che le pubbliche amministrazioni osservino le procedure volte a garantire l'effettiva concorrenza quando esse non ricorrono al mercato, ma si avvalgono di propri organismi facenti parte della organizzazione amministrativa che fa loro capo», così C. TESSAROLO, *La gestione in house di pubblici servizi*, in *www.dirittodeiserviziipubblici.it*.

Sullo *in house* la letteratura è sterminata, citasi gli interventi di C. VOLPE, in *Urbanistica&Appalti* (da ultimo, il commento alla sentenza Corte di giustizia CE, Sez. III 10 settembre 2009, in causa C-573/07, n. 1/2010, 43-54); G. BASSI, *Le determinanti del controllo analogo «in forma collettiva» dell'istituto dell'in house providing*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 383 e ss. L'*in house providing* ha avuto origine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE quasi sempre sulla base di controversie sollevate dai giudici nazionali italiani, a partire dal primo caso rappresentato dalla sentenza 9 settembre 1999, in causa C-108/98, *Ri.san s.r.l.*, in *Cons. Stato*, 1999, II, 1905.

(24) In pratica i presupposti dell'*in house* diventano tre, che devono essere tutti e tre contemporaneamente presenti (cfr. Corte di giustizia CE, Sez. I 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemei-den Brixen*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 10, 2804 e 11 maggio 2006, in causa C-340/04, in *Giust. civ.*, 2006, 9, 1663 oltre a T.A.R. Friuli-Venezia Giulia 12 dicembre 2005, n. 986, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 12, 3861 e 10 gennaio 2007, n. 13, *ivi*, 2007, 1, 73; Cons. Stato, Sez. V 30 agosto 2006, n. 5072, in *Foro amm. C.D.S.*, 2007, 10, 2833; etc.): 1) il soggetto (appaltatore) non va considerato diverso da quello controllante (appaltante): il che giustifica l'affidamento diretto senza gara); 2) l'appaltante deve esercitare sull'appaltatore un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; 3) l'appaltante deve svolgere la parte principale o essenziale della propria attività a favore dell'appaltante (controllante).

(25) Così C. VOLPE, *op. cit.*, 52.

(26) Questa procedura assorbirebbe i pareri di altre Autorità settoriali. Il parere sarebbe quindi obbligatorio, e trascorsi 60 giorni dalla ricezione, trova applicazione l'istituto del silenzio-assenso (senza responsabilità

amministrativa o erariale per eventuali, conseguenti danni, in capo al responsabile del procedimento: art. 16, comma 2, legge n. 241/1990 e s.m.i.). Il comma 4-bis dell'art. 23-bis fa individuare una soglia di intervento (appetibilità) dell'Autorità, superato il quale essa interviene.

(27) Di «panorama normativo nazionale sull'*in house*, certamente iper-restrittivo rispetto al modello di autoproduzione interna conforme all'elaborazione comunitaria» parla anche G. BASSI, *Servizi pubblici e processi di liberalizzazione: la controriforma di fine estate. Commento al d.l. n. 135 del 25 settembre 2009*, in *Appalti&Contratti*, 2009, 11, 34. Devesi segnalare la sentenza T.A.R. Toscana, Sez. I 8 settembre 2009, n. 1430 che sembrerebbe aver «infine, implicitamente optato per la compatibilità del modello *in house* rispetto alla disciplina di cui (...) (allo) art. 23-bis e, dunque, per la sopravvivenza degli affidamenti diretti anche all'interno del nuovo quadro normativo (...) alla condizione dell'osservanza di determinanti incombenti da parte dell'ente locale», così F. DELLO SBARBA, *op. cit.*, 239, il quale conclude per «l'ammissibilità dell'*in house providing* e, dunque, la sua sopravvivenza anche all'interno del nuovo scenario normativo». In proposito si veda altresì quanto affermato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nella delibera del 16 ottobre 2008.

(28) Vedasi: sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2418/2002, conformemente, Sez. V, n. 229/2002; T.A.R. Toscana, Sez. II, n. 2366/2002.

(29) Cfr., in particolare, Cons. Stato, Sez. V 22 dicembre 2005, n. 7345, in *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 12, 3667 e 13 dicembre 2005, n. 7058, *ivi*, 12, 3635; T.A.R. Lombardia, Brescia 5 dicembre 2005, n. 1250, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 12, 3831; T.A.R. Puglia - Bari, Sez. III 8 settembre 2004, n. 885, *ivi*, 2004, 2648.

(30) Cfr. Cons. Stato n. 7345/2005, cit. Vedasi altresì T.A.R. Molise 17 novembre 2005, n. 991, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ritiene legittimo l'affidamento diretto a società controllata, per la totalità, da un Comune per il 62 per cento e dal Ministero del tesoro per il restante 38 per cento.

(31) In *Riv. amm. reg. Toscana*, 2003, 229.

(32) In *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 4, 1164.

(33) Corte di giustizia CE 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal*, in *Racc.*, 1999, pag. I-08121.

(34) In *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 12, 3667.

(35) Vedasi anche la successiva circolare (cosiddetta «Buttiglione») del Ministero delle politiche comunitarie datata 1° marzo 2002, n. 3944 «Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori» (in *G.U.* 3 maggio 2002, n. 102) la quale richiama, appunto, anche la propria precedente circolare n. 12727 (in *G.U.* 13 novembre 2001, n. 264).

- Consiglio di Stato, Sez. V 30 agosto 2006, n. 5072 (36), ove, se lo statuto della società prevede la semplice cedibilità del capitale sociale non sarebbe rinvenibile il controllo analogo (per la possibilità, anche futura, di entrata di soggetti privati, ecc.), inoltre, non dovrebbe esservi una «vocazione commerciale» (tramite ampliamento oggetto sociale; apertura ad altri capitali; espansione extraterritoriale dell'attività);

- Consiglio di Stato, Sez. V 8 gennaio 2007, n. 5 (37): per il controllo analogo occorre, ad esempio, che il Consiglio di amministrazione abbia poteri limitati; che la partecipazione del Comune non sia esigua; che l'ente pubblico eserciti un potere sugli organi della società; che le strategie funzionali e operative della controllata siano sempre sottoposte all'esame del controllante; che l'oggetto sociale non sia ampio; che l'ambito della società non sia *extra* territoriale; che si escluda l'eventuale cessione di quote o azioni della controllata a soggetti privati;

- T.A.R. Lazio, Sez. II-ter 9 gennaio 2007, n. 72 (38): perché si abbia il controllo analogo occorre che esso si riferisca agli aspetti gestionale e finanziario in modo stringente, inoltre, la partecipazione dell'ente controllante non deve essere simbolica;

- Consiglio di Stato, Sez. VI 30 aprile 2007, n. 1514 (39): non si ammettono gli affidamenti *in house* per i servizi di progettazione e manutenzione, poiché occorre effettuare una gara per affidare la progettazione di opere pubbliche e la direzione dei lavori;

- T.A.R. Marche - Ancona, Sez. I 11 aprile 2007, n. 500 (40) (uguale al T.A.R. Toscana, Sez. II 18 maggio 2007, n. 762) il controllo analogo richiede la concreta possibilità di condizionare le decisioni dell'Assemblea e del Consiglio di amministrazione;

- Consiglio di Stato, Sez. VI 1° giugno 2007, n. 2932 (41): occorre la necessità della contemporanea presenza dei requisiti previsti per l'*in house* e non deve esservi presenza del capitale privato. La pubblica amministrazione dispone di strumenti di controllo maggiori rispetto a quelli previsti dal diritto civile. Il Consiglio di amministrazione non può avere rilevanti poteri gestionali e le decisioni più importanti vanno sottoposte al vaglio preventivo dell'ente [in caso di *in house* frazionato le decisioni più importanti vanno sottoposte al vaglio della totalità degli enti pubblici soci (42)]. Non è ammesso l'ampliamento dell'oggetto sociale, non è ammessa l'apertura della società ai capitali privati e nemmeno la sua espansione territoriale;

- T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII 4 luglio 2007, n. 6479 (43): gli strumenti di controllo del soggetto pubblico nei confronti dell'affidatario devono essere più intensi di quelli previsti dal diritto civile. Inoltre, non sarebbero ammissibili: i rilevanti poteri gestionali del Consiglio di amministrazione; la c.d. «vocazione commerciale» (che rende precario il controllo della

P.A.); l'ampliamento dell'oggetto sociale; l'apertura del capitale sociale; l'espansione territoriale in Italia e/o all'estero;

- T.A.R. Lazio, Sez. II-ter 16 ottobre 2007, n. 9988 (44) per il quale giudice occorre il perseguimento degli interessi interamente rivolti alla migliore efficienza del servizio pubblico (escludendo l'interferenza di interessi privati legati al profitto). L'esiguità delle quote di partecipazione di ciascun soggetto pubblico sarebbe un aspetto irrilevante. Il controllo analogo, dovrebbe trovare riscontro: *a*) nello statuto; *b*) nel contratto di servizio. La presenza del controllo analogo, va desunta dalle clausole attributive agli enti locali di prerogative di controllo: *a*) riconoscimento a ciascun ente di un ruolo propulsivo nei confronti dell'organo amministrativo (proposte di iniziative attuative del contratto di servizio); *b*) divieto di veto sulle deliberazioni assunte in modo difforme dal contenuto delle proposte; *c*) riserva all'assemblea ordinaria di trattazioni di argomenti inerenti a pretese o diritti delle società sugli enti locali, nascenti dal contratto di servizio e corrispondente diritto di veto di ciascun ente locale interessato alle relative determinazioni; *d*) diritto di recesso dalla società (con conseguente revoca dell'affidamento del servizio) nei casi in cui il Comune: *d1*) ha diritto a far valere la risoluzione o comunque lo scioglimento del contratto di servizio; *d2*) nel caso di violazione di competenze assembleari da parte del Consiglio di amministrazione;

- Consiglio di Stato, Sez. V 23 gennaio 2008, n. 156 (45): anche nel caso di affidamento *in house* a soggetti proprietari delle reti, impianti o altre dotazioni patrimoniali necessarie ai fini della gestione di servizi pubblici, trattandosi di deroga al principio della libera concorrenza, deve ricorrere l'eccezionale ipotesi della necessità di un complesso stabile di impianti tecnologici difficoltosamente e particolarmente onerosamente realizzabili;

- T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II 11 febbraio 2008, n. 432 (46) per la quale sentenza oltre alla partecipazione totalitaria del soggetto pubblico, necessita che il Consiglio di amministrazione dell'affidatario non goda di rilevanti poteri gestionali, tanto che i poteri dell'affidante sarebbero eccedenti quelli previsti dal diritto societario per la maggioranza sociale; inoltre, la vocazione commerciale non deve menomare o precarizzare il controllo dell'affidante, in ogni caso le decisioni più importanti della società affidataria vanno sottoposte alla preventiva verifica del soggetto affidante.

4. - Come dianzi sottolineato, lo *in house providing* costituisce una ipotesi di affidamento eccezionale, in quanto deroga ai principi posti sia dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, che di servizi pubblici. Va preliminarmente rammentato come la giurisprudenza abbia ben chiarito come gli affidamenti di pubblici servizi col modello concessorio (47) in favore di un organismo di diritto pubblico – ovvero di un soggetto comunque terzo rispetto all'amministrazione – non rientrino nella materia

(36) In *Foro amm. C.D.S.*, 2006, 7-8, 2221.

(37) In *Foro amm. C.D.S.*, 2007, 1, 115.

(38) In *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 1, 122.

(39) In *Foro amm. C.D.S.*, 2007, 4, 1225.

(40) In *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 6, 2008.

(41) In *Foro amm. C.D.S.*, 6, 1874.

(42) Consiglio di Stato, Sez. V 26 agosto 2009, n. 5082 e 9 marzo 2009, n. 1365 citate da C. VOLPE, *op. cit.*, 49, nota 23. In quest'ultima sentenza si è osservato che il controllo analogo, ovvero «l'attività delle società-organo, come quelle affidatarie *in house* dei servizi pubblici, rimane un'attività «funzionalizzata» rispetto alla quale la «forma» degli strumenti giuridici utilizzati non rileva in sé, risultando invece finalizzata al miglior conseguimento degli scopi legali dell'amministrazione (che, nella fattispecie, consi-

stano nell'esercizio associato di un servizio pubblico)».

(43) In *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 7-8, 2603.

(44) In *Corr. mer.*, 2007, 12, 1476.

(45) In *Foro amm. C.D.S.*, 1, 120.

(46) In *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 4, 1117.

(47) L'istituto della concessione assumerebbe carattere eccezionale, purché giustificata in presenza di leggi che riservano ai pubblici poteri la titolarità esclusiva di funzioni pubbliche, di proprietà o di attività economiche (vedasi, per esempio, la gestione delle infrastrutture di alcuni servizi a rete ove vige la riserva d'impresa *ex art. 43 Cost.*), mentre in mercati cosiddetti «liberalizzati» le esigenze di universalità del servizio o la necessaria predisposizione di controlli pubblici a fini sociali, non costituirebbe un giustificativo *ex art. 41 Cost.*, in tal senso M. CAFAGNO, *op. cit.*, 86 (nota 125).

degli appalti, fermo restando il rispetto dei principi comunitari (48).

Più esattamente, la notissima sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal*, che si riferiva agli appalti pubblici di servizi, oltre a sottolineare l'eccezionalità dell'*in house*, ha ribadito – in conformità alla precedente giurisprudenza in materia, inaugurata dalle decisioni *Arnhem* e *Ri.san s.r.l.* del 1998 (cause C-306/96 e C-108/98) – la necessità che sussista, tra l'amministrazione aggiudicatrice ed il soggetto aggiudicatario, un rapporto di «delega interorganica» (49).

Ciò vale anche per i contratti di concessione di servizi

pubblici, si vedano, tra le altre, le sentenze Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. I 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH* (50); Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. I 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle* (51); Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. I 10 novembre 2005, in causa C-29/04, *Modling* (52); Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. I 6 aprile 2006, in causa C-410/04, *A.M.T.A.B.* (53); Corte di giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione 21 luglio 2005, in causa C-231/03, *Corame* (54), e relative Conclusioni dell'avvocato generale C. Stix-Hackl; Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. I 11 maggio 2006, in causa

(48) Diamo per conosciuta la differenza tra appalti e concessioni, in proposito ci si permette rinviare, sull'esempio di una discarica, A. PIEROBON, *La costruzione e gestione di una discarica di rifiuti solidi urbani tra appalti di servizi e servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. appalti*, n. 2002, 2. Basti qui limitarsi a rammentare come la giurisprudenza amministrativa presupponga per l'esistenza di una concessione di pubblici servizi non solo che il servizio sia reso a terzi (e non all'amministrazione) ma anche che il corrispettivo sia in tutto o in parte a carico degli utenti. Non è pertanto l'inerenza al «pubblico» che connota il servizio quale pubblico, bensì la destinazione dello stesso ad un pubblico di utenti. E, ulteriormente, l'elemento differenziale va individuato nei rispettivi oggetti: l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore della pubblica amministrazione e dà luogo ad un rapporto bilaterale; la concessione invece configura un rapporto trilaterale (intercorrente tra amministrazione, concessionario ed utenti), con prestazioni destinate e rivolte a terzi, vale a dire al pubblico, a carico dei quali è posto il corrispettivo (mentre nell'appalto di servizi è l'amministrazione aggiudicatrice a dover provvedere agli oneri della prestazione che le viene resa) *rectius*, la remunerazione del servizio, con caratteristica di aleatorietà. Peraltro non è determinante, ai fini che qui interessano, che gli utenti paghino una tariffa, essendo anche possibile che il finanziamento del servizio pubblico avvenga, se previsto legislativamente, attraverso apposite tasse. Ancora è altresì l'elemento «rischio» che veramente connota una concessione rispetto all'appalto (cfr. Corte di giustizia CE 18 luglio 2007, in causa C-382/05, *Repubblica italiana*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2007, 7-8, 1999).

(49) Modello dell'*in house providing* o della delegazione interorganica, dei quali esistono più filoni: dalla posizione della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento delle politiche comunitarie di cui alla circolare 19 ottobre 2001, n. 12727 dove si parla di «subordinazione gerarchica», a quello - diciamo - di matrice giurisprudenziale comunitaria della «delegazione interorganica» (vedi anche la comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni del diritto comunitario del 24 febbraio 1999), a quella della riproduzione del rapporto tra amministrazione e società affidataria della «forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente» (Cons. Stato, Sez. V del 22 dicembre 2005, n. 7345, cit.).

(50) In *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 10, 2804, dove il Comune di Bressanone aveva affidato senza procedura di gara la concessione del servizio parcheggio ad una azienda municipalizzata trasformatasi in Società per Azioni talché non si rinverrebbero (in questo modulo, ovvero nel diritto societario) elementi tali da riportare la S.p.A. entro i profili di presenza, di controllo, di decisione, di responsabilità, eccetera, che valevano per l'azienda municipalizzata, per cui si giustificerebbe l'affidamento diretto da parte del Comune. Interessanti sono anche le conclusioni dell'avvocato generale J. Kokott presentate, su questa causa, in data 1° marzo 2005.

(51) In *Racc.*, 2006, pag. I-1, ove si è ritenuto che la partecipazione, anche minoritaria, di una impresa privata al capitale di una società nella quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicataria, esclude - in ogni caso - che l'amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Ancora, il rapporto tra un'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, e i suoi propri servizi è disciplinato da considerazioni ed esigenze proprie al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Al contrario qualsiasi piazzamento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni relative agli interessi privati e persegue obiettivi di natura diversa (sent. *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 50). L'aggiudicazione di un appalto pubblico ad un'impresa ad economia mista senza appello alla concorrenza comprometterebbe l'obiettivo di concorrenza libera e non falsata e il principio di parità di trattamento degli interessati previsto dalla direttiva 92/50/CEE, in quanto tale procedura offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale di tale impresa un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti (sent. *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 51). La Corte ha dichiarato che nel caso in cui un'autorità aggiudicatrice ha l'intenzione di concludere un contratto a titolo oneroso riguardante servizi che rientrano nell'ambito di applicazione materiale della direttiva 92/50/CEE con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detiene una partecipazione con una o più imprese private, le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva devono in ogni caso essere applicate (sent. *Stadt Halle RPL Lochau*, cit., punto 52).

(52) In *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 11, 3151, dove la Corte conferma l'illegittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista

cessionaria di azioni nella misura del 49 per cento di una società a totale partecipazione pubblica che inizialmente era stata affidataria del servizio stesso, in quanto si è ritenuto che trattasi di espediente per evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi a società mista e pertanto lesiva della direttiva 92/50/CEE. In particolare, secondo il punto 34 della sentenza del 10 novembre 2005, in causa C-29/04 in tema di procedura di aggiudicazione degli appalti nei pubblici servizi, ed in particolare in tema di contratto riguardante lo smaltimento dei rifiuti la mancanza di una gara d'appalto per l'affidamento di un servizio pubblico locale non sarebbe necessariamente causa di illegittimità della procedura. La Corte ha affermato che l'appello alla concorrenza non è obbligatorio, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'autorità aggiudicatrice. Tuttavia è necessario che l'autorità pubblica aggiudicatrice eserciti sull'ente distinto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e in cui tale ente realizza la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (sul punto si veda, altresì, le sentenze *Teckal*, cit., punto 50, e *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 49). Inoltre, sempre nella medesima sentenza, al punto 46, la Corte ha giudicato che la partecipazione anche di minoranza, di un'impresa privata nel capitale di una società a cui partecipa anche l'autorità aggiudicatrice interessata escluda in ogni caso che tale autorità aggiudicatrice possa esercitare un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi (sent. *Stadt Halle e RPL Lochau*, cit., punto 49).

(53) In *Dir. e giust.*, 2006, 29, 115, per la quale «In linea di principio, l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici (...) non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE, e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (...). Risulta inoltre dall'art. 86, n. 1, CE che gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza (...). Tuttavia, nel settore delle concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, è esclusa se, allo stesso tempo, il controllo esercitato sul concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, e se il detto concessionario realizza la parte più importante della propria attività con l'autorità che lo detiene (...). Una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, quinto comma, del d.lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario. (...) Va precisato che, trattandosi di un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le due condizioni enunciate al punto 24 della presente sentenza devono essere interpretate restrittivamente, e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene». In sostanza la pronuncia afferma che: 1) per l'affidamento di una concessione di servizio, non è conforme al diritto comunitario l'assenza di procedura concorrenziale previamente pubblicizzata; 2) tuttavia, se si fa ricorso ai principi della sentenza *Teckal* l'assenza della procedura è giustificata; 3) non procedendo a gara, i principi della sentenza *Teckal* debbono essere interpretati in modo estremamente rigoroso. Così anche L. BELLAGAMBA, *L'in house providing fra principi giuridici e scelte politiche: l'errato luogo comune che si tratti di una deroga al principio di garanzia della concorrenza. Il settore dei servizi pubblici locali*, in *www.appalticontratti.it*, per il quale l'*in house* non sarebbe una deroga in quanto «il principio di concorrenza per il mercato (...) ex se e dall'interno, non richiede di essere garantito».

(54) In *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 7-8, 2001, ove si conferma l'orientamento della sentenza *Stadt Halle* in quanto gli artt. 43 e 49 del Trattato CE osterebbero all'affidamento diretto da parte di un Comune della concessione di un servizio pubblico (distribuzione del gas) ad una società a prevalente capitale pubblico, ove il Comune detiene una partecipazione dello 0,97 per cento. Va quindi considerato il controllo con riguardo all'amministrazione titolare del servizio, non semplicemente col criterio del capitale pubblico dell'affidatario, essendo questa una condizione necessaria, ma non sufficiente per l'*in house*.

C-340/04, *Carbotermo* (55); Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. III 10 settembre 2009, in causa C-206/08 (56).

Ed invero, secondo la Corte UE, anche se tali «contratti di concessione dei servizi pubblici» sono esclusi dall'ambito applicativo della direttiva 92/50/CEE, come sostituita dalla direttiva 2004/18/CE, «(...) le pubbliche autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE, in generale, (...) il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità in particolare» (57), «(...) nonché quello della parità di trattamento tra offerenti – e ciò in assenza di discriminazione sulla base della nazionalità» (58). Ed ancora: «Le disposizioni del Trattato specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici comprendono, in particolare, gli artt. 43 CE e 49 CE» (59).

In definitiva, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, sulla base della nazionalità, comportano uno specifico obbligo di trasparenza del quale l'autorità pubblica concedente deve assicurare il rispetto. L'obbligo di trasparenza posto a carico di detta autorità consiste, appunto, nel dovere di garantire, ad ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (60).

Ne deriva che, in linea di principio (61) «(...) l'assenza totale di procedura concorrenziale per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici non è conforme alle esigenze di cui agli artt. 43 CE e 49 CE e nemmeno ai principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza» (62).

Come accennato, secondo l'art. 86, n. 1, CE gli Stati membri non possono mantenere in vigore una normativa nazionale che consenta l'affidamento di concessioni di servizi pubblici senza procedura concorrenziale, poiché un simile affidamento viola gli artt. 43 CE o 49 CE o ancora i

principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

Però la tendenza giurisprudenziale comunitaria consente la previsione di ipotesi derogatorie dell'affidamento *in house*, cioè soltanto in presenza di condizioni stringenti, le quali, ovviamente, in virtù del principio di sussidiarietà verticale, sono determinate dalla legislazione dei singoli Stati.

Cosicché potrebbe dirsi che il modello dell'*in house* e la costruzione giurisprudenziale del controllo analogo si pongano in linea con quanto era stato previsto dall'art. ex 86 TCE in tema di servizi di interesse economico generale pei quali si prevede la possibilità di derogare alla regola della concorrenza, laddove in tale regime non sia possibile raggiungere la missione loro affidata (normalmente missione di primaria rilevanza generale).

Tuttavia, nel settore delle concessioni di servizi pubblici, l'applicazione delle regole enunciate agli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE, nonché dei principi generali di cui esse costituiscono la specifica espressione, viene derogata (cioè esclusa) alla contemporanea presenza delle seguenti condizioni:

1) il soggetto (concessionario) non sia considerato diverso da quello controllante (concedente: il che giustifica l'affidamento diretto senza gara);

2) il controllo esercitato sul concessionario – dall'autorità pubblica concedente – sia analogo a quello che essa esercita sui propri servizi;

3) il concessionario deve svolgere la parte principale o essenziale della propria attività a favore della concedente.

In definitiva, per la giurisprudenza dell'UE, deve esistere un particolare vincolo che si concretizza nello specifico rapporto di dipendenza di carattere formale, economico-finanziario e amministrativo (in termini tanto gestionali quanto organizzativi).

Risulta, altresì, necessario che la sopra descritta influenza sia accertata, di volta in volta, mediante un'analisi di tipo concreto e funzionale [si vedano, in proposito, le argomentazioni

(55) In *Giust. civ.*, 2006, 9, 1663. Nella causa *Carbotermo S.p.A. e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio e AGESP S.p.A.*, la Corte di giustizia con tale sentenza ha affermato, al fine della legittimità dell'affidamento *in house*, che: 1. La società aggiudicatrice deve esercitare sulla società aggiudicataria dell'appalto pubblico un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Per valutare tale condizione è necessario tener conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze pertinenti. Da quest'esame deve risultare che la società aggiudicataria è soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di influenzarne le decisioni. Deve trattarsi di una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni; 2. in presenza di una società mista il controllo esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice si risolve sostanzialmente nei poteri che il diritto societario riconosce alla maggioranza dei soci, la qual cosa limita considerevolmente il suo potere di influire sulle decisioni delle società di cui trattasi. Inoltre, qualora l'eventuale influenza dell'amministrazione aggiudicatrice venga esercitata mediante una società *holding*, l'intervento di un siffatto tramite può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale; 3. per valutare la condizione relativa all'inapplicabilità della direttiva 93/36 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, secondo la quale l'impresa cui è stato direttamente affidato un appalto di fornitura deve svolgere la parte più importante dell'attività con l'ente pubblico che la detiene, non si deve applicare l'art. 13 della direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, ai sensi del quale la detta direttiva non si applica agli appalti di servizi affidati a un'impresa collegata qualora almeno l'80 per cento della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata. Questa condizione è soddisfatta solo se l'attività di detta impresa è principalmente destinata all'ente che la detiene o agli enti che la detengono, e ogni altra attività risulta avere solo un carattere marginale.

(56) In *www.dirittoegustizia.it*, per la quale ove trovi qualificazione la concessione di servizi essa rimane soggetta «ai principi fondamentali del

Trattato CE, in generale, e ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza ad essi correlato» (punto 44). Interessanti sono le argomentazioni svolte in tema di definizione di appalti e concessioni di servizi, ovvero dei loro criteri distintivi (punto 45 e ss.) in particolare si afferma che «Spetta al giudice nazionale valutare se si è verificato un trasferimento del rischio corso dall'amministrazione aggiudicatrice a carico completo o, almeno, significativo al concessionario» (punto 78), ciò dopo aver argomentato (respingendo in assoluto le tesi: punto 71) sulla irrilevanza che la remunerazione del servizio avvenga mediante corrispettivo di diritto privato o pubblico, ovvero focalizzandosi sul «diritto di gestire» il «corrispettivo della prestazione» implicante per il prestatore l'assunzione del rischio («rilevante») legato alla gestione dei servizi in questione, anche se esso «non deve necessariamente corrispondere al rischio economico che di norma si corre in un mercato libero» (punto 65) perché «il rischio è insito nella gestione economica del servizio», talché «Se l'amministrazione aggiudicatrice continua a sopportare detto rischio a carico completo, non esponendo il prestatario all'alea del mercato, l'assegnazione della gestione del servizio» richiederebbe il rispetto delle direttive sugli appalti di servizi (punto 67 e 68), alfine concludendo (punto 80) che «nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. b) della direttiva 2004/17/CE, dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressoché completo».

(57) Vedasi il punto 18, di cui alla cit. sentenza 6 aprile 2006, causa C-410/04 cit.

(58) Vedasi la sent. *Parking Brixen*, cit., punto 48.

(59) Ancora la sent. *Parking Brixen*, cit., punto 47.

(60) Vedasi, in tal senso, le sentenze *Telaustria* e *Telefonadress*, punti 61 e 62, e *Parking Brixen*, punto 49, cit.

(61) Ai sensi del punto 22, della cit. sentenza 6 aprile 2006.

(62) Sent. *Parking Brixen*, cit., punto 50.

del giudice comunitario nella causa *Stadt Halle* cit., in cui viene sottolineato come «(...) il rapporto tra una autorità pubblica, che sia una amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni ed esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie di interessi privati e persegue obiettivi di natura differente»; mentre i criteri *sub a)* e *b)* «(...) devono risultare soddisfatti permanentemente» (63).

5. - Le regole comunitarie – e le introdotte deroghe – per la concessione dei servizi pubblici, sono state recepite dal legislatore italiano nel più volte citato art. 113 del d.lgs. n. 267/2000, il quale ha aggiunto nel comma 5, la lett. c) contemplante, come già notato, tali due condizioni (controllo analogo e attività in favore dell'ente controllante), in aggiunta al terzo presupposto della società a capitale interamente pubblico.

Tale innovativa scelta normativa è stata apprezzata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee – nella più volte citata causa del 2006 – ove si è affermato che «(...) il legislatore italiano si è evidentemente conformato a tale giurisprudenza. Ciò è confermato dalla Commissione delle Comunità europee, la quale rileva, nelle proprie osservazioni scritte, che il testo attuale del detto art. 113, comma 5, lett. c), è conseguente ad una procedura d'infrazione avviata dall'Istituzione nei confronti della Repubblica italiana. Una normativa nazionale che riprenda testualmente il contenuto delle condizioni indicate al punto precedente, come fa l'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 269/2003, è in linea di principio conforme al diritto comunitario, fermo restando che l'interpretazione di tale disciplina deve a sua volta essere conforme alle esigenze del diritto comunitario» (64).

6. - La disciplina del servizio di gestione integrata dei rifiuti è stata oggetto di intervento col cosiddetto «codice ambientale» di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i. «Norme in materia ambientale» (65).

In particolare, il Capo III, della parte IV del decreto, agli artt. 199-204, ne riorganizza la struttura, tanto sul piano territoriale quanto su quello delle competenze. Per tale ultimo aspetto, il decreto attuativo ha previsto l'istituzione di un nuovo soggetto giuridico, la cosiddetta «Autorità d'ambito»

(d'ora in poi: AATO) con specifici compiti di organizzazione, affidamento e controllo del servizio, ai sensi dell'art. 201, comma 1.

Quale «struttura dotata di personalità giuridica», l'AATO dovrà essere costituita, entro i tempi fissati dal regime transitorio di cui all'art. 204, all'interno di ciascun Ambito territoriale ottimale, che sarà delimitato da ciascuna Regione, mediante il «piano d'ambito» di cui all'art. 199. Vi partecipano obbligatoriamente, ai sensi dell'art. 201, comma 2, cit., gli enti locali, previo «trasferimento dell'esercizio delle loro competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti».

Il successivo comma 4 prevede – per «(...) la gestione ed erogazione del servizio (...)» – forme di affidamento di specifiche attività (realizzazione impianti, raccolta differenziata, commercializzazione e smaltimento dei rifiuti urbani, ecc.), le quali vengono fatte oggetto di affidamento, ai sensi dell'art. 202, e «nel rispetto della normativa nazionale (66) e comunitaria sull'evidenza pubblica (...)».

La conformazione alle norme del T.U.E.L. cit. viene assicurata tramite l'art. 202 (recante l'«Affidamento del servizio») che al comma 1 prevede il necessario rispetto dell'art. 113, comma 7, cit., quanto ai criteri per lo svolgimento delle gare ad evidenza pubblica (*standard* qualitativi, ambientali, sicurezza, investimenti, innovazione tecnologica e gestionale, ecc.) (67).

Ne consegue che la gestione e la erogazione del servizio *de quo*, secondo il d.lgs. n. 152/06 (*ex art.* 202, comma 1) (68) devono essere affidate:

1) a società di capitali (cfr. l'art. 113, comma 7 del T.U.E.L.)

2) tramite gara ad evidenza pubblica (*ex art.* 202, comma 1, del d.lgs. n. 152/06).

7. - Le disposizioni del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i. non sembrano imporsi su quelle del d.lgs. n. 267/2000 e s.m.i.: sia perché le disposizioni di questo ultimo testo unico godono di una protezione rafforzata in quanto devono essere espressamente modificate (69) (art. 1, comma 4 del d.lgs. n. 267/2000 e Corte cost. 22 aprile 1997, n. 111 riferita alla previgente l. 8 giugno 1990, n. 142) sia perché sempre quest'ultimo testo sembra godere, in tal senso, di una sorta di... preferenza ermeneutica (70).

Talché risulta condivisibile l'ipotesi per la quale il d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i. si limiterebbe alla disciplina dell'affida-

(63) Vedasi il punto 19, Conclusioni avvocato generale L. A. Geelhoed, 11 gennaio 2006, in causa C-410/04, cit.

(64) Vedasi il punto 25, sent. C-410/04, cit.

(65) Si veda anche la circolare del Ministero dell'ambiente 6 dicembre 2004, (G.U. 13 dicembre 2004, n. 291) sullo *in house* relativo al Servizio idrico integrato che viene previsto per casi eccezionali e residuali, con l'obbligo della motivazione, onde comprovare le ragioni di interesse pubblico sottese alla scelta. Inoltre, la società deve essere un soggetto gerarchicamente subordinato: al controllo fiscale, gestionale e finanziario. Inoltre, la durata dell'affidamento deve essere limitata al superamento di impedimenti, all'effettiva messa in concorrenza del servizio. Infine, possono partecipare all'*in house* solo gli enti locali (non sarebbe ammessa la cosiddetta «partecipazione indiretta» e non è considerata legittima la extraterritorialità).

(66) Leggasi art. 113 del T.U.E.L.

(67) Sul servizio di gestione integrata dei rifiuti vedasi A. PIEROBON, commento agli artt. 202-204, d.lgs. 152/2006 e s.m.i., contenuto nel volume *La nuova gestione dei rifiuti*, a cura di P. GIAMPIETRO, Milano, 2008, 165 *et passim*.

(68) Sembrerebbero essere escluse dal settore dei rifiuti la gestione *in house* e la gestione in economia (T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I 31 marzo 2008, n. 1641), più esattamente «(...) l'istituzione delle Autorità d'ambito produce *ex lege* il trasferimento al nuovo ente delle competenze in materia di organizzazione, affidamento e controllo della gestione integrata dei rifiuti; esso, in particolare, provvede ad affidare a terzi il servizio *de quo* «mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie» [così la formulazione dell'art. 202 all'epoca dei fatti di causa; ora la norma parla di «procedure disciplinate (...)» ecc.], in tal modo escludendo la possibilità di gestione in economia o di affidamenti *in house* (...).

(69) G. PIPERATA, *Commento all'art. 202*, in *Nuovo codice dell'ambiente*, a cura di N. LUGARESI, Rimini, 2009, 799 il quale evidenzia come lo stesso art. 113, d.lgs. n. 267/2000 «dice che le disposizioni dettate disciplinano le modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali nel rispetto della tutela della concorrenza, ma soprattutto «sono inderogabili ed integrative delle discipline di settore». Pertanto, appare difficile immaginare che sia compatibile con tale previsione una disposizione contenuta in una disciplina di settore che deroghi alla disciplina generale in materia di servizi, riducendo ad uno i modelli gestionali consentiti, e non consenta a quest'ultima disciplina di produrre sulla prima (un) effetto integrativo»; *contra* R. GOSO, *L'affidamento diretto di servizi pubblici locali in favore dei soggetti proprietari delle reti*, in *Urbanistica & Appalti*, 2008, 615 e ss. «il quale considera l'interpretazione che vuole la gara come unica forma di affidamento dei servizi dei rifiuti urbani compatibile con l'art. 113, comma 1, d.lgs. n. 267/2000, proprio perché finalizzata a realizzare quella tutela della concorrenza di cui lo stesso articolo parla» (così cit. sempre da PIPERATA, *ult. op. cit.*, 799, nota 11).

(70) G. TADDIA, *Affidamenti in house: in bilico tra una legislazione imperfetta e il giudice amministrativo*, in *Rifiuti - Bollettino di informazione normativa*, maggio 2009, 12 e ss. citando anche la sentenza del Consiglio di Stato 8 giugno 2000, n. 4 per il quale giudice la clausola dell'art. 1 della legge n. 142/1990 si tradurrebbe «nella fissazione di un criterio ermeneutico in merito alla necessità, ove possibile, di cogliere la portata di norme posteriori nel senso non incompatibile con le disposizioni rafforzate»; inoltre, prosegue l'Autore, «quando il legislatore ha voluto derogare al d.lgs. n. 267/2000 (limitandone l'applicazione) lo ha fatto in modo esplicito: si pensi all'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (in materia di energia elettrica) oppure all'art. 1, comma 48, l. 15 dicembre 2004, n. 308 (in materia di trasporto pubblico locale).

mento del servizio con gara, «rinviando per il resto alla disciplina generale in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica» (71). Non manca però chi propende per qualificare il rapporto tra l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 e il d.lgs. n. 152/2006, quale rapporto di specialità (72).

Va comunque notato come l'art. 202 del d.lgs. n. 152/2006 e s.m.i. richiama il rispetto dei principi del Trattato col quale si istituisce la Comunità europea, il che consente di ricorrere all'istituto dell'*in house*, a tacer poi della preminenza del diritto comunitario su quello domestico.

Inoltre, per effetto dell'ultimo intervento legislativo in materia di servizi pubblici locali di cui all'art. 23-bis della legge n. 166/2009, sembrerebbe operarsi una sorta di integrazione (comunque, a nostro avviso, da considerarsi sempre sotto l'ombrello comunitario) per cui una eventuale deroga alle surriferite procedure potrebbe essere, altresì, non solo giustificata nella compresenza di problematiche ovvero delle «peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» le quali «non permettono un efficace e utile ricorso al mercato» (73), ma pure (e soprattutto) alla luce (e in presenza dei presupposti) di quanto previsto dal diritto (giurisprudenziale) comunitario.

**8.** - La Commissione CE nel Libro Verde relativo ai P.P.I. (partenariati pubblico-privati) e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, 30 aprile 2004 [COM (2004) 327 def.] (74), contempla quali forme di cooperazione:

a) i partenariati pubblico-privati, per il tramite di: a1) appalti pubblici; a2) concessioni di lavoro o di servizi;

b) i partenariati pubblico-privati di tipo istituzionale, ovvero le società miste con la scelta del socio privato.

La *ratio* sembra consistere nel fare beneficiare al soggetto pubblico del *know how* della parte privata e di permettere al medesimo soggetto pubblico di sviluppare una idonea esperienza al riguardo, comunque sia siffatto ricorso va motivato sotto il profilo dei benefici apportati al sistema di produzione-erogazione del servizio, rispetto ad un semplice rapporto di appalto o di concessione a terzi, inoltre, sul piano della normativa nazionale è altresì necessario individuare i presupposti di economicità tra le varie alternative gestionali (art. 1 della legge n. 241/1990 e s.m.i.) fermo restando che per il codice dei contratti pubblici il principio di economicità può essere limitato, se non venir meno, per esigenze di ordine sociale (75).

Viene poi sottolineato come la partecipazione del pri-

vato debba essere significativa, effettiva e realmente incidere sulla gestione del servizio. La P.A. deve quindi assumere un ruolo di regolatore, di organizzatore, di controllore.

Anche il Parlamento europeo con la risoluzione 2006/20043 (IND) ha ritenuto che il partenariato pubblico-privato sia «un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle P.A. la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali».

La scelta di siffatto modulo è temporanea (ovvero fino al termine dell'affidamento), e quindi vanno opportunamente previste nell'interesse pubblico, apposite clausole di liquidazione, un preventivo scorporo degli *assets*, ecc.

Tra le proposte di risoluzione del Parlamento europeo del 16 ottobre 2006, sullo *in house*, viene offerta la necessità di rispettare i principi comunitari:

- economia di mercato;
- concorrenza;
- libera prestazione di servizi;
- non discriminazione;
- parità di trattamento;
- trasparenza.

L'eccezione dello *in house*, rispetto al sistema di gara, si giustifica a fronte di una gestione svolta da un soggetto siffattamente controllato e che svolge la sua prevalente attività nei confronti del soggetto controllore. In tal senso non verrebbe a concretarsi un pregiudizio per la parità di trattamento degli altri operatori economici, per il rispetto delle regole sulla concorrenza, per la trasparenza (76).

La funzionalizzazione della società controllata agli interessi pubblici comporta, tra altri elementi, la connotazione pubblicistica e quindi giustifica, come si è notato, la sua presenza e gestione in assenza di competizione di gara, a maggior ragione ove trattasi di servizi prodotti in regime di privata (o monopolio).

Va detto che la scelta del modello dell'*in house* sia, come dire... più «blindata» (ovvero meno censurabile) sotto il profilo amministrativo, d'altronde ciò correlativamente comporta una maggiore difficoltà sul fronte societario (e viceversa). Come avremo modo di osservare, la scelta in ordine ai diversi modelli organizzativi o forme di gestione dei servizi, va sempre motivata (considerata anche la discrezionalità) (77).

(71) Così ancora G. PIPERATA, *ult. op. cit.*, 799.

(72) Così anche R. URSI, *Il servizio di gestione integrata dei rifiuti, con particolare riferimento alla normativa della Regione siciliana*, in *Studi sul codice dell'ambiente*, cit., 371 per il quale «La scelta legislativa di escludere il modello di gestione *in house* è dimostrata dalla circostanza che l'art. 202, nel richiamare il d.lgs. n. 267/2000 circoscrive il rinvio al solo comma 7, che prescrive il rispetto, nella gara, degli *standard* qualitativi, quantitativi, ambientali e di equa distribuzione nel territorio, nonché di sicurezza definiti dalla Autorità di settore ed in mancanza dagli enti locali, e non anche al comma 5, lasciando quindi intendere anche di volere operare una limitazione tanto dal punto di vista oggettivo (procedimento di affidamento), quanto da quello soggettivo (tipologia degli affidatari). Tale opzione rigida avrebbe potuto porsi in netto contrasto con la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 1, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, che prescrive l'inderogabilità del testo unico se non per espresa modifica - modifica che, oltre a non emergere chiaramente nel testo, non risulta espressamente neanche nell'elencazione di normative abrogate contenuta nell'art. 264 del Codice».

(73) Il che può essere un altro elemento giustificativo dell'*in house*, ancorché esso figuri quale (uno, tra altri) requisito per l'affidamento *in house* alla società mista (d.l. n. 112/2008, art. 23-bis, comma 3, convertito in legge n. 133/2008), per cui «in perfetta coerenza con il diritto comunitario, la rigidità della gara è temperata dalla possibilità di percorsi alternativi se la gara è difficilmente percorribile e sicuramente non rispondente alle esigenze di mercato e agli scopi del servizio pubblico», così R. URSI, *op. cit.*, 372 e ss. il quale prosegue affermando «Coerentemente con la disciplina comunitaria, alla quale sia l'art. 23-bis sia l'art. 202 fanno riferimento, non può essere esclusa la necessità di far ricorso a forme di auto riprodu-

zione se si dimostri l'impossibilità concreta di far ricorso al mercato; ma non può essere consentita la libera scelta tra mercato e autoproduzione (come era stabilito dal comma 5 dell'art. 113, d.lgs. n. 267/2000). Indubbiamente, si auspica che l'intervento di armonizzazione tra la disciplina generale e quella di settore, che il comma 10 dell'art. 23-bis rinvia ad apposito regolamento, possa offrire all'interprete letture più agevoli dell'art. 202 e delle sue implicazioni sulle scelte organizzative del servizio».

(74) Si veda anche la comunicazione interpretativa della Commissione CE C (2007) 6661, sulla «applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (P.P.P.I.)».

(75) Si veda l'editoriale di A. MASSARI, *La controriforma dei servizi pubblici locali tra spinte comunitarie e resistenze interne*, in *Appalti&Contratti*, n. 2009, 11, 3.

(76) Va sottolineato, con C. VOLPE, *op. ult. cit.*, 44, nota 3, che «I principi del Trattato applicati nelle pronunce della Corte di giustizia, al pari dei regolamenti e delle direttive e delle decisioni della Commissione, hanno efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri e vincolano il giudice nazionale alla disapplicazione delle norme interne con esse confliggenti (Cons. giust. amm. Sicilia 25 maggio 2009, n. 470)».

(77) L'art. 113 del cit. d.lgs. n. 267/2000 (cfr. anche l'art. 42, comma 2) prevedeva la competenza consiliare per l'organizzazione dei servizi pubblici, la costituzione di aziende, l'approvazione del loro statuto e del contratto di servizio e della concessione, la partecipazione a società di capitali e l'affidamento dei servizi pubblici tramite convenzione, in quanto trattasi di atti fondamentali, perciò soggiacenti alla doverosità motivazionale, delle prove analisi tecnico-economiche-progettuali, ecc.

9. - Risulta quindi indispensabile, se non decisivo, in via preliminare soffermarsi sul concetto di «controllo analogo». Per il Cons. Stato, Sez. V 18 settembre 2003, n. 5316 (78), trattasi di un orientamento superato dal successivo rimaneggiamento dell'art. 113 T.U.E.L., oltre che dalla giurisprudenza e dalle istituzioni comunitarie, per le quali ultime il controllo *de quo* farebbe «riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa», così la posizione assunta dalla Commissione europea nella nota 26 giugno 2002 indirizzata al Governo italiano.

Il requisito del controllo analogo [strutturale (79), funzionale, continuativo], non è stato codificato, per cui giova qui elencare una serie di indici rilevatori, tratti dalla giurisprudenza, per la quale il controllo analogo deve:

a) anzitutto, riguardare una società interamente pubblica (80) (totalitaria) (81), escludendosi il successivo ingresso di soci;

b) creare una situazione di dipendenza tra l'ente e la società, ovvero la cosiddetta «delegazione interorganica»: considerare, in buona sostanza, l'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa. In tal senso sono gli interessi perseguiti che debbono essere omogenei (82);

c) essere previsto, nei suoi particolari poteri di controllo, dallo statuto, da appositi patti parasociali (soprattutto

nei casi di regolazione del controllo congiunto tra più enti locali soci);

d) le partecipazioni societarie devono essere permanenti;

e) non deve esservi una «vocazione commerciale» (83) desumibile, per esempio, dall'oggetto sociale (84), dall'apertura ad altri capitali (85) o soci, dalla extraterritorialità delle attività sia nazionale, che all'estero (86);

f) essere assoluto, come potere di indirizzo amministrativo sulle decisioni fondamentali della società (87), ovvero di direzione, di coordinamento e di supervisione dell'attività del soggetto partecipato. In pratica sembra così che l'impresa controllata non possa avere autonomia gestionale e finanziaria (88);

g) il Consiglio di amministrazione deve essere (decisamente) condizionato dal controllante, oltre quanto prevede il diritto societario (89);

h) prevedere serie previsioni di controllo da parte dell'ente pubblico responsabile del servizio; il quale controllo deve avvenire non solo come verifica *ex post*, quale tipologia societaria (per esempio con l'approvazione dei bilanci della società da parte dell'assemblea degli enti pubblici soci), ma prevedere ulteriori (e più stringenti) controlli sia *ex ante* (in forma di indirizzo), sia di monitoraggio (controllo «contestuale»), cioè come avviene per i servizi propri del soggetto pubblico affidante;

i) prevedere una relazione di subordinazione gerarchica: controllo gestionale e finanziario stringenti dell'ente pubblico sull'ente societario.

Circa il presupposto della prevalenza [intesa come parte principale e/o più importante (90) e/o essenziale (91)] dell'attività (che va complessivamente considerata) nei confronti dell'ente o degli enti pubblici che controllano la società (altrimenti verrebbero a violarsi le norme comunitarie sulla concorrenza), ovvero la marginalità

(78) In *Cons. Stato*, 2003, 1971.

(79) Cfr. Corte di giustizia CE 7 dicembre 2000, in causa C-94/99, *Arge Gewässerschutz*, in *Racc.*, 2000, I-11037 è necessario un controllo non solo analogo, ma di tipo strutturale, talché l'affidatario sia configurabile come un prolungamento amministrativo dell'affidante.

(80) Quali, semplificativamente, enti locali, enti pubblici, aziende speciali, consorzi tra enti locali ed organismi di diritto pubblico. Si supera quindi l'orientamento di cui alla sentenza del Cons. Stato, Sez. V 18 settembre 2003, n. 5316 ove vi sarebbe controllo analogo quando «la pubblica amministrazione aggiudicatrice possiede almeno 51 per cento del capitale del soggetto affidatario e comunque abbia una posizione dominante su di esso», del resto ciò trova conforto sia dalla giurisprudenza che dalle istituzioni comunitarie, per le quali ultime il controllo *de quo* farebbe «riferimento ad un rapporto che determina, da parte dell'amministrazione controllante, un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, e che riguarda l'insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa» (così la posizione assunta dalla Commissione europea nella nota 26 giugno 2002 indirizzata al Governo italiano).

(81) Ma «il solo controllo societario totalitario non costituisce garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'*in house*, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (...)» Consiglio di Stato, Ad. plen. 3 marzo 2008, n. 1, cit. Il requisito della totalitarività pubblica presuppone la detenzione di tutte le azioni della società da parte del soggetto affidante e che lo Statuto dell'affidataria non consenta che nessuna quota possa essere alienata a soggetti privati: cfr. Corte di giustizia CE, Sez. I 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, cit.; Corte di giustizia CE, Sez. I 6 aprile 2006, in causa C-410/04, cit., ecc.

(82) Su quest'ultimo punto si vedano sentenza Corte di giustizia CE 6 aprile 2006, in causa C-410/04, cit. e T.A.R. Marche - Ancona, Sez. I 11 aprile 2007, n. 500, cit.

(83) Vedasi, ancora, la sentenza *Teckal*.

(84) *Ex multis* Corte di giustizia CE, Sez. I 13 ottobre 2005, in causa C-

458/03, cit.

(85) La quale apertura rileva se vi è un'effettiva prospettiva di ingresso di soggetti privati, tant'è che se successivamente i privati entrano nella compagine sociale ciò «costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara»: Corte di giustizia CE, Sez. III 10 settembre 2009, in causa C-573/07, cit.

(86) Vedi Corte di giustizia CE, Sez. I 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, cit. e Corte di giustizia CE, Sez. I 10 settembre 2009, in causa C-573/07, cit.

(87) Ovvero di «incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti della società affidataria tramite la nomina degli organi direttivi di quest'ultima», sentenza *Teckal* cit.

(88) La sentenza Corte di giustizia CE, Sez. II 19 aprile 2007, in causa C-295/05, *Tragsa*, in *Racc.*, 2007, I-02999, indica - quale sintomo dell'*in house* - l'assenza di libertà da parte dell'affidante circa le modalità di esecuzione degli incarichi conferiti e circa le tariffe da applicare alle prestazioni.

(89) È stato segnalato che ciò potrebbe essere incompatibile con le norme di diritto societario italiano, si veda l'art. 2380-bis c.c. ove «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori», sulla esclusività di tale competenza vedasi, in generale, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XXIX, Padova, 2003, 456 e ss., e, più puntualmente, A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 842 e ss. Diversamente F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 607, per il quale «il diritto societario potrebbe offrire strumenti (...) atti a garantire il controllo richiesto dalla giurisprudenza comunitaria».

(90) Cfr. Corte di giustizia CE, Sez. V 8 maggio 2003, in causa C-349/97, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.*, 2003, I-04395.

(91) Vedasi la sentenza del Cons. giust. amm. Sicilia 4 settembre 2007, n. 719, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale opinando la traduzione della pronuncia *Teckal* propende per il termine «essenziale/essenzialmente» per cui si sarebbe «ad un passo dalla totale esclusività»; in questo senso «il giudizio deve essere espresso secondo parametri di eccezionale ristrettezza quantitativa e qualitativa».



(quali-quantitativa) delle attività svolte a favore di altri soggetti pubblici e privati (92) (addirittura considerando i proventi derivanti dalle attività svolte a favore dei detentori delle quote), questo ulteriore requisito va inteso in senso restrittivo (93);

Tra gli strumenti e/o le soluzioni organizzative atte a definire il controllo analogo, ovvero da instaurare con l'attività prevalente (fermo restando la questione della totalità pubblica), tra altri, abbiamo:

- riferimento nello statuto all'*in house*, introducendo apposite clausole poiché, come notato, i normali poteri statutari e che il socio può esercitare in assemblea non sono, di per sé stessi, sufficienti ai fini del controllo analogo (94);
- i patti parasociali in forma di convenzione di diritto pubblico (*ex art. 30, d.lgs. n. 267/2000*);
- il controllo congiunto societario, con le ulteriori modalità di svolgimento del controllo;
- previsione di centri di controllo *ad hoc* dall'ente locale;
- previsione di un controllo rafforzato da parte degli organi societari;
- previsioni di mantenimento del 100 per cento del capitale sociale in mano pubblica (quote trasferibili solo a soggetti pubblici, previa prelazione);
- sistematici controlli ispettivi;
- regolazione dell'attività di indirizzo, programmazione, vigilanza e controllo degli enti locali;
- specificazione che le attività verranno svolte in via prevalente a favore dei soci;
- indicazione delle modalità di controllo sulle: *a*) scelte gestionali; *b*) immediata operatività della società;
- indicazioni sull'esercizio congiunto di controllo sulla società da parte dei soci mediante: *a*) riserva di approvazione atti; *b*) riserva di nomina degli organi;
- regolazione del diritto di informativa e di attività periodica di *report* (95);
- possibili ulteriori rafforzativi nella regolazione del controllo analogo: *a*) nei contratti di servizio; *b*) nei patti parasociali (sindacati di voto e sindacati di blocco);
- controllo, se non determinazione da parte della controllante, dell'ordine del giorno del Consiglio di amministrazione (vedi Cons. giust. amm. Sicilia n. 719/2007) in modo tale che il controllo dell'indirizzo strategico e operativo della società sia nelle mani del soggetto pubblico controllante (96);

- elaborazione della politica aziendale, anche nella dotazione di risorse umane e materiali;

- introduzione di ulteriori specifici accorgimenti quali ritenere che le decisioni relative a specifiche modalità di esecuzione dei servizi sul territorio dei singoli Comuni soci debbano essere validamente assunte solamente dopo aver ottenuto il parere favorevole del Comune socio territorialmente interessato (97);

Con riferimento alla cosiddetta «partecipazione indiretta» da parte dell'ente locale al soggetto affidatario del servizio, ovvero con riferimento alla questione della *holding*, posto che trattasi di un argomento alquanto incandescente (e non sopito), basti qui notare come la giurisprudenza non abbia mancato di segnalare che il giudice nazionale debba qui valutare:

- 1) gli interessi dei detentori delle quote;
- 2) la trasformazione delle aziende municipalizzate in S.p.A.;
- 3) la circostanza che l'apertura delle società al capitale esterno non sia prevista obbligatoriamente, né che sia di fatto avvenuta;
- 4) la possibilità per la società partecipata indirettamente di aprire filiali anche all'estero;
- 5) l'ampiezza come possibilità di influenzare la nomina del Consiglio di amministrazione e la dirigenza;
- 6) i poteri del Consiglio di amministrazione, nonché;
- 7) la circostanza che il Comune partecipi alla medesima società indirettamente, attraverso altre S.p.A. (capitale 99,98 per cento al Comune).

Siccome, come più volte ribadito, la società deve svolgere la parte più importante della propria attività per l'ente che la controlla, detta valutazione deve avvenire sulla base di elementi quantitativi e qualitativi, addirittura considerando i proventi da attività svolte a favore dei detentori delle quote. La detenzione del pacchetto azionario della controllata da parte di una *holding* posseduta interamente dall'ente controllante non farebbe venire meno il requisito del controllo analogo (sentenza *Carbo-termo*, cit.).

**10.** - La missione dei servizi aventi rilevanza di interesse generale è, anzitutto, quella di erogare servizi a tutti, ad eguali condizioni, su tutto il territorio nazionale, ovvero di rispettare ed attuare i servizi cosiddetti «universali».

(92) Vedi, oltre alle numerose sentenze della Corte di giustizia CE, anche quella del Consiglio di Stato, Ad. plen. 3 marzo 2008, n. 1, cit. Sulla verificabilità e l'accertamento del requisito della parte più importante della propria attività, si veda la sentenza della Corte costituzionale 23 dicembre 2008, n. 439, in *Giur. cost.*, 2008, 4995, relativa all'art. 3, comma 3 della legge della Provincia di Bolzano n. 12 del 16 novembre 2007, recante norme sui «Servizi pubblici locali» e dell'art. 8, comma 1, dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige ove «il giudice competente deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia quantitative che qualitative (e dunque non considerare semplicemente il fatturato e le risorse economiche impiegate come dispone la legge provinciale in violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza poste dalle norme del Trattato). Sul piano quantitativo (...) occorre considerare che il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù di decisioni di affidamento adottate dall'ente (...) controllante (...) non sono ammesse (però) rigide predeterminazioni connesse all'indicazione della misura percentuale di fatturato rilevante. Sul piano qualitativo (...) è necessario assegnare rilievo anche ad (...) aspetti (quali) ad esempio, la propensione dell'impresa ad effettuare determinati investimenti di risorse economiche in mercati - anche non contigui - in vista di un'eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente».

(93) L'espressione «parte più importante della propria attività» sembra essere interpretabile col criterio quantitativo riferito al fatturato, tant'è che secondo parte della dottrina (G. PIPERATA, C. CAIA, C. TESSAROLO) si potrebbe ricorrere al criterio utilizzato dall'art. 8, comma 3, del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158, con riferimento agli appalti nei c.d. settori esclusi, ai sensi del

quale è consentito l'affidamento diretto di un appalto di pubblici servizi ad una struttura controllata a condizione che «almeno l'80 per cento della cifra d'affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni in materia di servizi derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata».

(94) Cfr. Cons. Stato, Sez. V 8 gennaio 2007, n. 5 e T.A.R. Lombardia - Brescia 2 maggio 2006, n. 433, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(95) Per esempio prevedere che il Presidente del C.d.A. o l'amministratore unico, relazioni ai soci sulla pianificazione delle attività e sull'attività svolta, e in particolare: *a*) entro il mese di settembre di ciascun anno, trasmetta il Piano operativo annuale di sviluppo della società per l'anno successivo. Il Piano operativo viene costruito sulla base degli indirizzi e obiettivi forniti dai soci che indicano eventuali variazioni o emendamenti; *b*) entro il 15 luglio di ciascun anno, che il Presidente trasmetta una relazione gestionale sullo stato patrimoniale e sul conto economico della società relativi al primo semestre d'esercizio, per un raffronto con i dati previsionali, unitamente alla relazione sullo stato di attuazione del Piano operativo annuale di sviluppo; tale relazione dovrà essere illustrata ai soci che potranno richiedere eventuali azioni correttive da intraprendere nei periodi successivi; *c*) entro i termini di legge, la società dovrà presentare, per l'approvazione, il bilancio per l'esercizio precedente, unitamente ad un documento di rendicontazione delle attività svolte rispetto al Piano operativo annuale di sviluppo, ecc.

(96) L'attività di controllo gestionale e finanziario può svolgersi anche attraverso sopralluoghi ed ispezioni, l'esame di reportistica sui servizi, ecc.

(97) Cons. Stato, Sez. V 28 settembre 2009, n. 5808, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Com'è noto, la vicenda dall'affidamento in *house providing* è risalente e trova la sua base originaria nell'art. 86, comma 2 TCE, ovvero in quella disposizione che prevede deroghe alla regola della concorrenza per i servizi di interesse economico generale, laddove essi non riescano ad adempiere alla loro missione (98).

Fino a Maastricht c'era stata una interpretazione estensiva di tale norma, successivamente la concorrenza è stata posta come uno dei pilastri dell'Unione europea e il citato art. 86, comma 2, sembra aver ceduto di fronte al principio della concorrenza.

Siccome nelle scienze economiche, il concetto di beni comuni indica, tra altri beni, le risorse naturali esauribili, dal cui sfruttamento nessuno può essere escluso, il concetto di bene comune si svincolerebbe dal mero titolo di proprietà, funzionalizzandosi ad un interesse pubblico, ad un servizio *uti cives non uti singuli*. Per semplificare, possiamo indicare tra questi beni l'acqua, le risorse agroalimentari, il territorio, la salute, i beni artistici e culturali, l'ambiente, ecc.

In proposito rammentiamo come l'art. 43 Cost. riguarda i servizi pubblici essenziali che devono essere garantiti a tutti e ad eguali condizioni, al di là della proprietà. Con ciò si dà quindi pieno ingresso (per espressa scelta) a dei diritti fondamentali e sociali (artt. 2, 3 e 4 Cost.), incompressibili e non limitabili (come la proprietà di cui all'art. 41 Cost.), bensì da incentivare, al di là dell'aspetto della concorrenza (99), il che significa che le Autonomie locali, per scelta di politica economica, motivata e proporzionata, potrebbero anche decidere di trattenere la gestione unitaria e pubblica di siffatti beni.

È anche vero che per il soddisfacimento dell'interesse (economico) generale la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee è intervenuta, richiamando l'art. 86, comma 2, TCE per fare prevalere alla concorrenza il principio della coesione economico-sociale, in proposito si veda: Corte di giustizia CE 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Hoefner c. Macroton*; Corte di giustizia CE 19 maggio 1993, in causa C-320/91, *Poste Belge c. Corbeau*; Corte di giustizia CE 23 ottobre 1997, in causa C-157/94, *Commissione c. Paesi Bassi*; Corte di giustizia CE 23 ottobre 1997, in causa C-158/94, *Commissione c. Italia*; Corte di giustizia CE 23 ottobre 1997, in causa C-159/94, *Commissione c. Francia*. Sul soddisfacimento dell'interesse economico generale si vedano: Corte di giustizia CE 17 maggio 2001, in causa C-340/99, *TNT Traco S.p.A. c. Poste italiane S.p.A.*; Corte di

giustizia CE 22 novembre 2001, in causa C-53/00, *Ferrino SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*; Corte di giustizia CE 24 luglio 2003, in causa C-280/00 *Altmark Trans GmbH e Regierungsprasidium Magdeburg c. Nabverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*; Corte di giustizia CE 20 novembre 2003, in causa C-126/01, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Gemo SA*; Corte di giustizia CE 22 giugno 2000, in causa C-332/98, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee. Aiuto alla coopérative d'exportation du livre français (CELF)* (100).

Sembra quindi emergere la possibilità di motivatamente derogare (con il criterio della proporzionalità e sempreché essa deroga riguardi esigenze di interesse generale, coerenti con gli obiettivi della Comunità) ai fini della salvaguardia dei cosiddetti «beni sociali», il che è testimoniato anche dall'art. 16 TCE (Amsterdam 1997 T.I.E.) ove si riconosce l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione europea (101).

Più esattamente, secondo la prefata dottrina non esisterebbe un modello economico e sociale nel Trattato di Lisbona (102), e, poiché i diritti sociali sono considerati fondamentali *ex artt.* 151-152 TFUE, a maggior ragione richiamando ulteriori fonti che, a suo tempo, avrebbero costituzionalizzato in senso giuridico (e non più politico) questi diritti (citasi la Carta sociale del Consiglio d'Europa 1961 e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori 1989), sarebbe possibile invocare nei «servizi di interesse generale» (103) un principio di coesione, di talché utilizzando l'art. 14, ultimo capoverso, del TFUE, i servizi di interesse economico generale non solo dovrebbero essere regolati dalla mano pubblica, ma pure essere gestiti direttamente dal soggetto pubblico, secondo una scansione (*rectius*, «nesso consequenziale») che passa dall'erogazione dei servizi, alla responsabilità pubblica, ai beni comuni e alla tutela dei diritti fondamentali, e viceversa. Anche altre fonti dispongono per siffatto orientamento, si vedano: l'art. 6 della Carta europea di Nizza per i servizi di interesse economico generale e la concorrenza per i cosiddetti «settori protetti» in combinata lettura con l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea (art. 16 TCE); l'art. 158 TCE; il Progetto del Trattato Costituzione artt. 1-3, par. 3; l'art. 14 TFCE; il Protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona sui servizi generali che apre al principio di sussidiarietà verticale (che riserva allo Stato membro tutti i servizi non orientati

(98) Vedasi anche l'art. 16 TCE, oltre al Libro Bianco del 2004 sui servizi di interesse economico generale.

(99) Tant'è che sta venendo avanti la tesi per la quale la gestione dei servizi connessi ai beni comuni deve avvenire secondo le politiche pubbliche e con forme di partecipazione diretta tali da escludere forme privatistiche e di mercato, ciò sta avvenendo soprattutto per la gestione dell'acqua.

(100) Le sentenze citate sono pubblicate rispettivamente, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 601; *Foro amm.*, 1994, 1689; *Racc.*, 1997, I-05699; *ivi*, 2000, I-01875; *ivi*, 1999, I-01597; *Rass. Avv. Stato*, 2001, II, 105; *www.dejure.giuffre.it*; *Foro amm. C.D.S.*, 2003, 3219; *www.dejure.giuffre.it*; *Racc.*, 2002, I-03609.

(101) «L'aver inserito l'art. 16 TCE nella prima parte del Trattato, relativo ai principi, dimostra l'importanza che i redattori del Trattato hanno voluto attribuire a tale disposizione. L'articolo enfatizza, infatti, la specifica e delicata missione affidata ai servizi di interesse economico-generale, di cui agli artt. 86 e 87 TCE, espressione dei valori comuni dell'Unione e strumenti decisivi per la promozione della coesione sociale e territoriale», così A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi costituzionali europei*, in A. LUCARELLI e A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi ed ipotesi*, Napoli, 2003, 173 e ss., sempre sull'argomento si veda, dello stesso Autore, *Art. 36. Accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *L'Europa dei diritti*, a cura di BIFULCO, CARTABIA e CELOTTO, Bologna, 2001, 252 e *La riforma dei servizi pubblici locali: i modelli di gestione*, in *Quale Stato*, 1, 2009.

(102) A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. LUCA-

RELLI e A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Napoli, 2009.

(103) Si parla anche di «servizi di interesse generale» con riferimento a documentazione comunitaria: il Trattato della Comunità europea, con particolare attenzione all'art. 16 (dal Trattato di Amsterdam), la risoluzione 97/357 del Parlamento europeo, la comunicazione della Commissione sui «servizi di interesse generale in Europa» n. 2001/C 17/04 (in *G.U.C.E.* n. C 17 del 19 gennaio 2001), il Libro Verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, adottato dalla Commissione CE il 21 maggio 2003 e trasmesso al Consiglio il 26 maggio 2003 [COM (2003) 270]. Secondo la Comunicazione del 2000, per «servizi di interesse generale» si intendono «i servizi, forniti dietro retribuzione o meno, che sono considerati d'interesse generale dalle autorità pubbliche e soggetti quindi a specifici obblighi inerenti al pubblico servizio». A livello nazionale, come è stato argomentato, si ritiene «che il carattere economico di un servizio debba essere riscontrato ogniqualvolta risulti possibile, per i caratteri tipici della prestazione, la produzione di un utile o un avanzo di gestione» ovvero per tali servizi «devono considerarsi tutti quelli che, nel perseguimento di una missione volta a tutelare i bisogni espressi dalla generalità degli individui, siano almeno astrattamente atti a produrre utili, in quanto idonei ad essere offerti su un dato mercato dietro retribuzione», così F. GAVERINI, *Il rapporto tra modalità di erogazione dei servizi e soddisfazione degli utenti: il caso della legge regionale della Lombardia n. 26 del 12 dicembre 2003, in Servizi pubblici e appalti*, 2005, 2, 352-353.

al mercato e del tutto estranei alla regola della concorrenza).

Per cui i Comuni, in quanto enti esponenziali della comunità territoriale, sarebbero così legittimati (104) a identificare e organizzare i servizi di interesse generale, nonché di scegliere il modello di gestione.

Anche la risoluzione del Parlamento europeo 14 gennaio 2004 in base al principio di autonomia istituzionale goduto dagli enti locali consente loro di espletare un potere di autoproduzione/autogestione per cui gli enti locali possono «affidare i servizi ad entità esterne senza procedure d'appalto qualora la loro supervisione sia analoga a quella esercitata da esse sui propri servizi».

Insomma, i diritti sociali europei vedrebbero primeggiare il principio di solidarietà, con funzione servente delle libertà economiche, anzi, la coesione sociale si porrebbe quale limite al mercato e alla regola della concorrenza, recuperandosi così una «dimensione sociale» dello Stato, piuttosto che vederlo come parte ad essa contrapposta.

La gestione dei rifiuti costituisce «un bisogno di carattere generale, in quanto correlata ad esigenze di salute pubblica e tutela ambientale, che i privati potrebbero non riuscire a garantire (per cui) lo Stato (può) decidere di far svolgere tale attività da autorità pubbliche, nell'assunto che il regime di libera concorrenza tra privati possa non risultare sufficiente al raggiungimento dello scopo. Il tutto anche alla luce dell'art. 86, comma 2 TCE, che consente alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale di essere sottoposte alle regole di concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (105).

Da questo quadro di considerazioni, emergerebbe la figura del cittadino titolare di diritti fondamentali piuttosto che ridotto a mero utente destinatario del servizio, di qui una più potenziata tutela del cittadino e la possibilità, per gli Stati membri, di – appunto – individuare dei settori di interesse economico-generale deroganti il sistema della concorrenza. Del resto le suddette norme (art. 86, comma 2 e art. 16 TCE) potrebbero ritenersi «mediate» in sede nazionale (della trama dei valori costituzionali, più precisamente) dall'art. 43 Cost., norma considerata dalla giurisprudenza assai viva e vegeta, in particolare ove questa venga ricondotta ai non meno fondamentali principi della Carta costituzionale, ovvero ove si pervenga alla dimensione sociale che sta alla base di politiche

pubbliche che decidono di porre in essere delle riserve in favore delle istituzioni pubbliche eroganti servizi universali o comunque a forte solidarietà sociale.

In effetti, facendo leva sul diritto a fruire collettivamente dei beni pubblici globali (quale l'ambiente salubre), in una visione focalizzata sul cittadino, concentrandosi come fanno la Corte di giustizia delle Comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo «su un coerente bilanciamento dei diritti, piuttosto che su interpretazioni meramente testuali, nella disamina giudiziale sul se, ad esempio, restrizioni dei diritti «sono necessarie in una società democratica nell'interesse della salute pubblica, per la protezione dell'ordine pubblico, sanitario (...)»», vieppiù imponendo ai giudici nazionali e internazionali, di confrontare ««principi di mercato» centrati sui cittadini e «principi sui diritti umani» che possono richiedere nuovi approcci interpretativi alle norme statali del diritto internazionale» (106), cosicché «Teorie della giustizia, diritti umani e costituzionalismo spesso negano che i mercati discendano inevitabilmente dalla protezione dei diritti umani.

Per creare le risorse necessarie al godimento dei diritti umani, e per coordinare le autonome condotte individuali, i mercati devono essere giuridicamente costituiti al fine di limitare i «fallimenti del mercato» e fornire «beni pubblici collettivi» (107). L'argomento trova quindi ingresso nella questione dei cosiddetti «beni comuni», meritevoli di rilevanza e di tutela di livello costituzionale (108).

**11.** - Vanno altresì considerate, nel contesto del nuovo Titolo V della Costituzione, le normative regionali intervenute in materia ambientale. In generale pare condivisibile l'affermazione per la quale «la competenza esclusiva dello Stato è pur sempre una di quelle che si possono trasformare in concorrenti o residuali regionali; secondo le modalità ivi previste» (109) (vedasi l'art. 117, commi 2 e 3, l'art. 116, comma 3 e l'art. 119 Cost.).

Segnatamente sugli ambiti territoriali ottimali e sull'organizzazione dei sistemi integrati di gestione dei rifiuti (110) va rammentato come la normativa emanata dalle Regioni deve considerare che – come affermato dalla Corte costituzionale – l'ambiente è anzitutto un valore (111), oltre che una materia-funzione, ovvero «trasversale».

La Regione può legiferare in materia di servizi pubblici, ma tenendo conto che la competenza legislativa statale è esclusiva ove, per esempio, si tratti (anche indirettamente) di tutela della concorrenza (112). La Corte costituzionale ha

(104) Cfr. S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 2, 467 e ss.

(105) E. FURNO, *Modelli di gestione e soggetti strumentali dei Comuni: appaltatori, concessionari, società, holdings*, in *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte* (a cura di A. LUCARELLI e A. PIEROBON), Napoli, 2009, 117, con riferimento all'attività di raccolta dei rifiuti di cui alla sentenza Corte di giustizia CE 10 novembre 1998, in causa C-360/1996, *BFI Holding*.

(106) E.U. PETERSMANN, *La giustizia nel diritto internazionale dell'economia: Dal «diritto internazionale fra Stati» al «diritto internazionale dell'integrazione» e al «diritto costituzionale»*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto internazionale, Ars interpretandi*, Annuario di ermeneutica giuridica, Roma, 2008, XIII, 139-140.

(107) *Ibidem*, 153.

(108) Si tratta di una nozione non positivizzata, bensì metagiuridica, di derivazione economica, anche se storicamente se ne individuano profili nell'ordinamento giuridico romano. Ciò non vuol dire che il concetto dei beni comuni non abbia o non possa avere rilevanza giuridica anche sul piano della effettività, però dobbiamo per ora limitarci a considerazioni *de jure condendo*.

(109) D. DEPRETIS, *Il codice dell'ambiente e il riparto delle funzioni tra Stato e Regioni*, in *Studi sul codice dell'ambiente* (a cura di M. PILADE CHITI e R. URSI), Torino, 2009, 106, nello stesso volume, sul medesimo punto, si veda anche A.M. CITRIGNO, *La protezione dell'ambiente e la programmazione negoziata*, per la quale Autrice «Il principio di sussidiarietà e il prin-

cipio di leale collaborazione e, non ultimo, il principio dello sviluppo sostenibile rappresentano pertanto i principi cardine attorno ai quali si conformano i rapporti tra i vari livelli di governo dell'ambiente» (201).

(110) Su questi argomenti sia consentito il rinvio allo scritto di A. PIEROBON, *Forme di cooperazione e autorità d'ambito in materia di rifiuti nella legislazione nazionale e della Regione Veneto*, in *Il diritto della Regione*, Padova, 2005, 1-2, 165-223.

(111) Sentenza della Corte costituzionale 26 luglio 2002, n. 407, in questa Riv., 2002, 495, con nota di S. MASINI, *Sul «ridimensionamento» della potestà esclusiva dello Stato e sul recepimento della nozione diffusa di ambiente quale valore costituzionalmente protetto*. Per le funzioni amministrative si veda la sentenza della Corte costituzionale 13 gennaio 2006, n. 4, in *Giur. cost.*, 2003, 15.

(112) Con la riforma del Titolo V della Costituzione, ed in particolare con l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. si costituzionalizza il principio della sussidiarietà orizzontale, ossia si offre la possibilità ai privati di erogare servizi pubblici anche di interesse generale. Cosicché per taluni l'affidamento *in house*, fermo restando il limite del controllo analogo, rimarrebbe una formula legittima. Il disegno di legge delega in materia di servizi pubblici (conosciuto come c.d. Lanzillotta) che si proponeva di ridisegnare i servizi pubblici locali in particolare per gli aspetti relativi alla tutela della concorrenza, in una prima stesura parlava di eccezionalità dell'affidamento *in house*, nell'ultima stesura (sempre generata nell'alveo governativo) indicava un modello limitato.

affermato che, per la nuova disciplina sui servizi pubblici locali, avrebbe un aggancio costituzionale nella materia della «tutela della concorrenza» di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione e quindi, come detto, competenza legislativa esclusiva dello Stato, almeno per i servizi aventi rilevanza economica, esclusi i servizi senza tale rilevanza «proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale».

Anche la tutela della concorrenza è materia-funzione (con carattere di trasversalità) talché utilizzando il criterio di proporzionalità e di adeguatezza non è detto che la competenza nell'individuare lo strumento più idoneo a rispondere ai bisogni collettivi pubblici sia solamente quella statale.

**12.** - Un gruppo di Comuni, riuniti in forma associativa stabile, ha affidato la gestione dell'impianto (di proprietà) di digestione anaerobica dei rifiuti organici (con produzione di energia e di calore) ad una società anch'essa totalitaria pubblica, nella quale anche tutti i Comuni, assieme ad altri, risultano essere soci. Occorre, come già notato, svolgere una analisi perlopiù pragmatica e funzionale.

Più esattamente:

1) l'impianto *de quo* è stato realizzato in precisa attuazione del Piano di gestione dei rifiuti della Provincia di appartenenza (che lo prevedeva onde soddisfare il conferimento dei rifiuti organici prodotti da ogni Comune);

2) l'impianto si configura quale impianto di smaltimento, ancorché produca energia e calore (113), limitato alla sola territorialità e all'utenza pubblica provinciale;

3) i rifiuti organici essendo di provenienza del sistema pubblico (rifiuti urbani e assimilati raccolti nell'ambito dei servizi pubblici locali) vengono ivi conferiti, appunto, per la suddetta attività di smaltimento. Il pubblico potere assume quindi una sorta di mediazione per questo (obbligatorio) pubblico servizio, con evidenti benefici pubblici (anche in termini di scelte pubblicistiche derivanti da valutazioni di indole ambientale, salute pubblica, eccetera) non giustificanti l'ingresso di altri competitori, in quanto, in ultima analisi, non si intendono incoraggiare gli scambi nel mercato, ovvero questo ultimo;

4) lo smaltimento, per l'appunto, è l'attività precipua-

mente ricadente nella c.d. «privativa comunale», quindi assume un carattere obbligatorio (nel senso che i produttori dei rifiuti *de quibus* non possono decidere di avviare gli stessi fuori del circuito pubblico, salvo – con taluni *distinguo* – per il recupero). In tal senso potrebbero invocarsi le gaurentigie di cui agli artt. 41 e 43 Cost.;

5) la tariffa di conferimento all'impianto (cioè dei rifiuti in ingresso) viene determinata dal soggetto pubblico per via provvedimentale;

6) i proventi di finanziamento della tariffa di conferimento vengono acquisiti dai Comuni conferenti (o da chi per essi) tramite la tariffa per la gestione dei rifiuti, quindi con una entrata che è stata considerata essere di natura tributaria (vedasi sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2009, decisa il 16 luglio 2009 e depositata il 24 luglio 2009, in *Foro it.*, 2009, 11, 2900) (114);

7) le scelte effettuate dalla pubblica amministrazione per l'espletamento di questo obbligatorio servizio destinato alla sola utenza produttrice di rifiuti pubblici, contengono, come dianzi cennato, istanze extraeconomiche, che non rendono quindi omologabile la scelta al solo dato gestionale (contrattuale, di mercato, ecc.) bensì esibisce contenuti anche regolativi (e quindi sottratti al mercato), per cui potrebbe intravedersi *in parte qua* anche una «mediazione» del pubblico potere tra il mercato e l'utente;

8) l'affidamento *de quo* potrebbe quindi essere giustificato anche senza il previo esperimento di una gara (115);

9) occorre però verificare se l'affidamento rientri (o meno) nella forma della concessione, ciò al di là del *nomen juris* utilizzato. Si badi come lo «sbilanciamento» gestionale dalla concessione all'appalto di servizi vada affermato in concreto: per esempio riguardando se tutto, o una parte, del corrispettivo ancorché riferito al tonnellaggio dei rifiuti in ingresso d'impianto, vada considerato aleatorio, in quanto collegato ad un quantitativo non fisso, non garantito, eccetera, e quindi con parziale assunzione di rischio del gestore *in parte qua* – il che, correlativamente, rilevarebbe anche per la parte ricavi da cessione di energia e calore. Insomma, occorrerebbe verificare (nel complessivo sinallagma instaurato tra l'affidante e l'affidatario) se il rischio in parola sia (o meno), tra altro, da considerarsi «significativo»

(113) Lo smaltimento è infatti «ogni operazione finalizzata a sottrarre definitivamente una sostanza, un materiale o un oggetto dal circuito economico e/o di raccolta» ecc. L'avvio dei rifiuti urbani e assimilati ad un termovalorizzatore può essere considerato smaltimento o recupero a seconda se il trattamento termico dei rifiuti sia finalizzato al loro smaltimento (nel qual caso l'impianto è di incenerimento), ovvero alla produzione di energia (nel qual caso l'impianto è di co-incenerimento): in proposito si veda l'art. 2, lett. e) del d.lgs. 11 maggio 2005, n. 133 e la giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia CE: Sez. V 13 febbraio 2003, in causa C-228/00 in *Racc.*, 2003, I-01439; Sez. V 13 febbraio 2003, in causa C-458/00, *ivi*, 2003, I-01553). Siccome qui l'impianto è finalizzato al trattamento, per lo smaltimento, dei rifiuti pubblici, si ricade nell'ambito di un'attività di smaltimento. Alle stesse conclusioni si arriverebbe anche argomentando con la nuova direttiva rifiuti, direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 (pubblicata in *G.U.C.E.* 22 novembre 2008, n. L 312/3 ed entrata in vigore il 12 dicembre 2008), per la quale gli impianti di termovalorizzazione potrebbero essere considerati non di smaltimento, bensì di recupero energetico allorché esauriscono quanto prevede la formula energetica (il che pare difficilmente realizzabile, allo stato, per la stragrande maggioranza degli impianti italiani). La nuova direttiva all'art. 4 conferma la nuova gerarchia dei rifiuti che si scansiona nelle seguenti attività: a) prevenzione; b) preparazione per il riutilizzo; c) riciclaggio; d) recupero («qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale. L'allegato II riporta un elenco non esaustivo di operazioni di recupero», art. 3, punto 15) di altro tipo, per esempio il recupero di energia; e) smaltimento («qualsiasi operazione diversa dal recupe-

ro anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia. L'allegato I riporta un elenco non esaustivo di operazioni di smaltimento», art. 3 punto 19). Si badi come le definizioni contenute nell'art. 3 debbano essere interpretate dopo la lettura (ordinatoria) dell'art. 4 della gerarchia dei rifiuti.

(114) Sul punto, *ex multis*, A. PIEROBON, *La tariffa rifiuti nella recente giurisprudenza*, in *Governo e gestione dei rifiuti*, cit., 569; da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale 24 luglio 2009, n. 238, in *Riv. giur. trib.*, 2009, 855: si afferma la natura tributaria, ma si perde anche l'occasione per chiarire alcune questioni; dello stesso Autore si veda, da ultimo, il commento all'art. 238 (tariffa) del codice ambientale, che diventa una ricostruzione (anche evolutiva) dell'istituto è contenuta nel *Nuovo codice dell'ambiente*, AA.VV., Rimini, 2009, 941-962 e altresì (*ex plurimis*) i volumi *La nuova tariffa sui rifiuti*, Bergamo, 1999; *Il nuovo sistema tariffario per la gestione dei rifiuti*, Livorno, 1999; *Diritto ambientale dei rifiuti: internazionale, comunitario, nazionale e regionale*, Livorno, 2004.

(115) Si evidenzia come la non applicazione del sistema di gara può essere legittima - nel rispetto dei principi del Trattato europeo - ove non esiste un mercato dei beni e dei servizi pubblici, talché non necessita la tutela della concorrenza. A maggior ragione - senza ora considerare la questione dei principi e quindi anche del controllo analogo - la gara poteva non svolgersi poiché nello smaltimento dei rifiuti urbani e assimilati non esiste (e non può esistere, a differenza dell'attività di recupero) un mercato (di scambi tra la pubblica amministrazione e un soggetto terzo, assumente, per delega, la domanda dell'utenza del servizio di cui trattasi, ovvero rispondente ai bisogni strumentali della P.A.). È bensì vero, per quanto argomentato, che questo servizio rimane quale parte integrante della stessa pubblica amministrazione.

(116). In ogni caso, ove venga considerato non esistente un mercato per questo servizio, in quanto il Piano regionale e/o provinciale ha dato una chiara soluzione ai flussi dei rifiuti «pubblici», non potrebbe, comunque, venire affermata una completa aleatorietà del servizio. Infine, vanno tenute presenti anche le valutazioni connesse alla rilevanza dei costi di investimento da effettuarsi per siffatta impiantistica e la loro scelta di assunzione da parte del sistema pubblico, proprio per evitare altrettanto rilevanti ribaltamenti tariffari (ove assunti in una logica imprenditoriale di mercato) a carico dell'utenza;

10) i Comuni sono presenti (in forma non totalitaria) nella società interamente pubblica gestore dell'impianto, però va verificata la realizzazione del «controllo analogo» come dianzi illustrato, ovvero – congiuntamente e simultaneamente – la sussistenza dei noti tre requisiti dell'*in house* (del «controllo analogo») anche in seno alla predetta società gestore dell'impianto (117);

11) d'altronde, si ripete, il conferimento dei rifiuti (pubblici: rifiuti urbani e assimilati) diventa obbligatorio per i gestori dei servizi pubblici provinciali. Unico è quindi l'impianto (pubblico) all'uopo previsto dal Piano regionale e/o provinciale;

12) ragione per cui si potrebbe assumere che ai bisogni collettivi afferenti alla soluzione igienico-sanitaria dei rifiuti organici (tra l'altro considerando i loro tempi – più stretti – e le modalità – più attente – di raccolta e di trasporto, per i noti fenomeni che generano odori, percolato, attirano cani randagi, ecc.) si è data idonea (e utile) risposta pubblica (si badi: non di mercato) con la scelta impiantistica in parola. Tanto potrebbe, a nostro avviso, consentire anche di utilizzare, per la ricorribilità all'*in house*, (ovvero a forme di esclusione/derogatorie della gara) le argomentazioni interpretative (ancorché minoritarie) già svolte nella parte relativa ai beni comuni e ai diritti sociali e solidaristici (118);

13) pare quindi essere predicabile l'applicazione dell'*in house providing* per la concessione dell'impianto (auspicabilmente: la concessione «unitaria» dell'impianto e della sua gestione) ad un soggetto pubblico acciò incaricato, ovviamente a condizione che venga (concretamente, e negli stru-

menti all'uopo apprestabili e/o modificabili) realizzato quanto meglio previsto dalla giurisprudenza comunitaria, in particolare per quanto concerne il cosiddetto «controllo analogo»;

14) per quanto evidenziato in ordine al regime di privativa – nel quale ricade l'attività di smaltimento svolta dall'impianto a servizio della utenza produttrice di rifiuti cosiddetti «pubblici» avviati, appunto, allo smaltimento – tale attività viene riservata alla pubblica amministrazione, tramite i propri moduli organizzativi: quindi sembrerebbe non necessario ricorrere a quelle «situazioni eccezionali (...) che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato», ovvero che rendono utilizzabile la deroga di cui all'art. 23-bis, comma 3 della legge n.166/2009 (119);

15) a' fini «precauzionistici» si potrebbe comunque ipotizzare, una volta ordinato e organizzato (coi vari strumenti già detti), il «controllo analogo» tra i due soggetti pubblici, di motivatamente comunicare, con la formula del «se e per quanto possa occorrere», alla Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'affidamento e le ragioni per le quali si ritiene utilizzare l'affidamento *in house*, e, al contempo, per le quali si ritiene di essere, come dire... «esclusi» dal suo intervento, ovvero dalla disciplina di cui ai commi 3 e 4 del citato art. 23-bis;

16) rimane, comunque, da verificare quanto verrà disciplinato dai regolamenti di cui al comma 10 dell'art. 23-bis, in uno con la disciplina transitoria di cui al comma 8 del medesimo articolo, ove, al comma 1, lett. a) si legge che «le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "*in house*" cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lett. b) del comma 2» e alla lett. e) «le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante». □

(116) In proposito si veda quanto precedentemente riportato in nota alla sentenza della Corte di giustizia CE, Sez. III 10 settembre 2009, in causa C-206/08.

(117) Sarebbe quindi da verificare se la presenza come soci nella società totalitaria pubblica consenta, o meno, di esercitare il «controllo analogo», ovvero se per i Comuni della Comunità comprensoriale possano discostarsi dalle determinazioni relative agli aspetti più rilevanti della gestione societaria come assunte dagli altri soci in seno alla predetta società pubblica gestore dell'impianto, ovvero se il controllo esercitato sia concreto e reale, con ciò «non risultando indispensabile che sia individuale» (T.A.R. Campania - Napoli, Sez. I 13 settembre 2006, n. 8055, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 9, 3006). In proposito si veda anche la Corte di giustizia CE, Sez. III 13 novembre 2008, in causa C-324/07, *Coditel Brabant*, in *Foro amm. C.D.S.*, 2008, 11, 2899 e Sez. II 17 luglio 2008, in causa C-

371/05 ove il controllo è da ritenersi analogo anche se esercitato deliberando a maggioranza (e non all'unanimità) poiché «le regole sui *quorum*, strutturali e funzionali, rivestono una rilevanza secondaria purché non risulti esclusa in maniera radicale la possibilità per ciascun ente associato di prendere parte attiva alla formazione delle decisioni della società».

(118) Si veda, sotto un profilo altamente teorico, i saggi di P. BARCELONA, *Le passioni negate. Globalismo e diritti umani*, Troina (EN), 2001.

(119) Si ricorda come il comma 4-bis dell'art. 23-bis prevede che «I regolamenti di cui al comma 10 definiscono le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4», quindi saranno i futuri (sempre imminenti) regolamenti a stabilire la soglia economica di sottrazione dall'incombente del parere preventivo di cui al comma 3 del medesimo articolo.

## PARTE II - GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia CE, Sez. I - 14-5-2009, in causa C-34/08 - Jann, pres.; Ilesic, est.; Trstenjak, avv. gen. - Azienda agricola Disarò Antonio e a. c. Cooperativa Milka 2000 s.c.a.r.l.

**Agricoltura e foreste - Organizzazione comune dei mercati - Quote latte - Prelievo - Validità del reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788 - Obiettivi della politica agricola comune - Principi di non discriminazione e di proporzionalità - Determinazione del quantitativo di riferimento nazionale - Criteri - Rilevanza del criterio di uno Stato membro deficitario.** [Reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788]

**Agricoltura e foreste - Organizzazione comune dei mercati - Quote latte - Principio di non discriminazione - Reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788.** [Reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788]

**Agricoltura e foreste - Organizzazione comune dei mercati - Quote latte - Principio di proporzionalità - Reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788.** [Reg. (CE) Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788]

*La circostanza che il reg. (CE) del Consiglio 29 settembre 2003, n. 1788, che stabilisce un prelievo nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, non prenda in considerazione, nell'ambito della determinazione del quantitativo di riferimento nazionale, il carattere deficitario dello Stato membro interessato non è tale da incidere sulla conformità del medesimo regolamento agli obiettivi previsti in particolare dall'art. 33, n. 1, lett. a) e b) CE (1).*

*L'esame del regolamento n. 1788/2003, alla luce del principio di non discriminazione, non rende manifesto alcun elemento atto ad inficiare la validità di tale regolamento (2).*

*L'esame del regolamento n. 1788/2003, alla luce del principio di proporzionalità, non rende manifesto alcun elemento atto ad inficiare la validità di tale regolamento (3).*

(Omissis)

### Sulle questioni pregiudiziali

#### Sulla prima questione

22. - Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la circostanza che il regolamento n. 1788/2003 non prenda in considerazione, nell'ambito della determinazione del quantitativo di riferimento nazionale, il carattere deficitario dello Stato membro interessato sia tale da incidere sulla conformità di detto regolamento agli obiettivi previsti in particolare dall'art. 33, n. 1, lett. a) e b), CE.

Argomenti delle parti

(Omissis)

Soluzione della Corte

- Sul carattere deficitario di uno Stato membro quale elemento rilevante ai fini della determinazione del quantitativo di riferimento nazionale

30. - Le ricorrenti nella causa principale fanno valere, sostanzialmente, che il sistema di determinazione del «quantitativo di riferimento nazionale» ai sensi del regolamento n. 1788/2003

avrebbe dovuto prendere in considerazione anche il carattere deficitario della Repubblica italiana. Orbene, alla Repubblica italiana sarebbe stato attribuito un quantitativo di riferimento che corrisponde approssimativamente alla metà del suo fabbisogno nazionale, mentre, per il resto, essa sarebbe costretta ad importare latte da altri Stati membri.

31. - A tale proposito occorre ricordare che il carattere deficitario di uno Stato membro non costituisce uno degli elementi rilevanti per la determinazione del quantitativo di riferimento nazionale (v., in tal senso, sentenza 20 settembre 1988, causa C-203/86, Spagna/Consiglio, *Racc.* pag. 4563, punto 29).

32. - Se è certo vero che, nella citata sentenza, era in discussione una riduzione del quantitativo di riferimento nazionale, si deve, ciò nondimeno, sottolineare che il medesimo ragionamento va parimenti applicato agli aumenti di tale quantitativo. Infatti, l'«obiettivo principale» del regolamento n. 1788/2003 ai sensi del suo terzo «considerando» è affrontare il divario tra l'offerta e la domanda dei prodotti lattiero-caseari, tanto per le riduzioni quanto per gli aumenti del quantitativo di riferimento.

33. - Peraltro, per raggiungere detto obiettivo è richiesto uno sforzo di solidarietà cui devono partecipare allo stesso modo tutti i produttori della Comunità (v. sentenze 9 luglio 1985, causa C-179/84, Bozzetti, *Racc.*, pag. 2301, punto 32, e Spagna/Consiglio, cit., punto 29). Il meccanismo del mercato agricolo comune, infatti, presuppone che gli Stati membri la cui domanda nazionale di latte superi l'offerta possano importarlo prima di tutto dagli Stati membri la cui domanda di latte è inferiore all'offerta. Inoltre, le ricorrenti nella causa principale hanno sostenuto in udienza che il quantitativo globale di riferimento della Comunità non è stato superato, cosicché si può dedurre che esse non asseriscono che la domanda globale di latte nella Comunità superi l'offerta dello stesso.

34. - Ne deriva che la considerazione del carattere deficitario dello Stato membro interessato è priva di rilevanza relativamente a ciò che concerne la determinazione del «quantitativo di riferimento nazionale» ai sensi del regolamento n. 1788/2003 e che l'argomentazione delle ricorrenti nella causa principale sostenuta a riguardo dev'essere respinta.

35. - Le ricorrenti nella causa principale fanno quindi valere che utilizzare il 1983 come anno di riferimento è errato, in quanto siffatto riferimento non è stato stabilito secondo il criterio del carattere deficitario dello Stato membro interessato.

36. - Va osservato, in primo luogo, che dal punto 34 della presente sentenza risulta che detto criterio è privo di qualsivoglia rilevanza ai fini della determinazione del quantitativo di riferimento nazionale. Tale ragionamento vale *a fortiori* rispetto alla rilevanza del criterio in parola relativamente all'introduzione, da parte del regolamento n. 856/84, del regime dei quantitativi di riferimento.

37. - In secondo luogo, dalla giurisprudenza discende che, allorché l'attuazione di una politica comune implica, da parte del Consiglio, la valutazione di una situazione economica complessa, il potere discrezionale spettante all'istituzione non riguarda esclusivamente la natura e la portata dei provvedimenti da adottare, ma anche, in una certa misura, l'accertamento dei dati di fatto, in particolare nel senso che essa può eventualmente fondarsi su accertamenti globali (v., in particolare, sentenza 17 luglio 1997, cause riunite C-248/95 e C-249/95, SAM Schiffahrt e Stapf, *Racc.* pag. I-4475, punto 25).

38. - In terzo e ultimo luogo, si deve rilevare che dal nono «considerando» del regolamento n. 856/84 risulta che la determinazione del quantitativo di riferimento nazionale per la Repubblica italiana è basata su criteri particolarmente favorevoli. L'anno 1983, difatti, è stato scelto come anno di riferimento considerando che, in tale Stato membro, la raccolta della produzione lattiera nel 1981

era stata la più scarsa degli ultimi dieci anni, la resa media per vacca era stata inferiore alla media comunitaria e l'aumento apparente delle consegne tra il 1981 ed il 1983 corrispondeva in misura sostanziale ad un'evoluzione strutturale consistente in una riduzione delle consegne dirette compensate da un aumento delle consegne alle latterie.

39. - Ne consegue che il menzionato argomento delle ricorrenti nella causa principale relativo alla scelta dell'anno 1983 come anno di riferimento deve essere respinto.

40. - Le ricorrenti nella causa principale sostengono tuttavia che, in base alla sentenza 14 marzo 2002, causa C-340/98, Italia/Consiglio (*Racc.* pag. I-2663), il carattere deficitario della produzione dello Stato membro interessato deve essere preso in considerazione nell'ambito della politica comune del latte analogamente a quanto accade nell'ambito di quella dello zucchero.

41. - A tale riguardo basti osservare che siffatto criterio figura esplicitamente nella normativa comunitaria relativa al regime dello zucchero di cui si trattava nella causa citata. Per contro, se il legislatore comunitario avesse inteso prevedere il carattere deficitario della produzione dello Stato membro interessato come uno dei criteri rilevanti per la determinazione del «quantitativo di riferimento nazionale» ai sensi del regolamento n. 1788/2003, avrebbe potuto farlo agevolmente tramite un rinvio in detto regolamento. Orbene, ciò non si è verificato, e pertanto l'argomento in parola deve essere respinto.

42. - Va parimenti respinto l'argomento delle ricorrenti nella causa principale secondo cui esse si troverebbero obbligate a cofinanziare eccedenze di cui non sono responsabili. Infatti, secondo il quinto 'considerando' come pure dell'art. 4 del regolamento n. 1788/2003, i produttori che hanno contribuito al superamento sono debitori verso lo Stato membro del pagamento del contributo al prelievo dovuto soltanto per il superamento dei rispettivi quantitativi di riferimento disponibili, non risultando quindi possibile accertare più precisamente i produttori o gli Stati membri responsabili di un'eventuale sovrapproduzione di latte.

43. - Da quanto precede deriva che il carattere deficitario dello Stato membro interessato non può essere ritenuto uno dei criteri rilevanti per la determinazione del «quantitativo di riferimento nazionale» ai sensi del regolamento n. 1788/2003.

- Sulla conformità del regolamento n. 1788/2003 agli obiettivi dell'art. 33, n. 1, CE

44. - Va innanzitutto ricordato che il legislatore comunitario dispone, in materia di politica agricola comune, di un ampio potere discrezionale corrispondente alle responsabilità politiche che gli artt. 34 CE-37 CE gli attribuiscono (sentenza 17 gennaio 2008, cause riunite C-37/06 e C-58/06, *Viamex Agrar Handel e ZVK*, *Racc.* pag. I-69, punto 34).

45. - Per quanto riguarda più specificamente gli obiettivi della politica agricola comune previsti all'art. 33 CE, le istituzioni comunitarie devono garantire la conciliazione permanente che può essere richiesta da eventuali contraddizioni fra questi obiettivi considerati separatamente e, se del caso, dare all'uno o all'altro di essi la preminenza temporanea resa necessaria dai fatti o dalle circostanze di natura economica in considerazione dei quali essi adottano le proprie decisioni (v., in particolare, sentenza 19 marzo 1992, causa C-311/90, *Hierl*, *Racc.* pag. I-2061, punto 13 e giurisprudenza ivi citata).

(*Omissis*)

57. - Tutto ciò premesso, occorre risolvere la prima questione nel senso che la circostanza che il regolamento n. 1788/2003 non prenda in considerazione, nell'ambito della determinazione del quantitativo di riferimento nazionale, il carattere deficitario dello Stato membro interessato non è tale da incidere sulla conformità del medesimo regolamento agli obiettivi previsti in particolare dall'art. 33, n. 1, lett. a) e b), CE.

#### *Sulla seconda e terza questione*

58. - Con tali questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se il regolamento n. 1788/2003 violi il principio di non discriminazione in quanto, nell'ambito della determinazione del quantitativo di riferimento nazionale, non prende in considerazione il carattere deficitario dello Stato membro interessato.

Argomenti delle parti

(*Omissis*)

Soluzione della Corte

66. - Le ricorrenti nella causa principale sostengono, sostanzialmente, che, dato il carattere deficitario della produzione lattiera italiana, la loro situazione si distinguerebbe rispetto a quella degli altri produttori di latte, in particolare, da quegli Stati membri che sono eccedentari. Siffatto trattamento differenziato penalizzerebbe segnatamente i piccoli produttori.

67. - In proposito è da ricordare che, a termini dell'art. 34, n. 2, secondo comma, CE, l'organizzazione comune dei mercati agricoli deve escludere qualsivoglia discriminazione fra produttori o consumatori della Comunità. Secondo una costante giurisprudenza, il principio di non discriminazione impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato (sentenza 23 ottobre 2007, causa C-273/04, *Polonia/Consiglio*, *Racc.* pag. I-8925, punto 86 e giurisprudenza ivi citata).

68. - Ciò premesso, riguardo alla menzionata argomentazione basti osservare che dai punti 30-43 della presente sentenza emerge che il carattere deficitario di uno Stato membro è privo di rilevanza ai fini della determinazione del quantitativo di riferimento nazionale, cosicché le ricorrenti nella causa principale non possono far valere che, per tale motivo, esse si trovano in una situazione diversa da quella dei produttori di latte di altri Stati membri.

69. - Orbene, anche volendo ammettere che il regolamento n. 1788/2003, il quale si applica indistintamente a tutti i titolari di quantitativi di riferimento, in effetti gravi sui piccoli produttori maggiormente che sui grandi, si deve constatare che il fatto che una misura applicata nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato possa avere ripercussioni diverse per determinati produttori, a seconda dell'orientamento individuale della loro produzione, non costituisce una discriminazione, dal momento che detta misura si fonda su criteri obiettivi, adeguati alle necessità del funzionamento globale dell'organizzazione comune di mercato. Tale è il caso del regime delle quote latte e del prelievo, che è strutturato in maniera che i quantitativi di riferimento individuali sono fissati ad un livello tale che il loro totale non supera il quantitativo globale garantito di ciascuno Stato membro (v., per analogia, sentenza *Hierl*, cit., punto 19 e giurisprudenza ivi citata).

70. Da quanto precede discende che, in mancanza dell'esistenza di una situazione diversificata, occorre risolvere la seconda e la terza questione nel senso che l'esame del regolamento n. 1788/2003, alla luce del principio di non discriminazione, non ha reso manifesto alcun elemento atto ad inficiare la validità di tale regolamento.

#### *Sulla quarta questione*

71. - Con detta questione il giudice del rinvio si domanda, in sostanza, se il regolamento n. 1788/2003 violi il principio di proporzionalità in quanto l'applicazione uniforme del prelievo andrebbe al di là dell'obiettivo di un'organizzazione comune del mercato, imponendo una bassa produttività e bassi redditi alla media delle aziende agricole italiane.

Argomenti delle parti

(*Omissis*)

Soluzione della Corte

76. - Dal momento che il regolamento n. 1788/2003 costituisce parte integrante della politica agricola comune, occorre ricordare che, in materia, il Consiglio dispone di un potere discrezionale e che il controllo giurisdizionale di detto potere si limita ad accertare il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire (v., in tal senso, sentenza 5 marzo 2009, causa C-479/07, *Francia/Consiglio*, non ancora pubblicata nella *Racc.*, punto 63 e giurisprudenza ivi citata).

77. - Dai punti 47-49 della presente sentenza risulta che la stabilizzazione del mercato del latte costituisce l'obiettivo principale

del regolamento n. 1788/2003, rientrante nella finalità della stabilizzazione dei mercati menzionata espressamente all'art. 33, n. 1, lett. c), CE. Del resto, secondo i punti 4 e 50 della presente sentenza, il perseguimento di detto obiettivo è limitato sotto il profilo temporale.

78. - Più specificamente, dal punto 49 della presente sentenza discende che l'adozione del regolamento n. 1788/2003 è stata necessaria al fine di ridurre il divario tra l'offerta e la domanda di latte e di prodotti lattiero-caseari come pure le conseguenti eccedenze strutturali per conseguire un migliore equilibrio del mercato.

79. - Peraltro, come osservato dall'avvocato generale nei paragrafi 9 e 67 delle sue conclusioni, il legislatore comunitario ha preso in considerazione quale alternativa all'introduzione del prelievo supplementare la riduzione del prezzo sovvenzionato, la quale avrebbe avuto ripercussioni molto più negative sul reddito dei produttori di latte rispetto all'introduzione del prelievo supplementare.

80. - Ai punti 30-43 della presente sentenza è stato inoltre evidenziato che il carattere deficitario dello Stato membro interessato è privo di rilevanza per la determinazione del quantitativo di riferimento nazionale.

81. - Orbene, secondo il punto 57 della presente sentenza, il regolamento n. 1788/2003 è conforme anche agli obiettivi previsti all'art. 33, n. 1, lett. a) e b), CE.

82. - Pertanto, il regolamento n. 1788/2003 non è manifestamente inidoneo al perseguimento dell'obiettivo della stabilizzazione dei mercati.

83. - Considerato quanto precede occorre quindi concludere che l'esame del regolamento n. 1788/2003, alla luce del principio di proporzionalità, non ha rivelato alcun elemento atto ad inficiare la validità del regolamento in parola.

(Omissis)

(1) QUOTE LATTE, IRRILEVANZA DEL CARATTERE DEFICITARIO DELLO STATO MEMBRO NELLA DETERMINAZIONE DEL QUANTITATIVO DI RIFERIMENTO NAZIONALE.

La domanda di pronuncia pregiudiziale, è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società Azienda agricola Disarò Antonio ed altri, a proposito della contestazione di un debito, dovuto dalle società in parola, riguardante il prelievo supplementare per le campagne del latte dal 1995/96 al 2003/2004 e successive.

A titolo di detto prelievo erano stati richiesti importi molto significativi alle aziende in questione.

Le ricorrenti nella causa principale hanno contestato, dinanzi ai giudici nazionali, gli importi in questione, mettendo in discussione la validità del regolamento n. 1788/2003 e il criterio di riparto da esso instaurato tra gli Stati membri del quantitativo globale garantito complessivamente per la Comunità europea e, più specificamente, l'applicazione di tale criterio alla Repubblica italiana. In proposito esse hanno fatto valere, segnatamente, la violazione dei principi di non discriminazione e di proporzionalità.

Con riguardo all'asserita violazione del principio di non discriminazione esse hanno sostenuto che, per determinare in modo definitivo il quantitativo globale garantito alla Repubblica italiana, la Comunità ha preso in considerazione solamente i dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) per la produzione lattiera di un anno di riferimento, ossia il 1983, dati che sono stati utilizzati come base per calcolare detto quantitativo per gli anni successivi, il che ha condotto a qualificare a torto i produttori italiani come «eccedentari».

Quindi il regolamento n. 1788/2003 tratterebbe gli Stati membri deficitari e quelli eccedentari in modo identico, il che costituirebbe una violazione del principio di non discriminazione che non può essere giustificata alla luce del diritto comunitario.

Quanto alla pretesa violazione del principio di proporzionalità, le ricorrenti nella causa principale hanno asserito che siffatto mancato aggiornamento dei volumi di produzione penalizzava i piccoli produttori, perché impediva il loro sviluppo e adeguamento strutturale e, in taluni casi, ne poneva in forse la sopravvivenza, venendo meno un'adeguata remunerazione dei fattori produttivi.

In tale contesto, il Tribunale ordinario di Padova, ha deciso in data 23 gennaio 2008, di sospendere e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali.

1) Se il regolamento n. 1788/2003, che istituisce un prelievo supplementare a carico delle produzioni lattiero-casearie eccedenti la quota nazionale attribuita, senza contare l'aggiornamento periodico del quantitativo attribuito a ciascun Paese comunitario previa verifica in concreto delle rispettive produzioni, sia compatibile con l'art. 32 CE e con le finalità della politica agricola previste, quali l'incremento della produttività dell'agricoltura, lo sviluppo del progresso tecnico, assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola come pure un impiego migliore dei fattori di produzione, in particolare della manodopera, dal momento che tale meccanismo grava anche sui produttori lattiero-caseari italiani, pregiudicandone sia un tenore di vita equa sia lo sviluppo a causa di inadeguata remunerazione dei fattori produttivi e tanto perché in realtà l'Italia è un Paese deficitario, costretto a ricorrere alla importazione di materia prima per sostenere le industrie di trasformazione e di commercializzazione di prodotti di qualità.

2) Se il regolamento n. 1788/2003 sia compatibile con l'art. 33 CE laddove esso prevede l'organizzazione del mercato comune, ma al contempo stesso esclude qualsiasi discriminazione tra produttori o consumatori della Comunità, mentre invece la uniforme applicazione del prelievo, senza effettiva identificazione tra produttori deficitari ed eccedentari, finisce con il discriminare i produttori italiani appartenenti al Paese deficitario.

3) Se il regolamento n. 1788/2003 sia compatibile con l'art. 34 CE laddove prevede che il perseguimento degli obiettivi contemplati dall'art. 33 «deve escludere qualsiasi discriminazione tra produttori o consumatori della Comunità», mentre tale discriminazione è creata dal regolamento che, al fine del contributo supplementare, richiede una contribuzione uniforme sia a produttori appartenenti a Paesi eccedentari sia a quelli deficitari come l'Italia.

4) Se il regolamento n. 1788/2003 sia compatibile con il principio di proporzionalità riconosciuto dall'art. 5 CE, laddove esso limita l'azione della Comunità «a quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato», mentre l'applicazione uniforme del prelievo eccede la stessa finalità di un'organizzazione comune del mercato perché perpetua a carico della media degli addetti agricoli italiani una bassa produttività, bassi redditi e la necessità di un permanente bisogno di sostegno produttivo.

È intervenuto nel giudizio il Consiglio dell'Unione europea, sottolineando che il regolamento n. 1788/2003, stabilendo le quote a livello comunitario, non ripartisce il mercato nel modo auspicato dalle ricorrenti, poiché l'art. 34 CE prevede un'organizzazione europea sul mercato, e sarebbe errato pretendere l'instaurazione di un regime speciale per uno Stato membro deficitario come la Repubblica italiana.

Ed il regime delle quote latte tuttora in vigore, ha osservato ancora il Consiglio, non è incompatibile con la finalità della politica comune: nell'ambito dell'art. 33 CE il legislatore comunitario è chiamato ad assicurare lo sviluppo razionale della produzione agricola e un impiego migliore dei fattori di produzione, nonché a stabilizzare i mercati. Ai fini di quest'ultimo obiettivo il Consiglio ha adottato il prelievo sui quantitativi di latte commercializzati, e la Corte ha dichiarato che le istituzioni, in considerazione delle circo-



stanze economiche, possono dare all'uno o all'altro di detti obiettivi la precedenza temporanea.

Ha pertanto ritenuto il Consiglio che il prelievo dovuto ai sensi del regolamento n. 1788/2003 non violi gli art. 33 CE e 34 CE e sia applicabile a prescindere dallo Stato membro in cui il produttore sia stabilito.

È intervenuta nel giudizio anche la Commissione europea, sostenendo che l'accertamento in concreto dell'equilibrio fra domanda ed offerta del latte in un determinato Stato membro al fine di identificare se quest'ultimo sia deficitario o meno, non è rilevante ai fini del perseguimento delle finalità della politica agricola comune, sottolineando che la Corte si era già pronunciata negativamente sulla rilevanza dell'argomentazione basata sul *deficit* quale elemento determinante nella valutazione degli obiettivi della politica agricola comune e che siffatto ragionamento era applicabile per analogia ad una fattispecie come quella della causa principale.

Secondo la Commissione, l'instaurazione del prelievo sul latte è conforme all'obiettivo di stabilizzazione del mercato. E relativamente agli altri obiettivi previsti dall'art. 33 CE, è stato sottolineato che successivamente all'introduzione del regime delle quote e del prelievo supplementare, in Italia si è verificata una diminuzione delle aziende produttrici, un aumento del rendimento per mucca da latte, un costante superamento del prezzo medio del latte.

La Corte con la sentenza in commento, con riferimento al sistema di determinazione del «quantitativo di riferimento nazionale» ai sensi del regolamento n. 1788/2003 che avrebbe dovuto prendere in considerazione anche il carattere deficitario della Repubblica italiana, ha affermato che il carattere deficitario di uno Stato membro secondo la giurisprudenza non costituisce uno degli elementi rilevanti per la determinazione del quantitativo di riferimento nazionale (1), sottolineando che in detta sentenza era in discussione una riduzione del quantitativo di riferimento nazionale, ma il principio può essere fatto valere anche con riferimento agli aumenti di tale quantitativo.

Pertanto, secondo la Corte la considerazione del carattere deficitario dello Stato membro interessato è priva di rilevanza relativamente a ciò che concerne la determinazione del «quantitativo di riferimento nazionale» ai sensi del regolamento n. 1788/2003, e dunque l'argomentazione delle ricorrenti nella causa principale doveva essere respinta.

Le ricorrenti nella causa principale hanno fatto quindi valere che utilizzare il 1983 come anno di riferimento era errato, in quanto siffatto riferimento non era stato stabilito secondo il criterio del carattere deficitario dello Stato membro interessato.

L'argomento è stato respinto, in primo luogo perché la considerazione di carattere deficitario dello Stato membro con riguardo alla determinazione del «quantitativo di riferimento nazionale» è irrilevante; in secondo luogo, dalla giurisprudenza discende che, ancorché l'attuazione di una politica comunitaria implichi, da parte del Consiglio, la valutazione di una situazione economica complessa, il potere discrezionale spettante all'istituzione non riguarda esclusivamente la natura e la portata dei provvedimenti da adottare, ma anche, in certa misura, l'accertamento dei dati di fatto, in particolare nel senso che essa può invece eventualmente fondarsi su accertamenti globali (2). In terzo

luogo, perché nel 1983 vi era stata una evoluzione strutturale rispetto agli anni precedenti.

Per quanto riguarda gli obiettivi dell'art. 33, n. 1 CE, ha sottolineato la Corte che il legislatore comunitario dispone, in materia di politica agricola comune, di un ampio potere discrezionale corrispondente alle responsabilità politiche che gli artt. 34-37 CE gli attribuiscono (3).

Ha quindi ritenuto la Corte che le finalità della politica agricola comune sono: l'incremento della produttività dell'agricoltura, sviluppando il progresso tecnico, assicurando lo sviluppo razionale della produzione agricola, come pure un impiego migliore dei fattori di produzione, in particolare della manodopera, assicurando un tenore di vita equo alla popolazione agricola; stabilizzare i mercati; garantire la sicurezza degli approvvigionamenti; assicurare prezzi ragionevoli nelle consegne ai consumatori.

Sono state respinte dalla Corte le ulteriori osservazioni nella causa principale riguardo al principio di non discriminazione e di proporzionalità, con la considerazione essenziale che il carattere deficitario dello Stato membro è privo di rilevanza per la determinazione del quantitativo di riferimento nazionale, come del resto ritenuto dal Consiglio e dalla Commissione.

Va ancora ricordato che in presenza della grave crisi di sovrapproduzione del latte nell'ambito di Paesi della Comunità europea, il regolamento del Consiglio 31 marzo 1984, n. 856/84/CEE introdusse un tetto per la produzione lattiera, stabilendo un prelievo supplementare di corresponsabilità, in altre parole, una «multa», a carico di coloro che superavano i quantitativi loro assegnati. E fu anche previsto un regime di premi per l'abbandono della produzione lattiera (regolamento del Consiglio 31 marzo 1984, n. 857/84/CEE), e non va trascurato che la normativa comunitaria sulle «quote latte» ha salvato dal fallimento numerose piccole e medie aziende lattiere.

La normativa comunitaria sulle quote latte è stata disapplicata in Italia, verificandosi il mancato pagamento delle «multe» per rilevanti somme.

Va segnalato l'intervento della Corte di giustizia, che, mettendosi in discussione la stessa normativa comunitaria sulle «quote latte» da parte degli allevatori, ha affermato che la normativa comunitaria stabilisce le modalità di applicazione del prelievo supplementare nel settore del latte e dei produttori lattiero-caseari, e tale norma deve essere interpretata nel senso che non osta a che a seguito di controlli di uno Stato membro siano rettificati i quantitativi di riferimento individuali inutilizzati, i prelievi supplementari dovuti, successivamente al termine di scadenza del pagamento di tali prelievi per campagna lattiera interessata (4).

Ma la situazione è ora cambiata essendo venuta meno la iniziale crisi di sovrapproduzione, e dalla Commissione dell'Unione europea giunge notizia che le «quote latte» resteranno in vigore, come previsto, sino al 2015, e si è prospettata la possibilità di una revisione in profondità della materia con aumento delle «quote latte» nazionali.

V'è di nuovo in Italia che la l. 9 aprile 2009, n. 33 ha stabilito la rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario.

Domenico Bellantuono

(1) Corte di giustizia 20 settembre 1988, in causa C-203/86, Spagna c. Consiglio, *Racc.*, 1988, pag. 4563.

(2) Corte di giustizia CE 17 luglio 1997, in cause riunite C-248/95 e C-249/95, SAM Schiffart e Stapf, *Racc.*, 1997, pag. I-4475, punto 25.

(3) Corte di giustizia CE 17 gennaio 2008, in cause riunite C-37/08 e C-

58/06, Viamex Agrar Handel e ZVK, *Racc.*, 2008, pag. I-2061, punto 13.

(4) Corte di giustizia CE 25 marzo 2004, in cause riunite C-231/00, C-303/00 e C-451/00, in *Foro it.*, 2005, IV, 252, con nota di D. BELLANTUONO e in questa Riv., 2004, 389, con nota di A. GERMANÒ. Ma vedi anche Cass. Sez. II Civ. 27 luglio 2006, n. 17103, *ivi*, 2007, 594 con nota di D. BELLANTUONO.

Corte di giustizia CE, Sez. II - 22-1-2009, in causa C-473/07 - Timmermans, pres.; Kùris, est.; Mengozzi, avv. gen. - Association nationale pour la protection des eaux et rivière-TOS ed altro c. Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables.

**Ambiente - Direttiva 96/61/CE - Prevenzione e riduzione dell'inquinamento - Nozioni di «pollame» e di «posti» - Inclusione di quaglie, pernici e piccioni nell'ambito di applicazione della direttiva - Numero massimo di volatili per posto - Regimi di dichiarazione e di autorizzazione preventiva degli impianti per l'allevamento intensivo di pollame.** [Direttiva 24 settembre 1996, n. 96/61/CE, all. I, lett. a), punto 6.6]

*La nozione di «pollame» che figura al punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva del Consiglio 24 settembre 1996, 96/61/CE, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, deve essere interpretata nel senso che comprende le quaglie, le pernici e i piccioni, ostando ad una normativa nazionale che porti a calcolare le soglie per l'autorizzazione di impianti di allevamento intensivo a partire da un meccanismo di animali-equivalenti fondato su una ponderazione di animali per posto secondo le specie al fine di prendere in considerazione il tenore di azoto effettivamente prodotto dai vari volatili (1).*

(Omissis)

#### Causa principale e questione pregiudiziale

12. - L'Association nationale pour la protection des eaux et rivière-TOS nonché l'association OABA fanno valere, a sostegno del loro ricorso di annullamento integrale o parziale del decreto n. 2005-989 dinanzi al Conseil d'État, che tale decreto viola il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61. Infatti, quest'ultimo prevede, nella rubrica 2111 della nomenclatura degli impianti classificati, una soglia di 30.000 animali-equivalenti oltre la quale gli allevamenti di pollame e selvaggina da penna non possono essere eserciti se non beneficiano di un'autorizzazione preventiva in tal senso, determinando segnatamente un coefficiente di conversione di 0,125 per le quaglie e di 0,25 per le pernici e i piccioni. Quindi, in applicazione di detti coefficienti, un allevamento di oltre 40.000 quaglie, pernici o piccioni non raggiungerebbe questa soglia di 30.000 «animali-equivalenti» e potrebbe essere esercito con il regime della dichiarazione.

13. - Il Conseil d'État rileva, nella motivazione della sua decisione che, riguardo alle disposizioni del punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61:

- gli impianti destinati all'allevamento intensivo di pollame che dispongono di oltre 40.000 posti devono essere assoggettati ad autorizzazione;

- questa direttiva non definisce le specie che devono essere considerate come «pollame» ai sensi di detto allegato, mentre le direttive applicabili al pollame a titolo di altre normative prevedono esplicitamente le specie rientranti nel loro ambito di applicazione o escludendo le quaglie, le pernici e i piccioni o includendoli.

14. - Pertanto il Conseil d'État ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61 (...) concernente gli impianti per l'allevamento intensivo di pollame con più di 40.000 posti pollame debba essere interpretato:

- nel senso che include nel suo ambito di applicazione le quaglie, le pernici e i piccioni;

- in caso di soluzione affermativa, nel senso che autorizza un sistema che porta a calcolare le soglie di autorizzazione in base a un meccanismo di «animali-equivalenti», che pondera il numero di animali per posto pollame in funzione delle specie, al fine di tenere conto del tenore di azoto effettivamente prodotto dalle diverse specie».

#### Sulla questione pregiudiziale

15. - In via preliminare, occorre rilevare come emerga dalle disposizioni della direttiva 96/61 e dal suo allegato I, punto 6.6,

lett. a), che gli impianti destinati all'allevamento intensivo di pollame che dispongono di oltre 40.000 posti sono soggetti ad un regime di autorizzazione preventiva.

16. - L'ambito di applicazione di tale disposizione è determinato da tre elementi cumulativi, vale a dire l'allevamento deve essere di natura intensiva, deve trattarsi di un allevamento di pollame e gli impianti previsti devono comprendere un numero minimo di 40.000 posti.

17. - È peraltro pacifico che la direttiva 96/61 non definisce né la nozione di «allevamento intensivo», né quella di «pollame», né quella di «posto».

#### Sulla prima parte della prima questione

18. - Con la prima parte della sua questione il giudice del rinvio chiede se la nozione di «pollame», impiegata al punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61, includa le quaglie, le pernici e i piccioni.

19. - Preliminarmente, il Governo francese fa valere, in particolare, che le quaglie, le pernici e i piccioni non possono essere oggetto di allevamento intensivo. Il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61 non potrebbe pertanto essere applicato a tali volatili.

20. - Un tale ragionamento non può essere accolto.

21. - Infatti, il Governo francese non ha fornito alcun elemento scientifico diretto a dimostrare l'impossibilità di allevare tali volatili in modo intensivo e la semplice circostanza che gli allevamenti francesi di quaglie e di piccioni comprendano in media 3.000 animali non è idonea a dimostrare che gli allevamenti di oltre 40.000 volatili non possano esistere.

22. - Peraltro, occorre rilevare che l'esistenza di allevamenti intensivi di taluni di questi volatili è prevista dalla legislazione francese, come emerge in particolare dalle disposizioni stesse del decreto ministeriale 18 settembre 1985 che stabilisce i coefficienti di equivalenza per le produzioni senza terra (JORF dell'8 ottobre 1985, pag. 11683) il quale fissa per un imprenditore agricolo la superficie minima di impianti per gli allevamenti fuori terreno a 200.000 quaglie vendute vive o a 120.000 quaglie vendute morte.

23. - Per quanto riguarda la nozione di pollame, la quale non è definita in modo specifico dalla direttiva 96/61, occorre rilevare che il significato abituale di tale termine designa il complesso degli uccelli allevati per le loro uova o la loro carne. Orbene, le quaglie, le pernici e i piccioni, che sono specie avicole, possono essere allevati per il consumo delle loro uova e della loro carne.

24. - Questa interpretazione può anche basarsi sull'economia generale e sulla finalità di tale direttiva (v., per analogia, sentenza 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a., *Racc.* pag. I-5403, punto 38).

25. - A tale riguardo, occorre rilevare che oggetto della direttiva 96/61, come definito dal suo art. 1, sono la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento attraverso l'adozione di misure intese a evitare oppure a ridurre le emissioni delle attività di cui all'allegato I nell'aria, nell'acqua e nel terreno, per conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente.

26. - Come sottolinea l'avvocato generale al paragrafo 34 delle sue conclusioni, tale approccio integrato si concretizza in un efficace coordinamento della procedura e delle condizioni di autorizzazione degli impianti industriali aventi un grande potenziale di inquinamento, consentendo di raggiungere il massimo livello di tutela dell'ambiente nel suo complesso. In tutti i casi, le suddette condizioni debbono prevedere disposizioni per ridurre al minimo l'inquinamento a grande distanza o attraverso le frontiere e garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo insieme.

27. - Poiché l'obiettivo della direttiva 96/61 è stato definito in maniera ampia, non si può ritenere che il punto 6.6, lett. a), del suo allegato I possa essere interpretato in modo da non includere le quaglie, le pernici e i piccioni.

28. - La circostanza invocata dal Governo francese che il punto 17, lett. a), dell'allegato I della direttiva 85/337, nella versione di tale allegato risultante dalla direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, 97/11/CE (*G.U.C.E.* L 73, pag. 5), si riferisce agli impianti destinati all'allevamento intensivo di pollame che dispongono di oltre 85.000 posti per i polli o di oltre 60.000 posti per le galline non può a maggior ragione influenzare l'interpretazione che occorre adottare in relazione al punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61. Quest'ultima costituisce una normativa specifica che, come risulta dalla sua lettera, si riferisce al pollame in

senso ampio e prevede una soglia diversa da quella enunciata al detto punto 17, lett. a).

29. - Peraltro, deve essere respinto l'argomento del Governo francese diretto a delimitare l'ambito di applicazione del punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/91 solo a galline ovaiole, polli da carne, tacchini, anatre e faraone, in quanto una tale delimitazione è stata effettuata nel documento relativo alle migliori tecniche disponibili nell'allevamento intensivo di pollame e di suini, designato con il nome BREF, pubblicato nel mese di luglio 2003 (G.U.U.E. C 170, pag. 3) dalla Commissione in applicazione dell'art. 16, n. 2, della direttiva 96/61.

30. - Occorre infatti rilevare, da una parte, che il documento BREF stesso precisa che l'interpretazione del termine «pollame» è proprio di questo documento e, dall'altra, che un documento del genere non ha alcun valore vincolante né è destinato a interpretare la direttiva 96/91, limitandosi a fornire un resoconto delle conoscenze tecniche in materia delle migliori tecniche di allevamento disponibili.

31. - Di conseguenza, la circostanza che il documento BREF di cui trattasi non si riferisca né a quaglie, né a pernici, né a piccioni non significa affatto che questi tre volatili non rientrino nella nozione di «pollame» come enunciata al punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61.

32. - Va infine rigettata la tesi del Governo francese secondo cui la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle emissioni degli impianti industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento), presentata dalla Commissione il 21 dicembre 2007 [COM(2007) 844 def.] e diretta a rivedere e a rifondere in un unico testo giuridico diversi strumenti comunitari tra cui la direttiva 96/61, rafforza l'idea di una concezione restrittiva della nozione di «pollame» ai sensi di quest'ultima direttiva.

33. - Infatti, una proposta di direttiva, anche qualora si limitasse a rielaborare la normativa vigente, a diritto invariato, non può fondare l'interpretazione di una direttiva in vigore.

34. - Tenuto conto di tali considerazioni, occorre risolvere la prima parte della questione pregiudiziale dichiarando che la nozione di «pollame» figurante al punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61 deve essere interpretata nel senso che comprende le quaglie, le pernici e i piccioni.

#### *Sulla seconda parte della questione pregiudiziale*

35. - Con la sua questione il giudice del rinvio desidera anche sapere se il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61 osti a che uno Stato membro istituisca un meccanismo, c.d. «meccanismo di «animali-equivalenti»», consistente nel calcolare le soglie di autorizzazione preventiva degli impianti di allevamento intensivo di pollame ponderando il numero di animali per posto in funzione delle specie, al fine di prendere in considerazione il tenore di azoto effettivamente prodotto dai vari volatili.

36. - Le associazioni ricorrenti nella causa principale sostengono che l'utilizzo di un meccanismo di animali equivalenti non è vietato finché la soglia di autorizzazione resti inferiore o pari a 40.000 volatili fisicamente presenti in un qualsiasi momento nell'impianto.

37. - Il Governo francese fa valere che la normativa francese prevede che per gli allevamenti di pollame o di selvaggina da penna contenenti oltre 30.000 animali-equivalenti è richiesta un'autorizzazione e fissa un coefficiente di ponderazione pari a 0,125 per le quaglie e a 0,25 per le pernici e i piccioni. Questi ultimi coefficienti sono stati calcolati in modo da riflettere non solo la quantità di azoto prodotta dalle diverse specie in base ai dati pubblicati dal Comité d'orientation pour les pratiques agricoles respectueuses de l'environnement (Corpen), organo posto sotto l'egida del Ministero dell'agricoltura e del Ministero dell'ambiente, ma anche il complesso degli altri impatti ambientali come la quantità di effluenti prodotti in un anno o le nocività dovute a rumori o odori.

38. - La Commissione osserva che, sebbene l'interpretazione data dal Governo francese possa sembrare giustificata, allo stato attuale del diritto comunitario, essa equivale a un'interpretazione *contra legem*. Infatti, a suo avviso, l'espressione «oltre 40.000 posti pollame» contenuta al punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61 fa riferimento ad una capacità di produzione simultanea di oltre 40.000 volatili e non ad una soglia di autorizzazione che sia in funzione dell'inquinamento generato da ciascuna specie di pollame.

39. - A tale riguardo, anche se è pacifico che la nozione di «posto» non è definita dalla direttiva 96/61, occorre tuttavia rilevare che il punto 2 dell'introduzione dell'allegato I di questa direttiva precisa che «[i] valori limite riportati in appresso si riferiscono in genere alle capacità di produzione o alla resa». La direttiva 96/61 non intende, senza tuttavia escluderlo, determinare la soglia di autorizzazione secondo un meccanismo di animali-equivalenti.

40. - Poiché l'obiettivo della direttiva 96/61 consiste nella prevenzione e nella riduzione dell'inquinamento proveniente da talune attività, tra cui l'allevamento intensivo di pollame, l'uso di un meccanismo di animali equivalenti dovrebbe essere ammesso solo ove venga garantito il pieno rispetto di tale obiettivo. Il ricorso a detto meccanismo non può, invece, avere l'effetto di sottrarre al regime introdotto da tale direttiva impianti rientranti nella medesima in considerazione del numero di posti di cui essi dispongono.

41. - Nella fattispecie, inoltre, il nesso che esisterebbe tra il contenuto della normativa francese e la presa in considerazione del tenore di azoto effettivamente prodotto da tali volatili non è dimostrato dal Governo francese.

42. - Infatti, è sufficiente constatare che le informazioni risultanti dagli allegati alla circolare del Ministero francese dell'ecologia e dello sviluppo sostenibile 7 settembre 2007 relativa agli impianti classificati (allevamento, pollame) – utilizzo di nuovi riferimenti per le emissioni (*Bulletin officiel*, 30 ottobre 2007, MEDAD 2007/20, testo 15, pag. 1) dimostrano che il rapporto tra le emissioni di azoto di una quaglia, di una pernice o di un piccione e quelle di un pollo *standard* non corrisponde alla ponderazione prevista dal decreto n. 2005-989. Quest'ultimo stabilisce che un pollo *standard* equivale a otto quaglie, quattro pernici o piccioni mentre le informazioni soprammenzionate fanno emergere che gli escrementi di una quaglia o di una pernice contengono un tenore di azoto equivalente alla metà di quello di un pollo *standard*, laddove un piccione ne produce il quintuplo. Secondo le stesse informazioni, anche il tenore di fosforo, rame e zinco delle emissioni di quaglie, di pernici e di piccioni è superiore a quello contenuto nelle emissioni dei polli *standard*.

43. - Per giustificare tale assenza di proporzionalità, il Governo francese ha spiegato in udienza che gli altri impatti ambientali venivano presi in considerazione, senza tuttavia fornire alcun elemento scientifico che dimostri la natura e la proporzione di questi altri impatti ambientali.

44. - Ciò premesso, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 54 delle sue conclusioni, emerge che il decreto n. 2005-989 porta ad escludere dalla procedura di autorizzazione preventiva prevista dalla direttiva 96/61 gli impianti francesi di allevamento intensivo che contano da 40.001 a 240.000 quaglie, o da 40.001 a 120.000 piccioni o pernici, malgrado il fatto che detti impianti possano emettere un quantitativo di azoto superiore a quello prodotto dagli impianti per l'allevamento intensivo che constano di 40.000 polli *standard*.

45. - Tenuto conto di tutto quanto precede, occorre risolvere la seconda parte della questione pregiudiziale nel senso che il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I della direttiva 96/61 osta a una normativa nazionale, come quella in questione nella causa principale, che porti a calcolare le soglie per l'autorizzazione di impianti di allevamento intensivo a partire da un meccanismo di animali-equivalenti fondato su una ponderazione di animali per posto secondo le specie al fine di prendere in considerazione il tenore di azoto effettivamente prodotto dai vari volatili.

(*Omissis*)

(1) BENESSERE ANIMALE E LEGISLAZIONE COMUNITARIA: UN NUOVO INIZIO PER LE NOSTRE RELAZIONI INTER-SPECIFICHE?

1. Mentre la globalizzazione rivoluziona il commercio internazionale degli animali vivi e dei prodotti animali in Europa, gli animali sono sempre di più al centro di preoccupazioni etiche modulate da valori culturali e tradizionali.

Nell'Unione europea il ruolo degli animali e la loro protezione è visto come complementare per il raggiungimento di altri obiettivi di interesse sociale, come la sicurezza e la qualità dei prodotti alimentari, la salvaguardia e la protezione dell'ambiente.

I metodi di allevamento animale sono oggi argomento di dibattito a causa di diverse preoccupazioni, che comprendono, tra le altre, l'impatto sulla biodiversità e la vita delle popolazioni rurali.

La sentenza che andiamo a commentare ci offre così l'estro per una breve escursione anche nel campo del benessere degli animali (1), intesi come «esseri senzienti» (2), alla luce degli ultimi sviluppi del diritto comunitario dell'ambiente.

2. Nel caso in epigrafe, il *Conseil d'État* (Consiglio di Stato francese) interroga la Corte di giustizia circa l'interpretazione del punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva del Consiglio 24 settembre 1996, 96/61/CE, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (3).

La domanda è stata presentata nell'ambito di alcuni ricorsi proposti dinanzi al giudice del rinvio dall'*Association nationale pour la protection des eaux et rivières* e dall'*Association OABA* e diretti all'annullamento del decreto 10 agosto 2005, n. 2005-989, che modifica la nomenclatura degli impianti classificati (4).

In sostanza, si tratta, da un lato, di stabilire se le quaglie, le pernici e i piccioni debbano essere considerati pollame rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 96/61, la quale istituisce un regime di autorizzazione preventiva degli impianti per l'allevamento intensivo di pollame con più di 40.000 posti. Dall'altro, e in caso di risposta affermativa, si tratta di stabilire se un sistema nazionale di «animali equivalenti», come quello previsto dal decreto n. 2005-989, che pondera gli animali in funzione del tenore di azoto effettivamente prodotto e che viene utilizzato per calcolare la soglia a partire dalla quale gli impianti sono assoggettati al regime di autorizzazione preventiva, sia conforme alla direttiva 96/61.

3. Dalle disposizioni della direttiva 96/61 e dal suo allegato I, punto 6.6, lett. a), emerge che gli impianti per l'allevamento intensivo di pollame con più di 40.000 posti sono soggetti, come accennato, ad un regime di autorizzazione preventiva.

Per contro, il decreto n. 2005-989 prevede una soglia di autorizzazione di 30.000 animali equivalenti per gli allevamenti di pollame e di selvaggina da penna, stabilendo in particolare un coefficiente di conversione di 0,125 per le quaglie e di 0,25 per le pernici e i piccioni.

Questa modalità di calcolo, dovuta all'intento di tenere in maggior considerazione il quantitativo di azoto effettivamente rilasciato nell'ambiente dalle diverse specie, permette ad un allevamento di oltre 40.000 quaglie, pernici o piccioni di funzionare sulla base di un sistema di dichiarazione preventiva.

Più precisamente, gli impianti di allevamento di quaglie saranno soggetti ad autorizzazione preventiva solo se superano un limite di 240.000 animali, mentre gli allevamenti di pernici o piccioni solo se superano il limite di 120.000 volatili (5).

3.1. L'ambito di applicazione del punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61 è definito sulla base di tre elementi cumulativi, ossia che l'allevamento deve essere di

tipo intensivo, che deve trattarsi di allevamento di pollame e che gli impianti considerati devono comprendere oltre 40.000 posti.

È incontestato che la direttiva non definisce la nozione di «allevamento intensivo», né i termini «pollame» e di «posti».

Per quel che riguarda l'allevamento intensivo, nelle osservazioni presentate dinanzi alla Corte il Governo francese sostiene che, a differenza delle specie domestiche, come polli e anatre, le quaglie, le pernici e i piccioni, a causa della loro origine selvatica, non possono essere oggetto di allevamento intensivo né, di conseguenza, possono rientrare nell'ambito di applicazione del punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61.

3.2. L'obiezione del Governo francese sembra alla Corte comunque infondata.

Difatti, a meno di una dimostrazione debitamente documentata che non esiste nel caso di specie, non si può escludere *a priori* che possano già sussistere, o che possano esistere in futuro, impianti che praticano l'allevamento intensivo di quaglie, di piccioni e di pernici. Il semplice fatto, menzionato dal Governo francese, che gli allevamenti francesi di quaglie e di piccioni comprendono, in media, 3.000 animali, non esclude che alcuni allevamenti di queste stesse specie animali possano superare la soglia di 40.000 posti fissata dalla direttiva 96/61.

Vero è che un allevamento intensivo non si misura unicamente sulla base del numero di animali presenti nell'impianto. Esso viene determinato anche sulla base di altri elementi, come la densità di animali per metro quadrato, l'assenza di percorsi all'aria aperta, il ricorso all'allevamento senza terra (in batteria) o l'uso di modalità industriali di produzione, come la meccanizzazione delle operazioni di allevamento, così come sostenuto dall'associazione ricorrente e dall'associazione interveniente nella causa principale, nonché dal Governo francese.

4. La Corte arriva così a prendere in esame la nozione, non definita, di «pollame», ai sensi della direttiva 96/61.

A questo proposito, occorre accertare se si sarebbe dovuta dare un'interpretazione ampia di tale nozione, come sostenuto dalla ricorrente e dall'interveniente nella causa principale, nonché dalla Commissione o se, al contrario, se ne dovesse suggerire un'interpretazione restrittiva, come affermato dal Governo francese.

Alla soluzione di tale questione la Corte di giustizia ci arriva alla luce del sistema generale e della finalità della direttiva 96/61.

L'esame della finalità della direttiva 96/61 porta infatti la Corte ad accogliere un'interpretazione ampia della nozione di pollame.

Occorre ricordare, in proposito, che la suddetta direttiva ha lo scopo di stabilire un quadro generale di principi per la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento nell'aria, nell'acqua o nel terreno, al fine di evitare che approcci distinti possano incoraggiare il trasferimento dell'inquinamento tra i vari settori ambientali (6).

(1) L'animale è in salute? È felice? Può esprimere il suo comportamento naturale? Queste sono le nozioni nell'ambito delle quali è cresciuta la scienza del benessere degli animali. Indicatori di benessere (quali le cinque libertà) sono classificati e misurati sulla base di questi criteri. Purtroppo, a livello di Nazioni Unite, non vi è ancora una diffusa conoscenza da parte della comunità internazionale sul benessere degli animali quale obiettivo da perseguire. Nemmeno le scoperte scientifiche sulle capacità senzienti degli animali e i legami tra il benessere animale e lo sviluppo umano sono stati riconosciuti.

(2) L'essere senziente è la capacità di avere sentimenti e di sperimentare sofferenza o piacere. Ciò implica un livello di coscienza consapevole. Questa definizione è la stessa che è stata inserita nell'*Australian Animal Welfare Strategy*, pubblicato dal Dipartimento australiano per l'agri-

coltura, la pesca e le foreste, 2005 ([www.environment.sa.gov.au/animalwelfare/strategy/index.html](http://www.environment.sa.gov.au/animalwelfare/strategy/index.html)). La ricerca scientifica suggerisce che tutti i vertebrati e i polipi sono animali senzienti. Questa è un ambito di ricerca attiva e la conoscenza scientifica rispetto alle specie è in continuo miglioramento.

(3) *G.U.C.E.* L 257, pag. 26.

(4) *JORF* del 13 agosto 2005, pag. 13195.

(5) Infatti, la direttiva 96/61 stabilisce una soglia fissa di 40.000 posti a partire dalla quale un impianto di allevamento intensivo deve essere soggetto ad autorizzazione preventiva; invece, in base al regime istituito dal decreto n. 2005-989, la soglia di autorizzazione di 30.000 animali equivalenti varia a seconda delle specie interessate.

(6) V. settimo e ottavo 'considerando' e art. 1 della direttiva 96/61.

Tale *approccio integrato* si concretizza in un efficace coordinamento della procedura e delle condizioni di autorizzazione degli impianti industriali aventi un grande potenziale di inquinamento, che consenta di raggiungere un elevato livello di tutela dell'ambiente nel suo complesso. In tutti i casi, le suddette condizioni devono prevedere disposizioni per ridurre al minimo l'inquinamento a grande distanza o attraverso le frontiere e garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo insieme (7).

È dunque evidente che la direttiva 96/61 ha uno scopo ampio.

Ad avviso della Corte tale scopo sarebbe pregiudicato se la nozione di pollame fosse intesa in maniera restrittiva, in modo da sottrarre alla procedura e alle condizioni di autorizzazione previste dalla direttiva 96/61 alcune categorie di impianti industriali, come quelli che praticano l'allevamento intensivo di quaglie, pernici o piccioni, malgrado il fatto che detti impianti abbiano oltrepassato la soglia prevista dal punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61 e siano quindi idonei a produrre un inquinamento notevole e non controllato dell'aria, dell'acqua e/o del terreno.

La Corte arriva così a risolvere la prima parte della questione pregiudiziale dichiarando che il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61 deve essere interpretato nel senso che esso include le quaglie, le pernici e i piccioni nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

5. Quanto alla seconda parte della questione pregiudiziale, il giudice del rinvio intendeva sapere se il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61 sarebbe stato di ostacolo a che uno Stato membro istituisca un regime che porta a fissare le soglie di autorizzazione preventiva degli allevamenti intensivi di pollame in base alla nozione di animali equivalenti, sulla base di un sistema che pondera il numero di animali per posto in funzione delle specie, al fine di tenere conto del tenore di azoto effettivamente prodotto dalle diverse specie.

Nel caso concreto, è pacifico che tale meccanismo fa sì che gli impianti di allevamento intensivo di quaglie sono soggetti ad una procedura di autorizzazione preventiva solo se superano i 240.000 capi, mentre gli impianti di allevamento intensivo di pernici o di piccioni sono soggetti ad autorizzazione preventiva solo se superano la soglia di 120.000 volatili.

5.1. Come indicato in precedenza, dal punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61 emerge che gli impianti per l'allevamento intensivo di pollame vanno assoggettati ad una procedura di autorizzazione preventiva quando contano «più di 40.000 posti», indipendentemente dalle specie di pollame interessate.

Vero è che il termine *emplacement* non viene definito nella direttiva 96/61, ma tale termine, ad avviso anche della Corte, non diverge dal senso comune, nel senso che sta ad indicare un posto o un luogo occupato da qualcuno o da qualcosa.

Questo approccio sembra confermato dal confronto tra diverse versioni linguistiche dell'art. 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61 che, per la maggior parte, usano il

termine «posti» (8). Dato che, in linea generale, un posto può essere occupato da un solo essere, nel nostro caso da un solo animale, sembra logico stimare che degli impianti di allevamento intensivo di pollame con più di «40.000 posti» stanno ad indicare, in realtà, impianti la cui capacità di allevamento o di produzione supera i 40.000 volatili, a prescindere dalla specie di pollame di cui si tratta.

In effetti, la lettera dell'art. 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61 non distingue affatto tra i volatili che rientrano nell'ambito di applicazione della nozione di pollame ai sensi di detta direttiva.

Questo non vuol, dire, naturalmente, che la dimensione di ciascun posto sia identica a seconda che l'allevamento riguardi oche, anatre o quaglie. Tuttavia, una volta definite le dimensioni di un posto a seconda di ciascuna specie – e detto compito può benissimo rientrare nella competenza di ogni Stato membro – nel momento in cui un impianto dispone di più di 40.000 posti pollame, la sua attività deve necessariamente essere assoggettata alla procedura di autorizzazione preventiva prevista dalla direttiva 96/61.

Ecco il motivo per cui la Corte ritiene che un sistema come quello previsto dal decreto n. 2005-989, che porta ad assoggettare alla procedura di autorizzazione preventiva prevista dalla direttiva 96/61 solo gli impianti di allevamento intensivo di quaglie, piccioni o di pernici che superano rispettivamente la soglia di 240.000 quaglie o di 120.000 pernici o piccioni, non sia conforme al punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva 96/61.

6. La conclusione dei giudici comunitari porta a sostenere la tesi, come propugnata dall'associazione ricorrente e da quella intervenuta nella causa principale, che il decreto n. 2005-989 esclude dalla procedura di autorizzazione preventiva prevista dalla direttiva 96/61 gli impianti francesi di allevamento intensivo che contano da 40.001 a 240.000 quaglie, o da 40.001 a 120.000 piccioni o pernici, malgrado il fatto che detti impianti possano emettere un quantitativo di azoto superiore a quello prodotto dagli impianti di allevamento intensivo che constano di 40.000 polli *standard* (9).

Il Governo francese, pertanto, non è riuscito a spiegare in maniera convincente in che modo le soglie fissate dal decreto n. 2005-989, che si riferiscono agli impianti di allevamento intensivo di quaglie, di pernici o di piccioni rispondevano all'obiettivo, perseguito dalla direttiva 96/61, di garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente nel suo complesso.

Il punto 6.6, lett. a), dell'allegato I alla direttiva del Consiglio 24 settembre 1996, 96/61/CE, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, che riguarda gli impianti di allevamento intensivo di pollame con più di 40.000 posti, deve essere quindi interpretato nel senso che esso:

- include nel suo ambito di applicazione le quaglie, le pernici e i piccioni;

- osta ad una normativa nazionale che porta a calcolare le soglie di autorizzazione in base ad un meccanismo di animali equivalenti, che pondera il numero di animali per posto in

(7) V. quattordicesimo, diciassettesimo e ventisettesimo 'considerando' nonché art. 9 della direttiva 96/61.

(8) Come avviene nelle versioni di tale testo in lingua danese (*pladser*), tedesca (*Plätzen*), inglese (*places*), italiana (*posti*), olandese (*plaatsen*), finlandese (*paikkaa*) e svedese (*platser*). Nella versione spagnola viene impiegato il termine *emplazamientos*, mentre la versione portoghese non offre nessuna precisazione.

(9) Per completezza, va rilevato che l'associazione ricorrente e quella intervenuta nella causa principale hanno anche documentato, nelle osservazioni scritte presentate alla Corte, le emissioni di fosforo, rame e zinco,

ossia di sostanze e metalli anch'essi ricompresi nelle tabelle elaborate nei lavori, compiuti nel 2006, dal gruppo *Volailles del Comité d'orientation pour les pratiques agricoles respectueuses de l'environnement* (Comitato di orientamento per le pratiche agricole nel rispetto dell'ambiente), posto sotto l'egida dei Ministeri francesi dell'agricoltura e della pesca nonché dell'ecologia, dello sviluppo e della gestione durevole. In base ai dati contenuti in tali tabelle, il tenore di fosforo, di rame e di zinco proveniente dagli escrementi di 240.000 quaglie, di 120.000 pernici o di 120.000 piccioni è superiore, e a volte notevolmente superiore, a quello contenuto negli escrementi di 40.000 polli *standard*.

funzione delle specie, al fine di tenere conto del tenore di azoto effettivamente prodotto dalle diverse specie, allorché detto sistema equivale ad escludere dall'ambito di applicazione della direttiva 96/61, e in particolare dalla procedura di autorizzazione preventiva da quest'ultima istituita, impianti di allevamento intensivo di pollame che superano i 40.000 posti, tanto più qualora, in realtà, il sistema stesso sembri rispondere all'obiettivo fissato dalla normativa nazionale, e conforme a quello perseguito dalla direttiva 96/61, di garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente nel suo complesso.

7. Per calare nel giusto contesto questa sentenza, riteniamo che sia utile anche qualche considerazione sulle norme comunitarie che trattano il contiguo tema del benessere animale.

L'Unione europea è stata infatti protagonista negli ultimi anni di progressi reali nello sviluppo della legislazione in materia di benessere degli animali; l'ultimo decennio, in particolare, ha visto una costante crescita nel cittadino della preoccupazione per questi temi.

La legislazione comunitaria ha seguito questa evoluzione e alcuni importanti miglioramenti sono stati raggiunti.

Il box individuale per i vitelli a carne bianca è stato vietato in tutta l'Unione europea a partire dal 2007.

Le gabbie di batteria per le galline ovaiole e le gabbie di gestazione per le scrofe saranno rispettivamente vietate a partire dal 2012 e 2013.

La maggior parte dei test in campo cosmetico sugli animali sono stati aboliti e dal 2013 sarà definitivamente vietato effettuare qualsiasi tipo di esperimento su animali per la produzione di cosmetici.

Nonostante questi miglioramenti, la maggior parte dei maiali, vitelli, polli, tacchini e conigli continuano ad essere allevati secondo le logiche della più esasperata industria, con gravi sofferenze per gli animali e preoccupazioni dei cittadini.

Milioni di animali, la cui salute è spesso gravemente compromessa da pratiche di allevamento selettivo per la crescita rapida; milioni di lattinzoli sono castrati e la loro coda amputata, galline e tacchini de-beccati e agnelli castrati; tutte queste dolorose operazioni sono eseguite senza anestesia.

Queste pratiche cruente e dolorose sono imposte agli animali nella ricerca di cibo sempre più economico; queste crudeltà vengono sovvenzionate dai contribuenti con denaro pubblico nell'ambito della politica agricola comune.

8. Nel dicembre 2007 viene firmato il Trattato di Lisbona dai leader di governo dei Paesi UE, Trattato che riforma il funzionamento dell'Unione europea adeguando il Trattato istitutivo della Comunità europea ai tempi e alle esigenze dei cittadini europei. Nonostante l'entrata in vigore sia slittata rispetto a quanto previsto (gennaio 2009), le Istituzioni e i Governi stanno lavorando per giungere ad un'entrata in vigore del Trattato non oltre il 2010.

Per quel che ci interessa, la riforma consegue importanti effetti per la protezione degli animali e nel processo di formazione delle leggi prevede la possibilità di un maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo, storicamente più attento alle esigenze del rispetto degli animali.

Il nuovo Trattato ha rafforzato la previsione introdotta con il Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam del 1997, che aveva riconosciuto in una carta fondante gli animali come «esseri senzienti», rendendo questa previsione stabile e maggiormente vincolante nell'articolato del Trattato di Lisbona, nelle disposizioni generali di funzionamento dell'Unione, in particolare nel Titolo II, all'art. 13 (10).

L'attribuzione di questo *status* di esseri senzienti agli animali e non semplici merci o prodotti, assume un rilievo importante in quanto impone al legislatore comunitario di «tenere in piena considerazione il benessere degli animali» in aree importantissime quali l'agricoltura, al pari di considerazioni di carattere economico e sociale (11).

Il Trattato di Lisbona ha poi esteso la procedura di co-decisione a procedura ordinaria e ha previsto, ad esempio, che le politiche relative all'organizzazione dei mercati agricoli e le politiche della pesca siano realizzate in procedura di co-decisione, estendendo di fatto il ruolo del Parlamento europeo in questi temi, con un potenziale effetto positivo per la protezione degli animali.

Storicamente, infatti, il Parlamento europeo ha dimostrato grande attenzione e ha giocato un ruolo di grande importanza nel promuovere legislazioni, atti di indirizzo politico o dichiarazioni per una maggiore tutela degli animali in aree di grande criticità: la direttiva europea sulla protezione delle galline ovaiole (12) rappresenta un esempio importante anche se non unico.

Il Trattato di Lisbona rappresenta quindi un importante e concreto strumento costituzionale, che, oltre a determinare una qualificazione giuridica degli animali come esseri senzienti, interviene anche su aspetti istituzionali che possono determinare una maggiore attenzione e possibilità di migliorare le legislazioni in loro favore.

9. A partire dall'adozione della prima legislazione europea nel 1974 sulla protezione degli animali destinati al macello (13), l'approccio dei diversi Governi e della Commissione europea al benessere degli animali si è indubbiamente evoluto, per riflettere le preoccupazioni moderne dei cittadini, come quelle tese a una dimensione più accettabile del rapporto uomo-animale.

Più o meno 25 anni dopo con l'entrata in vigore del Trattato della CE nel 1999, l'adozione del *Protocollo relativo alla protezione e al benessere degli animali* rappresenta una pietra miliare per lo sviluppo delle politiche del settore nell'Unione europea.

Questo Protocollo introduce l'obbligo di tenere pienamente conto del benessere degli animali come «esseri senzienti» nel formulare le politiche comunitarie in diversi settori.

Il primo Piano d'azione comunitario sulla protezione e sul benessere degli animali 2006-2010 COM(2006) ha testimoniato questa svolta (14).

Il Piano definisce le priorità delle politiche comunitarie e delle attività correlate per gli anni futuri, per continuare a promuovere livelli elevati di benessere degli animali nell'UE e in campo internazionale.

(10) Per comodità si riporta nella sua interezza l'articolo relativo al conferimento agli animali dello *status* giuridico di «esseri senzienti» e alla disposizione di considerare il benessere degli stessi nel processo di formazione delle norme comunitarie: «Titolo II – Disposizioni di applicazione generale – Art. 13 Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

(11) Tale previsione avrà quindi effetti concreti ancora difficili da quantificare, ma certamente effettivi e sistematici nel processo legislativo.

(12) Direttiva 1999/74/CE del Consiglio, del 19 luglio 1999, che stabilisce le norme minime relative alla protezione delle galline ovaiole (G.U.C.E. L 203 del 3 agosto 1999), modificata dal regolamento (CE) 806/2003 del Consiglio, del 14 aprile 2003 (G.U.U.E. L 122 del 16 maggio 2003). La direttiva ha come principale obiettivo quello di fissare norme minime relative alla protezione delle galline ovaiole nei vari sistemi di allevamento, per proteggerle ed evitare le distorsioni della concorrenza fra i produttori dei vari Stati membri.

(13) Direttiva 74/577/CEE del Consiglio del 18 novembre 1974 relativa allo stordimento degli animali prima della macellazione (G.U.C.E. L 316 del 1974, pag. 10).

(14) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 23 gennaio 2006, riguardante un piano d'azione comunitaria per la protezione e il benessere degli animali nel periodo 2006-2010 [COM(2006) 13 - G.U.U.E. C 49 del 28 febbraio 2006].

In particolare, il Piano introduce elementi relativi all'opportunità economica che il rispetto degli animali può offrire per le produzioni agricole europee, rispettando la dimensione etica e culturale della questione.

La Commissione ha quindi deciso di riflettere strategicamente sulle discussioni a livello tecnico e politico, sia nell'UE che a livello internazionale, sul futuro delle politiche in questo settore.

Le questioni principali sollevate sono allora le seguenti:

1. siamo ancora in un ciclo di continuo incremento degli *standard* minimi giuridici per il benessere degli animali in Europa, o è possibile individuare un *plateau* che possa garantire i livelli minimi di benessere degli animali, oltre i quali non è richiesto legiferare? E se fosse così, qual è questo livello?

2. Se l'Unione europea ha un ruolo nell'incoraggiare l'adozione di *standard* che vanno oltre quelli prescritti dal minimo legale, quali sono i migliori strumenti da utilizzare sia in Europa che in campo internazionale?

3. Tutti sappiamo che finora l'UE ha avuto principalmente il ruolo di legislatore: se presumiamo oggi che i livelli richiesti di benessere degli animali siano determinati dalla società e ispirati dalla scienza e dall'etica, basterà la legislazione per migliorare la protezione degli animali in Europa?

Chiaramente molto dipenderà dagli obiettivi: il Piano d'azione comunitario propone altri mezzi, di cui la Commissione e i Governi potrebbero servirsi per migliorare in futuro le condizioni degli animali, come l'incoraggiamento delle parti interessate per mettere in opera sistemi volontari al fine di raggiungere *standard* elevati di benessere animale oppure potenziando la comunicazione e il riconoscimento di questi valori nei cittadini europei.

Alla base delle future scelte politiche e amministrative sarà necessario innanzitutto essere chiari nel definire quando la via legislativa è la sola opzione valida o gli *standard* promossi dal mercato possano sostituirsi a quest'ultima.

Tra le diverse azioni strategiche il Piano d'azione comunitario del 2006 mette in particolare evidenza l'importanza di informare i cittadini come parte di una strategia integrata di comunicazione ed educazione sul benessere degli animali, coinvolgendo per esempio gli allevatori e le società protettrici degli animali (15).

Le norme europee per il benessere degli animali sono basate su evidenze scientifiche all'avanguardia in campo internazionale. Progetti finanziati in questo ambito dalla Commissione europea, come il progetto *Welfare Quality* (16), hanno oggi un ruolo guida nel mondo, al fine di studiare il ruolo del benessere animale in un concetto integrato che corrisponde a quanto desiderato dai cittadini e ottimizzato ai fini produttivi.

In conclusione, gli obiettivi del Trattato in questo settore, che sono oggi esempio di civiltà e democrazia, potranno essere raggiunti pienamente in futuro soltanto se tutte le componenti della società civile, dai responsabili politici ai cittadini, riconosceranno attivamente le loro rispettive responsabilità verso il mondo animale e daranno vita ad azioni congiunte che non lascino al legislatore il solo compito di introdurre nuovi *standard* per il rispetto del benessere animale come unica garanzia per la protezione degli stessi.

Fulvio Di Dio

(15) Sebbene segmenti importanti della società siano diventati sempre più sensibili al prezzo, nei mesi recenti a causa dell'attuale crisi finanziaria, i risultati di diversi sondaggi durante gli ultimi tre anni hanno rilevato che una percentuale significativa di cittadini europei ha un interesse preferenziale per i prodotti che rispettano il benessere degli animali, mentre la vasta maggioranza ritiene che simili norme sul benessere degli animali debbano essere applicate ai prodotti alimentari importati dall'esterno dell'UE.

(16) *Science and society improving animal welfare in the food quality chain*, <http://www.welfarequality.net/everyone>.

Cass. Sez. III Civ. - 19-1-2010, n. 714 - Varrone, pres.; Finocchiaro, est.; Pratis, P.M. (conf.) - Montella (avv. Papa) c. Lupoli (avv. Placidi). (*Conferma App. Napoli 20 gennaio 2005*)

**Contratti agrari - Giudizio per morosità - Istanza dell'affittuario moroso inequivoca e volta a porre fine alla lite nel merito - Necessità - Conseguenze - Istanza formulata subordinatamente al mancato rigetto della domanda del concedente - Inidoneità - Difesa dell'affittuario incompatibile con l'affermazione della esistenza della morosità - Inconcedibilità del termine.** (L. 3 maggio 1982, n. 203, art. 46, comma 6)

**Contratti agrari - Ultrapetizione della sentenza impugnata - Sussistenza - Esclusione - Puntuale applicazione da parte del giudice dell'art. 5 della legge n. 203/82 - Esercizio autonomo del potere giudicante - Impulso o istanza di parte - Necessità - Esclusione.** (L. 3 maggio 1982, n. 203, art. 5, comma 4)

*L'assegnazione di un termine di grazia all'affittuario di fondo rustico per sanare la morosità nel pagamento dei canoni, ai sensi dell'art. 46, comma 6, della l. 3 maggio 1982, n. 203, presuppone che il medesimo formuli un'istanza inequivoca per porre fine al merito della lite e perciò tale istanza si rivela inidonea se invece è subordinata al mancato rigetto della domanda del concedente. In ogni caso detto termine non può essere concesso se la difesa svolta dall'affittuario nega in via principale la sussistenza della morosità (1).*

*L'ultrapetizione della sentenza impugnata non sussiste se il giudice applica puntualmente l'art. 5 della legge n. 203/82 nella valutazione della gravità dell'inadempimento dell'affittuario, esercitando un suo potere decisorio non soggetto a impulso o istanza di parte (2).*

(Omissis)

4. Con il primo motivo il ricorrente principale censura la sentenza impugnata, sopra riassunta, denunziando «violazione falsa applicazione di legge - Omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia. Art. 360 c.p.c. n. 3 e 5 in riferimento all'art. 46, legge 203/82, art.112 c.p.c.».

Si osserva, infatti, che i giudici di secondo grado erroneamente avrebbero affermato che esso concludente ha sollecitato solo in via subordinata la concessione di un termine di grazia e - del tutto contraddittoriamente - avrebbero, prima ritenuto essere obbligo del giudice concedere il termine in questione, poi ritenuto equivoca la richiesta.

5. Il motivo non può trovare accoglimento.

Alla luce delle considerazioni che seguono.

5.1. Giusta quanto assolutamente pacifico, presso una giurisprudenza più che consolidata di questa Corte regolatrice, deve ribadirsi che l'assegnazione di un termine per la sanatoria della morosità a norma del comma 6 dell'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203, postula una istanza dell'affittuario moroso ancorché senza formule sacramentali, in modo non equivoco con riguardo alla volontà di porre fine all'inadempimento e alla correlata finalità di esaurire la necessità di un giudizio sul merito della lite.

L'onere di avanzare apposita istanza a carico della parte - quindi - esclude che il giudice di primo grado possa provvedere *ex officio* (in termini, ad esempio, Cass. 15 aprile 2000, n. 4916. Sempre nello stesso senso, altresì, tra le tantissime, Cass. 7 marzo 2001, n. 3340, nonché Cass. 23 dicembre 1998, n. 12838).

5.2. Così corretta la motivazione della sentenza impugnata, si osserva, ancora, che la assegnazione di un termine per la sanatoria della morosità, a norma del comma 6 dell'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203, postula la volontà, dell'affittuario, di porre fine all'inadempimento ed alla correlata finalità di esaurire la necessità di un giudizio sul merito della lite, sicché non solo non è a tale fine idonea una istanza formulata al termine della fase istruttoria e subordinata alla mancata relazione della domanda del concedente (Cass. 22 aprile 1995, n. 4585), ma che non può concedersi il termine di grazia, ogniqualvolta la difesa svolta dal conduttore sia incompatibile con l'affermazio-

ne che tra le parti esista un contratto di affitto (cfr., Cass. 7 marzo 2001, n. 3340; Cass. 3 ottobre 1994, n. 8029).

Essendosi, i giudici del merito puntualmente attenuti a tali - ripetutamente affermati e consolidati - principi di diritto è palese la infondatezza del motivo in esame.

(*Omissis*)

5.3.2. Anche a prescindere da quanto sopra non pare che il testo della comparsa, nei termini come trascritti dallo stesso ricorrente, potesse giustificare una lettura diversa da quella datane dai giudici di secondo grado.

«Con il presente atto si costituisce il sig. Montella Nicola che reitera aver regolarmente saldato gli estagii a mani proprie del sig. Lupoli Giovanni che riceveva i canoni per annate cumulate come risulta dall'allegata ricevuta e così come comunicato con lettera racc.ta A/R del 20/5/99 allegata, il Montella ha versato al sig. Lupoli la somma di Lire (...) a saldo annate agrarie dal 1990/91 al 1998/99. Pur non sussistendo alcuna morosità chiede in via preliminare la concessione del termine di grazia ex art. 46, legge n. 203/82».

A fronte di una tale, precisa e non equivoca, negazione, in concreto, della morosità invocata da controparte, con la indicazione - all'estremo - delle modalità e dell'epoca in cui i canoni non pagati per circa un decennio sarebbero stati versati al creditore, è palese che è irrilevante che il convenuto abbia affermato «chiede in via preliminare la concessione del termine di grazia ex art. 46, legge n. 203/82», certo essendo che sussiste nella specie una inconciliabile contraddizione tra le varie difese spiegate dal Montella, contraddizione che - alla luce della giurisprudenza ricordata sopra - esclude potesse essere concesso il termine di cui al più volte ricordato art. 46, comma 6, della l. 3 maggio 1982, n. 203 (*omissis*).

8. Con il terzo motivo il ricorrente censura la sentenza impugnata denunciando «violazione e falsa applicazione di legge - art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c. in riferimento all'art. 5, legge n. 203/82, art. 112 c.p.c. e 46, legge n. 203/82».

La Corte, assume il ricorrente, senza curarsi dell'entità del debito, per poi valutare la proporzione tra le somme versate e il debito stesso, al fine di stabilire se la buona volontà poteva escludere la gravità ha autonomamente deciso - in assenza di specifica richiesta - sulla gravità dell'inadempimento capace di risolvere il contratto.

9. Il motivo, per più aspetti inammissibile, per altri manifestamente infondato, non può trovare accoglimento.

(*Omissis*)

Avendo chiesto il Lupoli, sia con l'atto introduttivo del giudizio in primo grado, sia con l'atto di appello, fosse pronunciata la risoluzione del contratto di affitto *inter partes* per inadempimento del conduttore quanto al pagamento dei canoni è palese:

- da una parte, che non sussiste la denunciata ultrapetizione della sentenza impugnata allorché il giudice di appello, dovendo pronunciare sulla domanda di inadempimento quanto al pagamento dei canoni, ha valutato, in puntuale applicazione del precetto di cui all'art. 5 della l. 3 maggio 1982, n. 203, se l'inadempimento contestato al Montella (mancato pagamento del canone per dieci annualità consecutive) fosse o meno grave;

- dall'altro, che correttamente quei giudici hanno pronunciato la risoluzione del contratto atteso, da una parte, che a norma del ricordato art. 5 della legge n. 203 del 1982 «la morosità del conduttore costituisce grave inadempimento ai fini della pronuncia di risoluzione del contratto (...) quando si concreti nel mancato pagamento del canone per almeno una annualità», dall'altra, che il conduttore, pur gravato del relativo onere, non solo non ha dimostrato di avere corrisposto, negli ultimi dieci anni (cioè per un periodo ben superiore a quello indicato dalla legge) il canone di legge, ma neppure ha invocato e dimostrato, adeguatamente, di vantare crediti, nei confronti del concedente, di importo pari o superiore al canone non pagato; (*omissis*).

## (1-2) L'INSOSTENIBILE PRETESA DI SANARE UNA MOROSITÀ NEGATA

La sentenza n. 714 del 2010 della Suprema Corte prospetta in modo limpido ed impeccabile, in una fattispecie di morosità dell'affittuario, le soluzioni corrette ai problemi posti dalla proponibilità dell'istanza per la sanatoria della morosità di cui all'art. 46, comma 6, della l. 3 maggio 1982, n. 203, in relazione ai fini che tale norma persegue e alle difese sviluppate dall'affittuario nei suoi atti difensivi.

In particolare, la sentenza in commento, sulla scia di una giurisprudenza consolidata, ribadisce che l'istanza dell'affittuario per ottenere la concessione del termine di grazia onde sanare la morosità deve manifestare in modo inequivoco la volontà di porre fine all'inadempimento e di eliminare la necessità di un giudizio sul merito della lite.

Consegue che non può essere concesso il termine per sanare la morosità a quell'affittuario che proponga la relativa istanza alla fine dell'istruttoria e subordinatamente all'accoglimento della domanda del concedente.

Le argomentazioni della Suprema Corte pongono soprattutto in rilievo il profilo di contraddittorietà nella condotta difensiva dell'affittuario che, da un lato, nega la morosità e, dall'altro, formula l'istanza ex art. 46, comma 6, della legge n. 203 del 1982 per sanarla.

Tale contraddizione vulnera la logica comune ancor prima della logica giuridica che distingue la norma appena citata e conduce di conseguenza all'inconcedibilità del termine di grazia.

La sentenza in esame ribadisce correttamente l'assunto che la concessione di un termine per sanare la morosità presuppone un'istanza dell'affittuario moroso ed esclude pertanto che il giudice di primo grado possa provvedere *ex officio*, come è accaduto nella fattispecie di cui è controversia, in conformità ad una giurisprudenza consolidata e secondo l'orientamento della dottrina (1).

Merita altresì condivisione quanto i supremi giudici rilevano riguardo alla denunciata ultrapetizione della sentenza impugnata, negando che essa sussista allorché il giudice di appello, pronunciando sull'inadempimento all'obbligo di pagamento del canone, ha valutato se l'inadempimento contestato all'affittuario fosse o meno grave. Quel giudice infatti ha puntualmente applicato il precetto di cui all'art. 5 della l. 3 maggio 1982, n. 203, che prevede la gravità dell'inadempimento quando l'affittuario ometta di pagare almeno un'annualità di canone.

Nella fattispecie il conduttore non ha dimostrato di aver corrisposto il canone negli ultimi dieci anni e neppure ha dimostrato di vantare crediti nei confronti del concedente per un importo pari o superiore a quello del canone non pagato. Non può dunque parlarsi di ultrapetizione della sentenza impugnata poiché il giudice, nell'esercizio del suo autonomo potere di applicazione della legge, ha individuato in essa i criteri di valutazione.

Gianfranco Busetto

(1) Cass. 15 aprile 2000, n. 4916, in questa Riv., 2001, 714, con nota di S. TIRIBOCCHI, *Efficacia traslativa del preliminare e istanza di parte per la sanatoria della morosità nel contratto d'affitto di fondi rustici*; Cass. 23

dicembre 1998, n. 12838, *ivi*, 2000, 690-691, con nota di G. Busetto, *Sanatoria della morosità e istanza di parte*.



## I

Cass. Sez. III Civ. - 20-10-2009, n. 22175 - Varrone, pres.; Calabrese, est.; Iannelli, P.M. (conf.) - Bernardelli (avv. Alpa ed a.) c. Telli ed a. (avv. Marchesi ed a.). (*Conferma App. Milano 3 febbraio 2005*)

**Prelazione e riscatto - Prelazione - Ritardo nella stipulazione dell'atto definitivo di vendita rispetto a quella indicata nel preliminare - Alterazione conseguente della parità di condizioni tra promissario acquirente e prelazionario - Esclusione - Conseguenze - Notifica al prelazionario della proposta di vendita - Mancato esercizio o decadenza dal diritto di prelazione - Vendita ad un terzo - Validità - Sussistenza - Limiti.** (L. 26 maggio 1965, n. 590, art. 8; d.lgs. 29 marzo 2004, n. 99, art. 2)

*Ai fini dell'esercizio della prelazione agraria prevista dall'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590, il ritardo nella stipulazione dell'atto definitivo di vendita rispetto alla data indicata nel contratto preliminare notificato all'avente diritto alla prelazione non altera la parità di condizioni voluta dalla legge tra promissario acquirente e prelazionario, dovendo detta parità concernere esclusivamente l'ammontare del prezzo e l'oggetto dell'atto di alienazione; ne consegue che, qualora il proprietario abbia notificato al coltivatore la proposta di vendita e questi non abbia esercitato il diritto di prelazione o sia decaduto dal medesimo, il proprietario è libero di procedere alla vendita con un terzo senza limitazione di tempo, salvo che si tratti di una nuova e diversa determinazione rispetto alla proposta notificata (1).*

## II

Cass. Sez. III Civ. - 20-10-2009, n. 22177 - Varrone, pres.; Calabrese, est.; Golia, P.M. (conf.) - Caccamo (avv. Patti) c. Mancarella ed a. (avv. Reale). (*Conferma App. Catania 7 giugno 2004*)

**Prelazione e riscatto - Riscatto agrario - Natura di diritto potestativo - Sussistenza - Conseguenze - Sostituzione ex tunc del retraente nella posizione giuridica del terzo - Trasferimento di proprietà - Efficacia - Condicio iuris del pagamento del prezzo - Criteri - Mancato pagamento - Effetti.** (C.c., art. 1353; l. 26 maggio 1965, n. 560, art. 8; l. 8 gennaio 1979, n. 2)

*L'esercizio del diritto di riscatto agrario - che l'art. 8, comma 5, della l. 26 maggio 1965, n. 590, configura come un diritto potestativo - comporta la sostituzione ex tunc del retraente nella posizione giuridica del terzo acquirente del fondo, retrattato, il cui consenso non è richiesto per il verificarsi di detta sostituzione (subendone ipso iure gli effetti); tuttavia l'efficacia del trasferimento di proprietà resta sospesa fino al pagamento del prezzo di acquisto del bene, nel senso che l'acquisto da parte del retraente è sottoposto ad una condicio iuris sospensiva, con la conseguenza che l'omesso pagamento comporta il mancato verificarsi degli effetti del riscatto (2).*

## I

(Omissis)

2.1. In prima motivazione va chiarito che nel caso di specie si controverte del ritardo (di circa sette mesi) nella stipula dell'atto pubblico di compravendita del fondo da parte del Telli e dei Barbiano di Belgioioso (avvenuta in data 21 dicembre 1993) rispetto alla data (22 maggio 1993) in cui i Bernardelli - che avevano esercitato la prelazione con atto del 14 febbraio 1992, chiedendo di voler usufruire del termine lungo di cui al comma 7 dello stesso art. 8, legge n. 590 del 1965, per poter usufruire del mutuo agevolato da parte della Cassa per la formazione della proprietà contadina - erano decaduti dal diritto di prelazione esercitato, per non aver pagato il prezzo di acquisto entro il predetto termine perentorio lungo, infruttuosamente scaduto il 22 maggio 1993.

2.2. Ora secondo i ricorrenti il fatto che il contratto di vendita tra i proprietari e il Telli non sia stato stipulato subito dopo tale scadenza (ovvero, come da diffida 10 giugno 1993 del medesimo

Telli ai Barbiano di Belgioioso, entro il 10 luglio 1993), ma sia stato stipulato con tanto ritardo, ha comportato un sostanziale mutamento delle condizioni indicate nella proposta di vendita comunicata mediante la trasmissione del contratto preliminare, per cui «sarebbe stato loro diritto usufruire dei termini di legge per procurarsi aliunde le somme non ottenute dalla Cassa necessarie per l'esercizio della prelazione».

2.3. In altri termini, la stipula del definitivo tra Belgioioso e Telli a distanza di tempo così notevole avrebbe alterato la parità delle condizioni, voluta dalla legge n. 590 del 1965, art. 8, tra promissario acquirente Telli e avente diritto alla prelazione Bernardelli, perché se quest'ultimo avesse saputo di poter contare su un termine più ampio di quello fissato dal preliminare per pagare il prezzo avrebbe potuto decidere di esercitare il diritto anche se nell'immediatezza non disponeva dell'intera somma da pagare.

3. Tale divisamento non può dunque condividersi, poiché, in via di principio, la parità di condizioni voluta dalla legge deve intendersi rigorosamente per quel che concerne l'ammontare del prezzo e l'oggetto dell'atto di alienazione, ma non può far rivivere un diritto di prelazione non esercitato nei termini per la sola circostanza che l'atto definitivo di vendita sia stato stipulato con ritardo (che può avere cause diverse) rispetto al giorno contemplato nel contratto preliminare.

3.1. Questa Corte ha invero affermato che il ritardo nella stipulazione del contratto definitivo rispetto alla data indicata nel contratto preliminare non altera la parità di condizioni voluta dalla legge n. 590 del 1965 tra promissario acquirente e avente diritto alla prelazione, dovendo la detta parità concernere esclusivamente l'ammontare del prezzo e l'oggetto dell'atto di alienazione, ma non potendo comportare la reviviscenza di un diritto di prelazione non esercitato tempestivamente per la sola circostanza che l'atto definitivo di compravendita sia stato stipulato con ritardo rispetto al giorno contemplato, poiché il ritardo può avere le cause più disparate ed è, comunque, irrilevante nella stipulazione del contratto definitivo (sent. n. 1331/1997); come pure che, qualora l'affittuario non abbia esercitato il diritto di prelazione o sia decaduto dallo stesso, il proprietario può addivenire alla stipulazione della vendita con il terzo senza alcun limite di tempo, tranne che, rispetto alla proposta notificata, sia intervenuta un'autonoma e diversa determinazione di volontà (sent. n. 5294/1980); ovvero che la circostanza che la stipulazione dell'atto pubblico di vendita sia avvenuta in una data posteriore a quella prevista dal contratto preliminare è del tutto irrilevante qualora il pagamento del prezzo di acquisto del fondo sia stato eseguito secondo le modalità stabilite dal preliminare (sent. n. 3219/1986).

4. La tesi peraltro opposta dai ricorrenti (in base a Cass. n. 7768/2003) - secondo cui il titolare del diritto di prelazione, che non lo abbia esercitato, non ha diritto al riscatto ove sia semplicemente differita la data del contratto definitivo di vendita fissata nel preliminare notificatogli, salvo che il differimento non sia così notevole (mentre nella specie al suo esame era di un solo mese) da comportare sostanziale mutamento alle condizioni indicate nella proposta - non sembra cogliere nel segno, giacché la sentenza citata non statuisce la sufficienza, di per sé, del differimento della data di stipula del contratto definitivo di vendita, ove notevole, ma la rilevanza di tale differimento subordina al fatto che lo stesso comporti un «sostanziale» mutamento delle condizioni della proposta di vendita (o preliminare): ciò che implica un apprezzamento di fatto.

(Omissis)

6. Il principio pertanto che va messo in luce è quello secondo cui il proprietario che abbia notificato al coltivatore la proposta di vendita senza il successivo esercizio o decadenza dal diritto di prelazione resta libero di addivenire alla vendita con i terzi senza limitazione temporale, salvo il caso di una nuova e diversa determinazione rispetto alla proposta notificata, che non si verifica allorché la vendita risponde, nei suoi elementi rilevanti, alla proposta fatta.

7. Concludendo, il ricorso va rigettato.

(Omissis)

## II

(Omissis)

È pacifico il principio che il riscatto determina la sostituzione *ex tunc* del retraente nella posizione giuridica del terzo acquirente

del fondo, retrattato, per cui con detta sostituzione si verifica l'acquisto diretto dell'immobile da parte del retraente prescindendo dal consenso del retrattato, il quale subisce la situazione determinata con l'esercizio del diritto potestativo di riscatto riconosciuto dalla legge n. 590 del 1965, art. 8, comma 5, all'avente diritto alla prelazione che sia stato pretermesso.

La dichiarazione del retraente, ponendosi quale atto unilaterale recettizio, insomma realizza *ipso iure* la sostituzione e l'eventuale (ove difatti non aderisca il retrattato alla dichiarazione) intervento del giudice è solo di accertamento (e non costitutivo) del valido esercizio del riscatto e dell'avvenuto subingresso del retraente nella proprietà del bene.

L'efficacia del trasferimento della proprietà in capo al retraente, tuttavia, resta sospesa fino al pagamento del prezzo di acquisto del bene, nel senso che l'acquisto diretto da parte del retraente dell'immobile dal proprietario venditore è sottoposto alla condizione sospensiva dell'effettivo pagamento del prezzo (v. Cass. n. 15351/2000).

In questo caso il pagamento del prezzo non costituisce una condizione in senso tecnico o per volontà delle parti bensì costituisce una *condicio iuris* sospensiva, ossia un presupposto di efficacia dell'atto di acquisto, reso, nelle more, inefficace, in attesa del sopravvenire di quel pagamento.

Nella specie, dunque, l'omesso pagamento del prezzo ai retrattati da parte della retraente nel termine prescritto ha comportato, come correttamente rilevato dai giudici *a quibus*, il mancato verificarsi degli effetti del riscatto, in conseguenza del mancato avveramento della detta condizione sospensiva legale.

È, d'altronde, da escludere, come ancora ritiene la Corte catanese, confutando il relativo assunto di parte retraente, che sarebbe stata necessaria la richiesta di pagamento da parte del

retrattato, poiché il pagamento costituisce un onere del retraente che è pertanto tenuto a provvedervi ove voglia far avverare la condizione, senza necessità di alcuna richiesta (arg. ex art. 1219 c.c., comma 2, n. 3 e art. 1182 c.c., comma 3).

Pacifico infine che il legislatore con la legge n. 2 del 1979, ha chiaramente inteso estendere al riscatto quella parte di disciplina della prelazione (legge n. 590 del 1965, comma 8) con esso compatibile, giacché, come hanno ben evidenziato i giudici d'appello, in entrambi i casi ricorre l'analoga esigenza di evitare esercizi strumentali del diritto tali da ostacolare ingiustificatamente la libertà negoziale.

Concludendo il ricorso va rigettato. (*Omissis*)

#### (1-2) IL FATTORE TEMPO E LA DISTRIBUZIONE DEI RISCHI NELLA PRELAZIONE AGRARIA.

Le due decisioni commentate offrono all'osservatore due angoli visuali diversi ma, in parte, convergenti in ordine alle caratteristiche dell'istituto della prelazione agraria (1). Si tratta di un istituto che legittima la presenza, non solo degli interessi delle singole parti protagoniste ma anche del più generale interesse ad assecondare l'ampliamento del terreno aziendale (2), sacrificando a tale interesse collettivo (3) di natura più forte anche le tensioni egoistiche dei singoli protagonisti ed in particolare del soggetto proprietario (4).

(1) Sulla prelazione, si richiamano, tra gli altri e a titolo non esaustivo, CARROZZA, *Genesis storica delle prelazioni agrarie e loro futuro*, in *Riv. dir. agr.*, 1996, I, 185; CALABRESE, *La prelazione agraria*, Padova, 1999; CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, Padova, 1988; ID., *Il diritto di prelazione, in Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, a cura di COSTATO, Padova, 2003, 526; CIGARINI - RINALDI, *La prelazione legale agraria*, Bologna, 1990; COMPORTI, *Profili generali della prelazione agraria*, in *Riv. dir. agr.*, 1998, I, 149 e ss.; CORSARO, voce *Prelazione e riscatto. I, Fondi rustici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1992, 1; GERMANÒ, *Manuale di diritto agrario*, VI ed., Torino, 2006, 203 e ss.; ID., *La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali*, in *Giur. agr. it.*, 1973, 391; TAMPONI, voce *Prelazione agraria*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996, 190; TRIOLA, *La prelazione agraria*, Milano, 1990; ID., *Prelazione agraria e costituzione*, in *Vita not.*, 1991, 854; ID., *La prelazione agraria*, in CORSARO - TRIOLA, *Legislazione agraria*, Milano, 2006, parte III.

(2) Il fatto che, a parità di condizioni, venga preferito nell'acquisto del fondo non tanto chi si trova in un rapporto reale con lo stesso quanto il soggetto qualificato «coltivatore diretto» ed ivi insediato a titolo contrattuale - oppure il coltivatore diretto di fondi confinanti - è la soluzione normativa con la quale il legislatore tende a garantire la stabilità degli insediamenti produttivi ed il consolidamento di quelli esistenti.

L'opzione di ritenere meritevole di tutela l'interesse del coltivatore diretto rispetto a quello del proprietario o del terzo promissario acquirente si accompagna, comunque, alla necessaria presenza dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dall'art. 8 della legge n. 590/1965.

Per una sintesi delle problematiche coinvolte dall'istituto della prelazione agraria, PAOLONI, *Questioni vecchie e nuove in materia di prelazione agraria*, in questa Riv., 2001, 160.

Sulla qualifica di «coltivatore diretto», BELLANTUONO, *La qualifica di coltivatore diretto per l'esercizio della prelazione e del riscatto di cui alla legge 590/1965 e successive modificazioni*, in *Giur. agr. it.*, 1992, 296; MANSERVISI, *L'accertamento della qualità di coltivatore diretto per l'esercizio della prelazione*, in *Riv. dir. agr.*, 1990, II, 25.

Sul titolo di coltivazione, Busetto, *Problemi interpretativi e testo unico delle norme sulla prelazione*, in questa Riv., 2003, 27.

Sulla abitualità della coltivazione, CONVENTI, *Condizioni essenziali ai fini dell'esercizio della prelazione del confinante*, in questa Riv., 2004, 97.

Sulla prelazione del confinante in relazione ai limiti al potere dispositivo del proprietario, PALERMO, *Prelazione e terreni confinanti*, in *Giur. agr. it.*, 1980, 554; SALARIS, *Nozione di confine nella prelazione del confinante*, in *La prelazione agraria*, Viterbo, 1996, 183; FLORE, *Sulla «irrisolta» problematica della contiguità nella prelazione del confinante*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, II, 56; SAHJA, *Rapporto tra prelazione del-*

*l'affittuario e prelazione del confinante. Riflessioni sulla nozione di fondo confinante*, in questa Riv., 2004, 374.

Sulla destinazione agricola del fondo, TRIOLA, *Prelazione agraria e alienazione di fondo con parziale destinazione edilizia*, in questa Riv., 2007, 463; DE SIMOLA, *Vincolo di in edificabilità assoluta del fondo ed esclusione dell'esercizio del diritto di riscatto agrario*, *ivi*, 2007, 481; BOLOGNINI, *L'esclusione della prelazione agraria per i terreni destinati ad utilizzazione edilizia, industriale o turistica, con particolare riferimento alla delibera comunale di perimetrazione del centro abitato e ai piani territoriali paesistici*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, 211.

(3) Gli interessi di carattere generale sottesi alla disciplina della prelazione agraria variano dall'interesse alla ricomposizione fondiaria e alla agevolazione della formazione della proprietà coltivatrice, all'ampliamento dell'azienda al riconoscimento e alla tutela del lavoro svolto: questi ultimi sono tendenzialmente unificati da un generale interesse alla tutela del diritto al lavoro nella forma di autonoma impresa.

«(...) diritto del lavoratore per quanto già fatto, (il) diritto al lavoro per quanto riguarda il futuro, (il) sacrificio del proprietario di dover preferire il coltivatore si coniugano nell'ambito del principio di solidarietà costituzionalmente stabilito, di cui la disciplina della prelazione viene a costituire espressa manifestazione (...), sic in CORSARO L., *Prelazione e riscatto*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 e ss.; *ivi* si sottolinea anche come il soggetto avente diritto alla prelazione sia titolare di una posizione giuridica di tipo non meramente individualistico per il fatto che con l'esercizio della prelazione egli realizza un interesse generale affinché i lavoratori professionali esercitino imprese autonome e affinché la terra circoli tra le persone che la utilizzino meglio.

In questo senso anche le osservazioni di CARROZZA, *Introduzione allo studio della prelazione legale nel diritto della riforma agraria*, in *Riv. dir. agr.*, 1971, 53 e ss; ID., *La prelazione agraria: tipi, fondamento e gerarchia*, in *Riv. dir. agr.*, 1981, I, 707 e ss., in merito alla tutela del lavoro del coltivatore diretto quale tutela mediata dalla tutela immediata accordata all'imprenditore-lavoratore.

(4) L'autonomia contrattuale del proprietario resta intatta rispetto alla decisione circa l'an della vendita risultando, invece, menomata solo con riferimento alla scelta del contraente.

Il prelazionario non è, infatti, titolare di un «diritto al contratto», né anteriormente né posteriormente al concretizzarsi del negozio tra venditore obbligato e terzo, in quanto il fine specifico dell'istituto è di garantire la preferenza nell'acquisto laddove il proprietario decida effettivamente di alienare il bene. Sul punto si veda, CASAROTTO, *Il diritto di prelazione*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, cit., 526; ID., *La prelazione nell'accesso alla proprietà agraria*, cit., 93; TAMBURRINO, *I vincoli contrattuali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 129; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 1998, 272.

Quanto appena sintetizzato esprime la *ratio legis* (5) piuttosto che un filo conduttore comune a entrambe le sentenze sotto osservazione.

1. Nella prima delle due sentenze (Cass. n. 22175/09) si assiste ad un'interazione tra l'istituto della prelazione agraria e il perfezionamento del contratto di compravendita a seguito della successione temporale tra contratto preliminare e contratto definitivo (6).

Gli affittuari avevano esercitato il diritto di prelazione nell'acquisto del fondo e si erano rivolti alla Cassa per la formazione della proprietà contadina al fine di ottenere l'erogazione di un mutuo; nelle more non avevano provveduto al pagamento del prezzo nei termini previsti.

I proprietari avevano, nel frattempo, alienato il fondo ad un terzo.

L'atto pubblico di vendita con il terzo era stato siglato con un ritardo di sette mesi (calcolato a decorrere dalla data - 22 maggio 1993 - in cui i prelazionari erano decaduti dal diritto di prelazione esercitato per non averne pagato il relativo prezzo) rispetto alla tempistica dettata dal preliminare correttamente notificato al prelazionario, assumevano che tale contratto definitivo di compravendita non integrava una mera esecuzione di quanto previsto nel preliminare cosicché veniva ad inficiare definitivamente la parità delle condizioni tra promissario acquirente e avente diritto alla prelazione richiesta dall'art. 8, legge n. 590/1965.

I prelazionari pretermessi proponevano, dunque, domanda in giudizio per ottenere il riscatto del bene con condanna dei venditori al risarcimento dei danni.

Rigettate le istanze proposte nel merito, i prelazionari ricorrevano in cassazione per vedere accolto l'unico motivo di ricorso concernente la irrilevanza della vendita intervenuta tra i proprietari e il terzo.

Si assumeva infatti nel ricorso che il terzo acquirente avesse potuto godere di un termine più lungo per la stipula del contratto definitivo; corollario di tale affermazione era la presunta lesione del diritto del prelazionario ad usufruire di una diversa notifica del nuovo contratto preliminare che avrebbe potuto offrirgli, alle stesse condizioni dei terzi, di reperire *aliunde* le somme necessarie al pagamento del prezzo.

La tesi è stata rigettata dal Supremo Collegio che ha ritenuto di considerare il *fattore tempo* come un elemento non

condizionante l'essenza della proposta di vendita.

Il prelazionario, nella vicenda *de qua*, non aveva pagato il prezzo entro il termine perentorio lungo di cui all'art. 8, legge n. 590/1965 con ciò perdendo il correlato diritto: la Cassazione collega il mancato perfezionamento dell'acquisto in capo al prelazionario a tale inadempimento piuttosto che alla stipula del contratto definitivo con il terzo acquirente sebbene questa sia avvenuta in «ritardo» rispetto alla data indicata nel preliminare.

L'irrilevanza del fattore tempo, relativamente alla stipula del definitivo, discende dal fatto che, a conferma di un preciso orientamento giurisprudenziale (7), il ritardo nella stipula del definitivo non sarebbe idoneo ad alterare la parità di condizioni voluta dalla legge tra promissario acquirente e avente diritto alla prelazione sì da far «rivivere un diritto di prelazione non esercitato nei termini» (8) e la parità di condizioni concernerebbe esclusivamente l'ammontare del prezzo e l'oggetto dell'atto di alienazione.

La Cassazione ribadisce, dunque, la non inferenza del tempo di stipula del contratto definitivo sull'oggetto dell'alienazione affermando il principio per cui il proprietario che abbia notificato il preliminare al prelazionario, laddove costui non eserciti o decada dal diritto di prelazione, resta poi libero di addivenire alla stipula con il terzo, senza limitazione temporale, salvo il caso di una nuova e diversa determinazione rispetto alla proposta notificata.

La sentenza in commento ha così offerto un'interpretazione legata al testo della legge n. 590/1965 che riconduce la garanzia della parità di condizioni, quale principio di tutela del prelazionario, solo all'oggetto e al prezzo della vendita (9).

Il principio che la Suprema Corte evidenzia si fonda su un duplice passaggio: da una parte l'equiparazione tra mancato esercizio del diritto di prelazione e decadenza dal diritto di prelazione per mancato pagamento del prezzo entro il termine (10); dall'altra, il potere del proprietario di disporre del bene, senza che il fattore tempo ne condizioni la libertà contrattuale nella vendita a terzi ove il prelazionario non si sia fruttuosamente avvalso della *chance* di acquistare il fondo nei termini previsti.

La Cassazione conferma l'orientamento (11) che ravvisa nel «pagamento del prezzo entro il termine» un elemento essenziale al perfezionamento dell'acquisto del bene in capo al prelazionario.

(5) Come si legge in CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.* 1952, I, 272, la legge n. 590/1965, indirizza il rapporto tra proprietà agraria e iniziativa economica nel senso di ridurre al minimo «(...) le posizioni di diritto che siano senza fondamento di attività e di effettività», agevolando il consolidamento in unico soggetto della titolarità e della gestione dei terreni in modo da assecondare il dettato costituzionale - artt. 35, comma 1, 44, comma 1, 47, comma 2 - inteso alla tutela del lavoro e del miglioramento dell'impresa agricola.

Nello stesso senso, CORSARO, *Titolarità e fondamento del diritto di prelazione in materia di «proprietà coltivatrice»*, in *Riv. dir. agr.*, 1976, I, 174.

La stessa Relazione alla legge n. 590/1965 delineava la *ratio* della prelazione a favore del coltivatore «nel miglioramento delle strutture produttive dell'agricoltura da realizzare, in modo particolare, con la formazione di imprese coltivatrici moderne ed efficienti» e «nel riconoscimento dei diritti del lavoro».

(6) Della letteratura ampia in tema di contratto preliminare e di gradualità dei vincoli alla conclusione del contratto, si citano a titolo non esaustivo, SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, III, *Effetti*, Milano, 2006; DE MATTEIS, *Il contratto preliminare di vendita*, nel *Codice della vendita*, a cura di BUONOCORE - LUMINOSO, Milano, 2005; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino, 1998, 24; DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990, 4; CHIANALE, voce *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. civ.*, IV, 1989; SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALO, Torino, 1975; PEREGO, *I vincoli preliminari ed il contratto*, Milano, 1974; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970; RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967; FORCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, 683.

(7) Nella stessa pronuncia vengono richiamati alcuni precedenti quali: Cass. 13 febbraio 1997, n. 1331 (in *Riv. dir. agr.*, 1997, 51); Cass. 15 maggio 1986, n. 3219; Cass. 18 settembre 1980, n. 5294.

(8) Come può argomentarsi da CORSARO, voce *Prelazione e riscatto*. I, *Fondi rustici*, cit., 8, l'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'avente diritto si articola in due momenti che possono o meno coincidere: il primo consiste nell'accettazione della proposta dell'alienante con la quale si perfeziona un accordo che vincola entrambe le parti al contenuto delle rispettive proposte e accettazioni; il secondo momento consente l'acquisto della proprietà del fondo che discende dal pagamento del prezzo.

(9) Sulla «parità di condizioni», TRIOLA, *Esercizio della prelazione e parità di condizioni*, in *Vita not.*, 2000, I, 186-187.

(10) Sul pagamento del prezzo entro il termine, JESU, *Mancato pagamento del prezzo e sorte del contratto intervenuto tra prelazionario e proprietario venditore*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, 1313; TORTOLINI, *Prelazione agraria e mancato pagamento del prezzo*, in questa Riv., 1996, 267.

(11) Sulla inefficacia del contratto conclusosi con l'accettazione da parte del coltivatore della proposta di vendita per il caso di mancato pagamento del prezzo nel termine di legge l'orientamento della Cassazione consta di diverse pronunce tra le quali, Cass. 11 giugno 1972, n. 2164, in *Mass. Giur. it.*, 1976, 564; Cass. Sez. Un. 9 maggio 1977, n. 1767 e 10 maggio 1977, n. 1805, in *Giur. it.*, 1977, I, 1259, con nota di GERI, *Effetti del mancato pagamento del prezzo nella prelazione agraria*; Cass. 25 settembre 2000, n. 12668, in questa Riv., 2000, 700; Cass. 16 marzo 2005, n. 5681, *ivi*, 2006, 383; Cass. 15 marzo 2007, n. 5991, *ivi*, 2008, 337; Cass. 24 novembre 2007, n. 24460, *ivi*, 2008, 420.

Una corrente minoritaria della giurisprudenza, non senza l'avallo di autorevole dottrina (per es. si veda TRIOLA, *La prelazione legale*, Milano, 2003, 265; Id., *Tre questioni aperte in materia di prelazione agraria*, in questa Riv., 2003, 361), invece considera come validamente esercitato il diritto di prelazione a prescindere dal versamento di tutto il prezzo dovuto che, invece, si inquadrebbe nella fase esecutiva del contratto: l'eventuale inadempimento da parte del prelazionario comporterebbe solo la possibilità di attivare i rimedi contrattuali dell'azione di risoluzione o di inadempimento.

Ne deriva che la situazione di vantaggio riconosciuta al prelazionario perderebbe del tutto la sua consistenza a ragione del mancato pagamento del prezzo entro il termine cosicché, non riconoscendosi una ultrattività al diritto di prelazione in termini di reviviscenza, l'alienante riacquisterebbe una immediata disponibilità del fondo.

Di qui il corollario che un termine di stipula del definitivo più lungo per il terzo acquirente, non venendo ad alterare la pretesa parità di condizioni e non rendendo necessaria una nuova comunicazione al prelazionario, non potrebbe consentire allo stesso di agire in riscatto per l'acquisizione del bene.

Fin qui la pronuncia in esame.

Si deve, pur tuttavia, segnalare che la sentenza n. 22175/09, così come articolata, non prende in adeguata considerazione l'equilibrio degli interessi in gioco definito *ex lege*: ivi si sottovaluta, all'evidenza, che la preferenza accordata al prelazionario è preferenza non comprimibile se non quando il prelazionario abusa della sua posizione.

Nel caso in questione ad abusare del fattore temporale è piuttosto il soggetto proprietario che accorda un esercizio del diritto più flessibile dal punto di vista temporale a favore del soggetto terzo – di maggiore gradimento – senza consentire al prelazionario di godere della parità di trattamento in relazione al periodo temporale previsto per la definizione contrattuale.

Vero è che nella fattispecie il soggetto prelazionario ha goduto di una prima *chance* fisiologica legata al termine fissato per il pagamento del prezzo e la stipula del definitivo ma è altrettanto vero che al terzo è stato consentito – previa novazione di fatto dell'accordo – un termine più ampio per la stipula del definitivo tale da integrare una diversa determinazione di volontà e da modificare la parità di condizioni il che impone di far rivivere il diritto di prelazione pena il diniego al prelazionario di una pari opportunità.

L'interpretazione seguita dalla Suprema Corte sconta, forse, una sottovalutazione del fattore tempo.

In verità, tale fattore, collegato alla fattispecie della prelazione, può rappresentare uno strumento di distribuzione dei rischi in relazione alle finalità di tutela proprie della prelazione agraria che, come anticipato, fanno prevalere la tutela di interessi generali dell'azienda rispetto a quelli individuali del proprietario disponente.

Alla luce di quanto precede, la diversa distribuzione dei rischi legata al fattore temporale nella ricerca di un equilibrio tra la tutela dell'interesse – al miglioramento delle strutture produttive e alla tutela del lavoro – dell'avente diritto alla prelazione e del proprietario, non risulta allineata con le condizioni di legge e risulta in forte contrasto con la volontà del legislatore in materia.

2. Nella seconda sentenza della Cassazione (sent. n. 22177/09) si affronta, invece, il problema del rapporto tra limitazione della libertà negoziale e tutela del soggetto avente diritto alla prelazione sotto il profilo dell'operatività dell'esercizio del diritto di riscatto (12).

La vicenda origina dalla vendita di un fondo in spregio del diritto di prelazione del proprietario confinante: quest'ultimo aveva ottenuto dal Tribunale dichiarazione di riscatto ma non aveva corrisposto, entro il termine previsto, il prezzo al retrattato.

I giudici di legittimità vengono, dunque, chiamati a pronunciarsi proprio sulla qualificazione giuridica del pagamento del prezzo del riscatto *nel termine previsto*, in particolare sulla questione se esso possa o meno essere inteso quale condizione sospensiva di legge apposta al riscatto.

La tesi sostenuta dal riscattante-inadempiente considera l'o-

messo pagamento del prezzo nel termine come fatto non in grado di incidere sull'efficacia del riscatto perché da tale condizione non dipende né la validità del contratto di compravendita stipulato tra le parti né la validità del riscatto, che – non essendo un contratto – non potrebbe neanche essere circoscritto nella sua efficacia dall'apposizione di un elemento accidentale.

Sulla scia del consolidato orientamento in merito alla natura del riscatto inteso quale atto unilaterale recettizio che realizza *ipso iure* la sostituzione del prelazionario pretermesso al terzo acquirente, il Supremo Collegio rigetta l'istanza del ricorrente ritenendo che l'efficacia del trasferimento di proprietà in capo al retrattante sia subordinata all'effettivo pagamento del prezzo di acquisto del bene.

La sentenza n. 22177/09, in rapporto alle finalità perseguite dalla disciplina della prelazione, è sicuramente fuori discussione laddove, nel tener conto dell'equilibrio dei poteri intercorrente tra la posizione del retraente e quella del retrattato, canalizza l'esercizio dei poteri della prima figura in modo tale che il fattore temporale non vada a sacrificare oltre il lecito le ragioni economiche del proprietari.

In altri termini, la posizione del proprietario, che risulta più in generale sacrificata nella vicenda della prelazione agraria a favore della logica della implementazione aziendale, non può subire sacrifici oltre la misura massima definita dalla possibilità di vedere tradotte in valore di scambio le sue ragioni: il potere di disposizione viene «ri-orientato» in direzione del soggetto privilegiato ma il privilegio di quest'ultimo non può estendersi fino a sacrificare l'attesa delle ragioni di scambio oltre un limite temporale ragionevole per altro tipizzato dal legislatore (13).

Il difficile equilibrio tra le ragioni «non proprietarie» che impongono trasferimenti non liberi e le ragioni della proprietà si realizza proprio e solo sul terreno economico come, per altri casi, testimonia l'art. 42, comma 3 della Costituzione, là dove, a fronte del trasferimento coattivo, sta il pagamento dell'indennizzo: senza quest'ultimo il trasferimento risulta illegittimo.

Un'ultima segnalazione della parte motiva della sentenza n. 22177/09 concerne il bene cui i giudici hanno inteso accordare tutela: la libertà negoziale.

L'estensione al riscatto della parte di disciplina della prelazione con esso compatibile vuole evitare che la tutela del prelazionario vada oltre i limiti ragionevoli, avalli esercizi strumentali del diritto e finisca per ostacolare ingiustificatamente la libertà negoziale.

Riteniamo pertanto coerente la soluzione proposta, laddove la posizione del retraente si traduce nella situazione di un soggetto che attende di acquisire la proprietà fintantoché non onora il pagamento.

A ragionare diversamente si creerebbe un evidente squilibrio a mente del quale il soggetto prelazionario privilegiato godrebbe della posizione proprietaria residuando in capo al proprietario espropriato senza corrispettivo solo una tutela obbligatoria.

È evidente, in conclusione, che il *favor legis* per il prelazionario non si spinge fino a confini che non legittimano quello che potrebbe tradursi in un vero e proprio «abuso del diritto»: nei giusti confini, però, l'equilibrio economico deve essere salvaguardato.

D'altra parte, l'equilibrio non può essere stravolto a favore del proprietario legittimando comportamenti arbitrari che non tutelano il diritto del prelazionario alla parità di trattamento.

Paola Colaneri

(12) Sul tipo di tutela apprestata per il caso di violazione della prelazione legale, VISALLI, *I soggetti della prelazione agraria: profili sistematici*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 130.

(13) I commi 6 e 7 dell'art. 8 della legge n. 590/1965 disciplinano i limiti temporali del versamento del prezzo per il caso di esercizio del diritto di

prelazione individuandoli nei tre mesi decorrenti dal trentesimo giorno dall'avvenuta notifica - salvo diversa pattuizione delle parti - o nel diverso termine conseguente all'attivazione, da parte del proprietario, delle procedure di finanziamento agevolato.

Cass. Sez. III Civ. - 15-5-2009, n. 11314 - Varrone, pres.; Calabrese, est.; Pivetti, P.M. (conf.) - Fiore ed a. (avv. Gaudioso) c. Pietrangelo (avv. Toscano). (*Conferma App. Salerno 19 febbraio 2004, n. 91*)

**Prelazione e riscatto - Esercizio della prelazione - Acquisto dei terreni agricoli da parte dell'affittuario coltivatore diretto - Utilizzazione per la coltivazione del fondo delle costruzioni non poste in vendita - Successivo trasferimento a titolo oneroso delle medesime da parte del proprietario concedente - Diritto di prelazione dell'affittuario - Sussistenza - Fondamento - Fattispecie.** (Cost., art. 111; c.c., artt. 817, 818, 2697, 2700; c.p.c., artt. 132, 161, 360; disp. att. c.p.c., art. 118; l. 26 maggio 1965, n. 590, art. 8; l. 14 agosto 1971, n. 817, art. 7)

*In tema di affitto di fondi rustici e dei pertinenti fabbricati rurali, l'affittuario coltivatore diretto che, nell'esercizio della prelazione agraria, abbia acquisito i terreni agricoli ma non anche le costruzioni pertinenziali in quanto non ancora poste in vendita, pur continuando a servirsi delle stesse per la coltivazione del fondo mantiene il diritto di prelazione, in costanza del rapporto di affittanza, anche nel caso di successivo trasferimento a titolo oneroso delle medesime da parte del proprietario concedente, atteso che permane il vincolo pertinenziale tra fabbricati rurali e fondi rustici. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva escluso il diritto di prelazione, sul presupposto che esso avesse ad oggetto un fabbricato di cui non era stato provato il rapporto pertinenziale con il fondo rurale precedentemente acquistato dall'affittuario, né il godimento da parte di quest'ultimo al momento della compravendita) (1).*

(*Omissis*)

1. Nel primo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione di legge (art. 111 Cost., artt. 132 e 161 c.p.c., art. 118 disp. att. c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5), i ricorrenti deducono che la sentenza di seconde cure, impugnata, è «nulla per mancanza ed insufficienza di motivazione nonché per la mancata indicazione delle norme di legge e dei principi generali applicabili nella fattispecie», e, quindi, «vi è una palese violazione del principio costituzionale del diritto di difesa, che così è impedito». Deducono, altresì, che «già la sentenza di primo grado è invalida per la mancata indicazione di De Maio Ciriaco (altro) attore» nella sentenza stessa.

Il motivo, nei suoi vari aspetti, è da disattendere perché: *a*) la Corte d'appello di Salerno ha fornito sufficiente e corretta motivazione della decisione assunta nella specie; *b*) in violazione dell'esigenza di autosufficienza del ricorso per cassazione, i ricorrenti non indicano le norme di legge e i principi di diritto applicabili nella fattispecie che i giudici d'appello - oltre alle une e agli altri da essi richiamati e applicati - avrebbero dovuto indicare; *c*) il *thema decidendum* non ha subito mutamenti o modificazioni; *d*) il contraddittorio, anche, è rimasto integro, peraltro sottolineandosi che l'omessa (come pure l'incompleta o inesatta) indicazione di una parte, in sentenza, non comporta nullità della pronuncia, bensì, semmai, una mera difficoltà nella sua eseguibilità nei confronti del soggetto non indicato e apparentemente pretermesso (v. Cass. n. 10793/2002).

2. Con gli altri tre motivi, per violazione di legge (artt. da 112 a 116 c.p.c., legge n. 590 del 1965, art. 8; legge n. 817 del 1971, art. 7, artt. 817, 818, 2697, 2700 c.c.) e vizi della motivazione, i ricorrenti censurano la sentenza impugnata che ha disatteso la loro domanda di riscatto del vano terraneo del fabbricato rurale in oggetto, del quale l'altro vano terraneo, di cui si compone il fabbricato, appartiene in proprietà ad essi ricorrenti. Deducono in proposito, che la Corte d'appello salernitana ha considerato la vendita del solo vano terraneo in riscatto e non anche lo spiazzo ad esso antistante, il diritto all'aia, al pozzo, e la servitù di passaggio, uniti in rapporto pertinenziale al suddetto fabbricato rurale, confinante con il proprio fondo rustico. Sicché, in definitiva, il giudice d'appello ha commesso un errore nel non considerare il terraneo oggetto della pretesa prelazione come pertinenza del fondo rustico di proprietà di essi ricorrenti. Lamentano, quindi, rispettivamente che la Corte non ha fornito una motivazione esaustiva degli «elementi insiti in tutti gli scritti ed atti difensivi», che i convenuti non hanno

offerto alcuna prova contraria, che il rogito di vendita del terreno *de quo* 8 luglio 1998 non è stato affatto valutato.

I tre motivi, di cui si unifica l'esame in quanto tra loro connessi, non possono ricevere accoglimento. Posto che i ricorrenti adducono che «il giudice di seconde cure è caduto in *errores in iudicando e(t) procedendo* allorché ha considerato la vendita del solo terreno, da sempre vano terraneo rurale (...), l'esame diretto dell'atto per Notaio Cammarano dell'8 luglio 1998 fa rilevare che con esso fu venduto da Esposito Marianna a Pentangelo Salvatore, in regime di comunione lagale dei beni col coniuge Palumbo Immacolata, «il vano terraneo (...) con annesso piccolo spiazzo antistante, sito in (*omissis*) (...)» e che la vendita avvenne «nello stato di fatto e di diritto in cui (l'immobile) si trova(va)» e, «in particolare (con) il diritto al pozzo, all'aia e alle altre locali comodità».

A sua volta dall'esame diretto della domanda di riscatto proposta con l'atto di citazione 24-29 dicembre 1998 da Fiore Antonietta, De Maio Ciriaco e De Maio Carmine contro i coniugi Pentangelo/Palumbo si evince che gli attori chiesero al giudice adito, oltre al resto, di *a*) «dichiarare inefficace la vendita nei confronti del terzo Pentangelo Salvatore (...)» e *b*) «dichiarare trasferito il vano terraneo sito in agro di (*omissis*) confinante con beni Fiore Antonietta, De Maio Ciriaco e De Maio Carmine (...) in favore degli istanti (Fiore/De Maio)». Alla stregua di tali risultanze documentali è di inequivocabile evidenza che oggetto della vendita e, quindi, dell'azione di riscatto, è stato il solo vano terraneo in questione, giacché lo «spiazzo» antistante lo stesso, proprio perché tale, ossia per la sua natura, oltre che perché «piccolo», e dunque per la sua consistenza, costituiva una pertinenza del terreno, mentre tutto il resto (diritto al pozzo, all'aia e alle altre comodità) costituiva «accessori» dell'uso normalmente fatto di esso.

Corretta, pertanto, si palesa la decisione della Corte territoriale di Salerno, adeguatamente motivata. Ed invero si è finora ritenuto di riconoscere il diritto di prelazione a favore degli affittuari, o di altri titolari di rapporto equiparato all'affitto, anche nel caso di vendita separata dei (soli) fabbricati rurali e ciò sotto il profilo della permanenza del vincolo pertinenziale tra fabbricati rurali e fondi rustici, onde il coltivatore diretto di terreni agricoli con pertinenti costruzioni resosi acquirente, nell'esercizio della prelazione agraria, di questi suoli ma non anche delle costruzioni - non ancora poste in vendita - e che continui a servirsi di esse per la coltivazione del fondo, ha - cioè in costanza del rapporto di affittanza (o di rapporto equiparato) - diritto di prelazione e riscatto nel successivo trasferimento a titolo oneroso delle medesime da parte del proprietario concedente (v. Cass. n. 5040/1990).

Nel caso in esame la situazione, riguardante il confine è peculiare, ovvero atipica. Qui gli odierni ricorrenti pretendono di riscattare, in qualità di confinanti, il fabbricato (vano terraneo) sul presupposto, infatti, che questo e lo spiazzo di terreno antistante, l'aia, il diritto al pozzo e le altre comodità (tra cui la servitù di passaggio) costituiscano un complesso immobiliare unitario con il fondo rustico e con l'intero fabbricato rurale di proprietà di essi ricorrenti, destinato all'attività agraria. Ma, come perspicuamente rileva la Corte d'appello, in caso di alienazione di un fabbricato separatamente dal terreno è necessario accertare la funzione pertinenziale, per durevole destinazione di servizio, che detto fabbricato abbia rispetto al fondo confinante esercente il diritto di prelazione. La condizione necessaria perché si possa esercitare validamente la prelazione agraria risiede, pertanto, nel fatto che la pertinenza, e cioè il fabbricato, sia nel godimento del coltivatore confinante al momento della compravendita, dovendo la situazione pertinenziale, determinatasi di conseguenza, essere in atto a tale momento.

Nella fattispecie, viceversa, è di tutta evidenza che il terraneo per cui è causa non era nel godimento dei ricorrenti, ma era in possesso della Esposito, come del resto risulta dall'atto pubblico di vendita, né, come rileva ancora la Corte territoriale, tra le due parti dell'immobile e tra il vano compravenduto ed il terreno antistante l'intero immobile è provato un rapporto pertinenziale di diritto o di fatto. Il che portava naturalmente ad escludere il diritto di prelazione e di riscatto dei medesimi ricorrenti Fiore/De Maio. Non coglie peraltro nel segno la dedotta violazione degli artt. 817 e 818 c.c., posto che il vano terraneo in questione non risulta avere alcun vincolo pertinenziale con il fondo confinante, nonché con lo stesso fabbricato ove è situato.

Il ricorso va quindi rigettato. (*Omissis*)

(1) ANCORA IN TEMA DI CONSERVAZIONE DELL'UNITÀ AZIENDALE. LA SUSSITENZA DEL VINCOLO PERTINENZIALE COME REQUISITO OGGETTIVO PER L'ESERCIZIO DELLA PRELAZIONE AVENTE AD OGGETTO FABBRICATI RURALI.

1. La fattispecie oggetto di indagine trae spunto dalla vendita di un fabbricato rurale, a seguito della quale i proprietari del fondo confinante (con annesso fabbricato rurale) esercitano il diritto di riscatto nei confronti dei terzi acquirenti, citandoli, insieme a chi lo aveva loro venduto in (presunta) violazione del diritto di prelazione ex art. 7 della legge n. 817/1971. I convenuti, costituendosi in giudizio, hanno eccepito che non si trattava di un fondo destinato a fini agricoli, bensì di un fabbricato non utilizzato per tali scopi, per cui la disciplina della prelazione sarebbe stata inapplicabile. Il Tribunale di Nocera Inferiore – a seguito della soppressione dell'Ufficio del Pretore avvenuta con l'entrata in vigore del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, a far data dal 2 giugno 1999 per tutti i processi civili – con sentenza n. 587/2002, ha rigettato la domanda attrice e nello stesso senso si è pronunciata la Corte d'appello di Salerno con sentenza del 19 febbraio 2004.

La S.C., investita del giudizio dagli attori soccombenti in primo grado, ha rigettato le istanze. In particolare, i motivi di ricorso sono stati quattro, il primo di carattere prettamente processuale, mentre con gli altri tre sono stati eccepiti *errores in iudicando* riguardanti sempre violazione di legge e vizio di motivazione ma sono stati toccati profili più squisitamente sostanziali in quanto – oltre ad una presunta violazione degli artt. 112 e 116 c.p.c., rispettivamente sul principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e sul potere del giudice di valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge, e precisamente gli artt. 2700 e ss., disponga diversamente – la violazione avrebbe riguardato l'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590, come modificato dall'art. 7 della legge n. 817 del 1971.

Più precisamente, con il primo motivo di ricorso viene eccepita la nullità della sentenza della Corte d'Appello per mancata e insufficiente motivazione e per mancata indicazione delle norme di legge applicabili alla fattispecie. I giudici d'appello sarebbero incorsi, a dire dei ricorrenti, in una palese violazione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.

La Suprema Corte ha ritenuto di non accogliere questo primo motivo di ricorso innanzitutto perché non è ravvisabile il difetto di motivazione ed in secondo luogo a causa della palese violazione da parte dei ricorrenti del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, non avendo questi ultimi indicato le norme di legge ed i principi di diritto applicabili che la Corte d'appello avrebbe dovuto specificare. In terzo luogo, a fronte dell'eccezione formulata da parte ricorrente di invalidità della sentenza di primo grado per mancata indicazione in sentenza di uno degli attori, la S.C. risponde nel senso che tale omissione non integra gli estremi della nullità,

bensì comporta una semplice difficoltà di esecuzione nei confronti dell'attore pretermesso.

La S.C. aveva già in passato precisato (1) che l'omessa, incompleta o inesatta indicazione nella sentenza di tutte le parti in causa non integra l'ipotesi di errore emendabile con la procedura prevista dal codice di rito per la correzione delle sentenze (artt. 287 ss. c.p.c.) quando le indicazioni mancanti non siano ricavabili direttamente dalla sentenza. Ciò tuttavia, ad avviso dei giudici di legittimità, non comporta la nullità della sentenza qualora l'omissione non si risolva in un autonomo vizio di essa ma comporti una semplice difficoltà nella eseguibilità della stessa nei confronti di quello o di quei soggetti che non sono stati espressamente indicati.

Nel caso di specie, in applicazione di un costante indirizzo giurisprudenziale, la sentenza di primo grado non può in alcun modo essere dichiarata nulla ed in tal senso si è pronunciato anche questa volta il Supremo Collegio. In tempi più recenti, la S.C. è ritornata sul punto con una sentenza della Sezione Lavoro del giugno 2009 (2) da cui si evince, argomentando *a contrario*, un principio di diritto del tutto equivalente. Infatti, i giudici di legittimità hanno precisato che l'omessa indicazione del nominativo di una delle parti in causa, nell'epigrafe o nel dispositivo della sentenza, lungi dal causare la nullità della stessa, costituisce un mero errore materiale emendabile con la procedura all'uopo prevista, qualora dalla sentenza e dagli atti processuali sia inequivocabilmente individuabile la parte pretermessa ed inesattamente indicata. Che si tratti di un orientamento ormai pienamente consolidato in giurisprudenza si deduce anche da altre pronunce abbastanza recenti in cui la Corte non sembra essersene distaccata (3).

Sempre con riferimento al primo motivo di ricorso, un cenno merita il richiamato principio di autosufficienza del ricorso per cassazione – sconosciuto prima degli anni ottanta e secondo alcuni studiosi non dotato di sufficienti appigli di diritto positivo, anche se in tempi recenti su di esso si sono basate numerose pronunce di inammissibilità (4) – cui la S.C. fa riferimento nel momento in cui disattende la richiesta di dichiarare nulla la sentenza della Corte d'appello di Salerno per non avere i giudici di secondo grado, a dire dei ricorrenti, esattamente indicato le norme di legge ed i principi applicabili nella fattispecie, in «palese violazione del principio costituzionale del diritto di difesa». Il motivo di ricorso viene rigettato dal S.C. proprio in quanto i ricorrenti stessi hanno omesso di richiamare «le norme di legge ed i principi di diritto applicabili nella fattispecie che i giudici di appello (...) avrebbero dovuto indicare».

A ben guardare, il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione emerge dall'art. 360 c.p.c. e su di esso fiumi di inchiostro sono stati versati sia dalla dottrina (5) sia da parte dei giudici di legittimità. Come la S.C. ha fino ad oggi sostenuto, il principio di specificità ed autosufficienza del ricorso per cassazione esige che «in esso vengano indicati, in maniera specifica e puntuale, tutti gli elementi utili perché il giudice di legittimità possa avere la completa cognizione dell'oggetto

(1) Cass. Sez. I Civ. 23 luglio 2002, n. 10793, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1327.

(2) Cass. Sez. Lav. 17 giugno 2009, n. 14049, in *www.dirittoegiustizia.it*, 2009.

(3) Cfr. in questo senso Cass. Sez. III Civ. 6 marzo 2006, n. 4796, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3; nonché Cass. Sez. Lav. 12 dicembre 2008, n. 29264, *ivi*, 2008, 12, 1772.

(4) Cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2007, 507.

(5) Cfr. per tutti CONFORTI, *Sul principio di autosufficienza del ricorso per cassazione anche alla luce della riforma del 2006*, in *Corr. giur.*, 2008, 5, 697-703; MONTALDO, *Note sul c.d. principio di autosufficienza dei motivi in cassazione*, in *Giust. civ.*, 2006, 10, 1, 2086-2104; nonché, più di recente cfr. anche POLI, *Specificità, autosufficienza e quesito di diritto nei motivi di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 5, 1249-1275.

della controversia, dello svolgimento del processo e delle posizioni in esso assunte dalle parti» (6). In ossequio a tale principio, la parte deve richiamare integralmente le norme che ritiene siano state violate (7), non essendo tale lacuna altrimenti colmabile e non potendo la censura limitarsi ad una mera prospettazione di un risultato interpretativo diverso da quello accolto nella sentenza (8).

2. Passando all'esame degli altri tre motivi, l'analisi si sposta su un principio di diritto ormai consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte, ovvero quello per cui il diritto di prelazione [ed il correlato diritto potestativo di riscatto (9)], strutturato come *ius ad rem*, non si perde in caso di vendita separata di fabbricati rispetto ai terreni, a condizione però che i fabbricati alienati separatamente abbiano natura agricola e siano legati al terreno da vincolo pertinenziale *ex artt.* 817 e 818 c.c.

Sul punto i giudici di Piazza Cavour sembrano concordi a partire dall'ormai famosa sentenza n. 5040/1990 (10) con cui la Corte ha voluto sottolineare la prevalenza dell'interesse superiore allo sviluppo della proprietà coltivatrice su quello contrapposto «alla frantumazione della proprietà medesima o, peggio, allo smembramento di una unità fondiaria, condotto mediante distacco delle infrastrutture edilizie» (11). Tuttavia, se dalla valutazione comparativa dei due interessi contrapposti, quello alla conservazione dell'integrità aziendale sembra sicuramente prevalente, anche in ossequio alla sua copertura costituzionale (12), ad un attento esame, come è stato anche rilevato dalla dottrina che se ne è occupata *funditus*, sembrerebbe emergere un contrasto, forse solo apparente, con il dato positivo e precisamente con l'art. 8 della l. 26 maggio 1965, n. 590, il quale prevede che il titolo legittimante l'esercizio del diritto di prelazione sia, oltre la qualità di coltivatore diretto, la sussistenza di un rapporto di affitto oppure il fatto di essere proprietari di un fondo confinante *ex art.* 7 legge n. 817/1971. Nel momento in cui il fabbricato non viene venduto contestualmente al terreno, esso perde la qualità di pertinenza e ciò dovrebbe far venir meno, in via di stretta interpretazione, il titolo che la citata legge richiede per esercitare il diritto di prelazione, o in caso di sua violazione, il correlato rimedio del riscatto, ovvero l'attualità del godimento del bene.

Altra parte della dottrina tuttavia ha ritenuto che il rapporto tra i fabbricati rurali ed i terreni agricoli, lungi dall'integrare un rapporto pertinenziale vero e proprio,

determinerebbe, invece, un semplice collegamento tra le parti di una stessa azienda agricola, in quanto i fabbricati andrebbero considerati come miglioramenti agrari (13). Questa considerazione presta il fianco ad alcune riflessioni. Infatti, alla luce della teoria della contiguità funzionale, il diritto di prelazione del confinante dovrebbe permanere nonostante la vendita separata, a maggior ragione ove si consideri il fabbricato come un miglioramento agrario.

Sta di fatto però che la c.d. teoria aziendalistica non è stata seriamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità (14) né tanto meno da quella di merito (15) che continuano a sostenere l'opposta tesi della contiguità materiale. Tra i precedenti, oltre la citata sentenza n. 5040/1990, che segna, com'è facile intuire, una vera e propria pietra miliare nella giurisprudenza della Corte, è utile ricordare una altrettanto interessante pronuncia dei primi anni novanta (16), la quale muove tuttavia da un caso concreto abbastanza diverso da quello che ci occupa. Siamo in tema di prelazione dell'affittuario, mezzadro o partecipante titolari di un contratto di affitto, mezzadria, colonia o partecipazione relativo a fondi con fabbricati posti durevolmente al loro servizio, in virtù di un rapporto di pertinenza. Questi soggetti hanno, ad avviso dei giudici di legittimità, diritto di prelazione agraria anche per i soli fabbricati rurali nel caso in cui questi vengano trasferiti a titolo oneroso, a condizione che, nonostante siano stati alienati separatamente, tali beni abbiano continuato ad essere uniti al terreno dal vincolo pertinenziale, rimanendo adibiti funzionalmente al servizio dell'impresa agricola, e purché siano mantenuti, in forza del contratto originario, nel potere di fatto dell'affittuario, elemento, quest'ultimo, che sembra essere carente nella fattispecie che ci occupa dove «il terreno per cui è causa non era nel godimento dei ricorrenti, ma era in possesso della Esposito, come del resto risulta dall'atto pubblico di vendita».

Tuttavia non può trascurarsi un altro aspetto che ad un attento esame appare altrettanto degno di rilievo. Infatti, se è vero, per un verso, che la giurisprudenza costante riconosce il diritto di prelazione anche in caso di vendita separata dei fabbricati rurali, per altro verso è imprescindibile che permanga il vincolo pertinenziale e quindi la destinazione di servizio del fabbricato al fondo del confinante che esercita il diritto di prelazione. Questi, in altri termini, per mantenere la legittimazione ad esercitare il diritto e quindi ad agire in riscatto, deve, al

(6) Cfr. Cass. Sez. V Civ. 27 marzo 2009, n. 7460, in *www.dirittoegustizia.it*, 2009.

(7) Cass. Sez. Lav. 11 maggio 2009, n. 10753, in *www.dirittoegustizia.it*, 2009.

(8) V. in tal senso Cass. Sez. Lav. 27 gennaio 2009, n. 1893, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, 119.

(9) Che si tratti di un diritto potestativo emerge chiaramente dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Cfr. per tutte Cass. Sez. II Civ. 22 dicembre 1999, n. 14454, in *Vita not.*, 2000, 276, nonché in questa Riv., 2000, 529, e più di recente, Cass. Sez. III Civ. 31 gennaio 2008, n. 2402, in *Riv. not.*, 2008, 4, 893, con nota di CASU, *Natura giuridica del riscatto previsto dall'art. 8 della legge 590/1965*, 896 ss. Sul punto mi permetto di rinviare anche a SAIJA, *Effetti della dichiarazione di riscatto e sopravvenuta carenza di destinazione agricola del fondo*, in questa Riv., 2004, 10, 639 ss., e segnatamente nota 10.

(10) Cass. Sez. III Civ. 29 maggio 1990, n. 5040, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2545; nonché in *Giur. agr. it.*, 1990, 601 s., con nota di TRIOLA, *Vendita separata del fondo dalle pertinenze e dalla prelazione*.

(11) Così TRIOLA, *op. cit.*, 602.

(12) Cfr. art. 44 Cost. che ha come obiettivo il fine del razionale sfruttamento del suolo, oltre alla ricomposizione delle unità produttive. Cfr. GIUFFRIDA, *Ricomposizione fondiaria*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, s.d. ma 1989, 582, nonché cfr., GIUFFRIDA, *Commento all'art. 7 del d.lgs. 29 marzo 2004,*

n. 99, in *Profili soggettivi dell'impresa agricola, integrità aziendale e semplificazione nel settore agrario*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2004, 4, 918 ss. Cfr., più di recente, SAIJA, *La conservazione dell'integrità aziendale in agricoltura. Strumenti ricompositivi e dinamiche successorie*, Messina, 2008, 45 ss.

(13) Cfr. in questo senso, GALLONI, *Istituzioni di diritto agrario e legislazione rurale*, 1988, 19.

(14) Cfr. tra le tante, Cass. Sez. III Civ. 26 novembre 2007, n. 24622, in *Il civilista*, 2009, 9, 23.

(15) V. da ultimo App. Roma, Sez. III 29 ottobre 2008, n. 4372, in questa Riv., 2009, 274. Tuttavia fino a qualche anno addietro nella giurisprudenza di merito si rilevava un orientamento ancora ondivago. Mi permetto sul punto di rinviare a SAIJA, *Rapporto tra prelazione dell'affittuario e prelazione del confinante*, *ivi*, 2004, 373, nota 8 che richiama la dottrina favorevole alla teoria della contiguità funzionale, nonché 374, nota 10, che richiama alcune pronunce della giurisprudenza di merito anche riconducibili alla tesi aziendalistica. In effetti, a ben guardare, il dibattito, soprattutto in giurisprudenza, può considerarsi ormai sopito a seguito della nota pronuncia a Sez. Un. 25 marzo 1988, n. 2582, in *Giur. agr. it.*, 1988, 215, in *Riv. dir. agr.*, 1989, II, 66 ss., nonché in *Giust. civ.*, 1988, I, 112 ss.

(16) V. Cass. Sez. III Civ. 2 aprile 1992, n. 4011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 174 ss., con nota di JESU, *Vendita separata dei fabbricati e diritto di prelazione dell'affittuario, del mezzadro e del partecipante*.

momento della vendita separata del fabbricato rurale, essere ancora nel godimento di questo. Orbene, nella fattispecie in esame, tale requisito era mancante, in quanto il vano terraneo per cui gli attori hanno esercitato l'azione di riscatto era nel godimento di altro soggetto. Da ciò sembrerebbe derivare che con la sentenza del maggio 2009 che qui si commenta, la Cassazione non avrebbe affatto mutato avviso e di conseguenza, anche se ha rigettato il ricorso, lo avrebbe fatto per difetto di un requisito, mantenendo immutato, a distanza di quasi vent'anni, il proprio orientamento ormai consolidato.

Argomentando in questi termini, la portata innovativa della sentenza rischia tuttavia di sfuggire svilendo così il ruolo che il codice di rito ha tradizionalmente attribuito ai giudici di Piazza Cavour, i quali sono tenuti a conoscere i propri precedenti con lo scopo di adempiere al loro dovere istituzionale imposto dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, che attribuisce, com'è noto, alla Corte una funzione nomofilattica (17). Se si pone mente, infatti, all'orientamento dottrinale che contestava la tesi sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità con la citata sentenza n. 5040/1990, se ne deduce che anche se difficilmente percettibile, un mutamento di rotta in realtà vi è stato. Con la sentenza in esame, infatti, sembra sia stato accolto, almeno in parte, il monito lanciato dalla dottrina sin dal lontano 1990. Pertanto, se oggi la Cassazione rigetta il ricorso per violazione degli artt. 817 e 818 c.c., lo fa anche per evitare di incorrere in un errore palese ovvero quello di interpretare analogicamente il citato art. 818 ult. co., che non sarebbe neppure applicabile, vista la sua *ratio*, alle pertinenze immobiliari.

Correttamente, pertanto, la S.C. giunge a rigettare il ricorso anche in considerazione del fatto che manca l'attualità del vincolo pertinenziale. D'altra parte la stessa Corte ha dimostrato, con la sentenza in esame, di avere ben presente un suo importante precedente, anche se ormai abbastanza datato (18), in cui aveva affermato che il diritto di prelazione non può essere riconosciuto relativamente ai fabbricati che non assolvono ad una funzione agricola e che, interpretando la legge nel senso di consentire una vendita frazionata di varie componenti dell'unità aziendale, si rischierebbe di svuotare di contenuto lo stesso diritto di prelazione come la dottrina, agli inizi degli anni novanta, non si è stancata di ribadire.

3. La pronuncia in esame, unitamente ai precedenti analizzati, offre l'occasione di soffermarsi, anche al fine di comprenderne l'esatta portata, sul noto principio della «conservazione dell'unità aziendale» (19), tema questo che prende inevitabilmente le mosse dalle discussioni sorte tra gli studiosi intorno all'attuazione dell'art. 44

Cost., norma questa che risponde, com'è noto, all'esigenza di razionalizzare sia l'estensione sia la forma dei fondi rustici nella parte in cui «promuove ed impone (...) la ricostituzione delle unità produttive» per l'affermazione di più equi rapporti sociali.

In realtà, nell'ottica del Costituente, il sostegno del legislatore è diretto, più che alla proprietà fondiaria *tout court*, alla proprietà coltivatrice dando avvio a quel filone che troverà la sua massima espressione nell'opera del legislatore comunitario, diretto al potenziamento delle strutture produttive, in funzione del perseguimento di obiettivi comunitari di più ampio respiro.

Scopo principale dell'art. 8 della citata legge n. 590/1965 è l'incentivazione della redditività dei fondi, proprio in funzione del principio dell'efficienza dell'azienda agricola e ciò attraverso una limitazione dell'autonomia privata. Pur rientrando tra gli strumenti di intervento pubblico, la prelazione agricola rileva per gli innegabili profili privatistici (20). D'altra parte, a ben guardare, l'utilizzazione degli istituti del diritto privato in funzione della realizzazione di «interessi altri», quali il rafforzamento e la preservazione dell'efficienza del mercato, costituisce, com'è noto, la tecnica di politica legislativa adottata poi anche dall'Unione europea.

Com'è stato autorevolmente affermato, la prelazione agricola è uno di quegli istituti che, pur trovando la propria origine nel diritto privato, vengono utilizzati dalla pubblica amministrazione per la realizzazione del c.d. «ordine pubblico economico» (21). In questa logica, la *ratio* della prelazione agricola può essere individuata proprio nella tutela dell'impresa, anche se a tale conclusione la dottrina è giunta dopo attenta e ponderata riflessione (22).

Se si guarda, infatti, alle ipotesi di prelazione legale c.d. «di vecchio tipo» (23), esse trovano (*rectius*: trovano limitatamente all'ipotesi di cui all'art. 732 c.c.) il loro fondamento nel diritto di proprietà e, dunque, in contrasto con il principio della promozione della libera circolazione della ricchezza e conservazione della consistenza quantitativa dei patrimoni nell'ambito di uno stesso nucleo familiare. Tuttavia, se ciò è vero per il c.d. retratto successorio, non sembra esserlo per la prelazione agricola che ha a fondamento proprio la tutela dell'impresa, anche se a scapito della stessa proprietà. Per questo motivo si è sentita l'esigenza di differenziare la «prelazione propria» (categoria in cui rientrano le prelazioni di vecchio tipo e quindi il c.d. retratto successorio), dalla c.d. «prelazione impropria», che comprende la prelazione agricola (24), a tutela dell'impresa in generale e del lavoro nell'impresa in particolare.

(17) Cfr. in tal senso Cass. Sez. III Civ. 23 febbraio 2009, n. 4334, in *Guida al dir.*, 2009, 12, 52.

(18) Cfr. Cass. Sez. III Civ. 29 ottobre 1985, n. 5317, in *Giust. civ. Mass.*, 1985, 10, nonché in *Giust. civ.*, 1986, I, 787. V. anche, per la giurisprudenza di merito, Trib. Cassino 30 dicembre 1985, in *Nuovo dir. agr.*, 1986, 333.

(19) Il tema è di ampio respiro ed ha animato il dibattito soprattutto in dottrina a partire da tempi lontani ed ancora oggi è lontano dal sopirsi. La letteratura in argomento è davvero sterminata. Ad ogni buon conto cfr. per tutti ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, *passim*. Per una più ampia rassegna bibliografica cfr. SAJJA, *La conservazione dell'integrità aziendale in agricoltura. Strumenti ricompositivi e dinamiche successorie*, cit., *passim*.

(20) Cfr., per tutti, CARPINO, voce *Prelazione agricola*, in *Noviss. Dig. it.*, *Appendice*, V, Torino, 1984, 1144 ss.; CARROZZA, *La prelazione agricola: tipi, fondamento e gerarchia*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 707 ss.; CASAROTTO, *La prelazione nell'accesso alla proprietà agricola*, Padova, 1988, 109 ss.; DE SIMONE, *Profili sistematici della prelazione agricola*, Napoli, 2002, *passim*; GERMANO, *La prelazione agricola: problemi*

*substantiali e processuali*, in *Giur. agr. it.*, 1973, I, 391 ss.; MOSCARINI, voce *Prelazione*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1989, 997 ss.; TAMPONI, voce *Prelazione agricola*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 190.

(21) Cfr. CARROZZA, *La prelazione legale nel diritto della riforma agricola*, in *Id.*, *Gli istituti del diritto agrario*, II, Milano, 1970, 165.

(22) In questo senso CARROZZA, *La valorizzazione delle posizioni d'impresa e di lavoro nella legge sullo sviluppo della proprietà coltivatrice (l. 26 maggio 1965, n. 590)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 692 ss., oggi in *Id.*, *Gli istituti del diritto agrario*, cit., 5 ss.

(23) Ovvero il retratto feudale, espunto dall'ordinamento a seguito della caduta del sistema feudale, la prelazione enfiteutica, anch'essa abrogata dall'art. 10 della l. 18 dicembre 1970, n. 1138, nonché il retratto successorio, delle tre uniche ipotesi residue tutt'oggi disciplinate dall'art. 732 c.c.

(24) In realtà, la distinzione tra prelazione propria e impropria sembra mostrare qualche incongruenza laddove non sembra possibile far rientrare in quest'ultima la c.d. «prelazione accordata al partecipante dell'impresa familiare», di cui all'art. 230 bis c.c.



La prelazione agraria si caratterizza quindi per il ruolo fondamentale che il legislatore attribuisce al lavoro nell'impresa (25), elemento fondante il titolo per l'esercizio del diritto stesso, anche se, come ha precisato opportunamente autorevole dottrina, non si può parlare certo di un modo di acquisto in senso tecnico della proprietà (26). Se si guarda, più in generale, allo spirito che ha animato la legge n. 590/1965, risulta palpabile a mano nuda il *favor* manifestato dal legislatore dell'epoca verso il coltivatore diretto che presta attività lavorativa all'interno dell'impresa, per sottolineare lo svolgimento dell'attività lavorativa in capo a chi esercita il diritto, senza che rilevi il c.d. *factum possessionis*, inteso come situazione di fatto disgiunta dall'esercizio dell'impresa.

L'istituto della prelazione agraria, specie a seguito della modifica introdotta dal citato art. 7 della legge n. 817/1971, che ha esteso il diritto di prelazione al proprietario del fondo confinante purché sia coltivatore diretto, risulta, pertanto, volto alla tutela dell'unità aziendale, in quanto elemento determinante per uno svolgimento effettivo e soprattutto efficiente dell'attività imprenditoriale. La tutela dell'azienda, come concetto statico, non deve far perdere di vista che il vero obiettivo perseguito dal legislatore è l'effettività dell'impresa come attività economica organizzata, finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o di servizi. L'attenzione manifestata prima dall'Assemblea costituente e poi dal legislatore ordinario verso l'unità produttiva è propriamente un obiettivo immediato, funzionale al raggiungimento dell'obiettivo mediato che è l'efficienza dell'impresa, autentico asse portante del diritto agrario, o meglio di imprese coltivatrici familiari moderne ed efficienti, superando così anche l'obiezione nascente dall'art. 8 che aveva fatto dubitare della possibilità di individuare il fondamento della prelazione agraria nel lavoro.

Tale disposizione, alla luce di quanto detto, chiude il cerchio in quanto la posizione tutelata non è tanto il lavoro *tout court* quanto, piuttosto, il lavoro nell'impresa. Da un'attenta esegesi della norma emerge con chiarezza la *ratio* che induce gli studiosi ad accostare la prelazione agraria, specie con riguardo all'ipotesi della c.d. prelazione del confinante, agli strumenti ricompositivi e ciò in quanto permette di trasferire, in via preferenziale, la proprietà da un soggetto non qualificato ad uno

senz'altro in possesso dei requisiti che costituiscono un valido indice di qualificazione. In altri termini, si tratta di un istituto dotato di indubbia capacità redistributiva, consentanea alla clausola di «utilità sociale», di matrice costituzionale, contenuta nell'art. 44 Cost., nella misura in cui realizza quell'obiettivo ricompositivo cui fa riferimento il legislatore.

Viceversa, se la *ratio* dell'istituto fosse la semplice tutela della proprietà non si farebbe altro che incoraggiare il latifondo, assolutamente inadatto al raggiungimento degli obiettivi della politica agraria e mal visto dallo stesso art. 44 Cost., mentre al contrario, l'istituto della prelazione agraria del confinante mira a realizzare il *dimensionamento ottimale* dell'azienda agricola, com'è stato dimostrato anche dalla giurisprudenza formatasi a partire dalla seconda metà (27) degli anni ottanta (28) a proposito della prelazione di più confinanti, che attribuiva la preferenza a quello che, acquistando, realizzasse il migliore accorpamento, ciò in quanto, come la Corte stessa ha affermato, «le esigenze proprie dell'ordinamento agrario» imponevano «a vantaggio dell'unità, dell'efficienza e della continuità dell'impresa diretto-coltivatrice, l'abbandono della pari tutelabilità di posizioni soggettive secondo il diritto comune paritarie», attribuendo al giudice il potere di intervento finalizzato alla conservazione o al rafforzamento dell'integrità aziendale «nei casi di trasferimento della o di successione nella proprietà fondiaria» (29).

Detto criterio, che sembrava superato dall'art. 7 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228 (30), non è venuto meno, in quanto, nell'ipotesi denegata in cui più confinanti dovessero essere tutti in possesso dei requisiti prescritti dalla citata norma, la scelta del soggetto preferito «avverrà accordando prevalenza ad uno piuttosto che agli altri aspiranti alla prelazione, alla stregua della maggiore o minore attitudine a concretare la finalità perseguita dalla citata norma e, cioè, l'ampliamento delle dimensioni territoriali dell'azienda diretto-coltivatrice, che meglio realizzi le esigenze di ricomposizione fondiaria, di sviluppo aziendale e di costituzione di unità produttive efficienti sotto il profilo tecnico ed economico. Pertanto, il giudice, in funzione del compimento della scelta da operare per la soluzione della (...) confliggenza fra posizioni di diritto soggettivo, dovrà prescindere dalla priorità temporale dell'iniziativa dell'uno o dell'altro

(25) Il fondamento della prelazione agraria, individuabile nelle posizioni di lavoro, sembra vacillare se si ha riguardo all'ultimo comma dell'art. 8 della legge n. 590/1965, laddove dispone che sui soggetti indicati al primo comma, ovvero affittuario coltivatore diretto (*et al.*) che coltivi il fondo da almeno due anni prevalgono i coeredi del venditore se coltivatori diretti anche di fondi diversi da quelli cui il diritto di prelazione si riferisce, indipendentemente dall'insediamento e dalla sua durata.

(26) Sulla distinzione tra «modi di acquisto» e «titoli di acquisto» cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, 122.

(27) Fino ad allora l'orientamento della giurisprudenza era stato favorevole alla tesi dell'acquisto *pro quota*. Cfr., per tutte, Cass. Sez. III Civ. 18 gennaio 1983, n. 475, in *Giur. agr. it.*, 1983, 90, nonché Cass. Sez. III Civ. 19 aprile 1986, n. 2777, in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 4. In dottrina, cfr. D'ADDEZIO, *Diritto alla prelazione e pluralità di confinanti*, in *Riv. dir. agr.*, 1980, I, 229 ss., nonché CASAROTTO, *La prelazione del confinante tra diritto giurisprudenziale e ius condendum*, *ivi*, 1987, II, 264 ss.

(28) In tal senso cfr. Cass. Sez. Un. Civ. 18 ottobre 1986, n. 6123, in *Arch. civ.*, 1989, 345, con nota di DEL CONTE, *Prelazione agraria e pluralità di coltivatori diretti proprietari confinanti. Un bilancio della soluzione offerta dalle Sezioni Unite del 18 ottobre 1986, n. 6123: una sentenza «troppo in anticipo?»*, in *Giust. civ.*, 1987, I, 354, con nota di TRIOLA, 363; *ivi*, 1987, I, con nota di BRUNI, *Prelazione agraria e pluralità di confinanti*, 364; in *Riv. dir. agr.*, 1987, II, 37 ss., con nota di segnalazione di RAGIONIERI, e con nota di CASAROTTO, *La prelazione del confinante tra diritto giurisprudenziale e ius condendum*, cit., 252 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, 400, con nota di

MANSERVISI, in *Nuovo dir. agr.*, 1987, 199, con nota di JESU, *Prelazione agraria e pluralità di proprietari confinanti*; *ivi*, 1987, 351, con nota di VANNUCCI, *Un grand arret della Corte di cassazione sulla titolarità del diritto di prelazione agraria nel caso di conflitto fra più coltivatori diretti confinanti*; in *Riv. notariato*, 1987, 764; in *Giur. agr. it.*, 1987, 27, con nota di SALVESTRONI, *Le Sezioni Unite e la prelazione dei confinanti*, 32 ss.; in *Foro it.*, 1987, I, 66, con nota di BELLANTUONO, *Prelazione agraria e pluralità di proprietari confinanti: la posizione delle Sezioni Unite della Cassazione*, e, in senso conforme, Cass. Sez. III Civ. 3 febbraio 1987, n. 956, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, 2; nonché Cass. Sez. III Civ. 5 febbraio 1987, n. 1129, *ivi*, 1987, 2; ed ancora Cass. Sez. III Civ. 8 agosto, 1995, n. 8701, in *Riv. dir. agr.*, 1986, II, 237 ss., con nota redazionale.

(29) CASAROTTO, *La prelazione del confinante tra diritto giurisprudenziale e ius condendum*, cit., 253.

(30) Cfr. SCIAUDONE, *Commento all'art. 7 del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228*, in *Riv. dir. agr.*, 2002, 349 ss. In un primo momento, subito dopo la pubblicazione del d.lgs. n. 228/2001, il giudizio espresso dalla dottrina era prevalentemente negativo in quanto la norma citata, l'art. 7, appariva mortificante della funzione della prelazione come strumento ricompositivo. In effetti, a ben guardare, l'art. 7, lungi dall'introdurre nuovi requisiti, si limita a fissare una scala gerarchica tra più soggetti aventi titolo ad esercitare il diritto di prelazione. Tuttavia, se all'indomani della pubblicazione dell'art. 7 sembrava che il raggiungimento degli obiettivi di ricomposizione fondiaria fosse possibile solo in via indiretta, vista la scelta compiuta dal legislatore del 2001 di favorire la promozione dell'imprenditoria giovanile, la giurisprudenza di legittimità ha scongiurato questo pericolo.

confinante, come anche dalle eventuali preferenze espresse dal venditore, mentre sarà tenuto a valutare l'entità, le caratteristiche topografiche, fisiche e colturali dei terreni in possibile accorpamento, l'esuberanza della forza lavoro che i confinanti siano in grado di riversare sul fondo in vendita, nonché la stabilità nel tempo che l'azienda incrementanda possa assicurare, considerando, altresì, che, in esito a tale indagine, deve ritenersi consentito, ove il terreno in alienazione sia costituito da una pluralità di poderi o di unità produttive funzionalmente autonome, anche un accorpamento per porzioni distinte in favore di più confinanti» (31). Ciò a dimostrazione del fatto che il buon dimensionamento dell'azienda agricola costituisce presupposto indispensabile per una gestione efficiente dell'impresa (32). Ciò in piena aderenza con gli obiettivi della riforma fondiaria che, in attuazione dell'art. 44 Cost., combatte la proprietà latifondistica, tradizionalmente considerata, in una logica economica ed agronomica, come improduttiva, oltre che inattiva.

Non dovrebbe essere posto in dubbio, sotto l'aspetto teleologico, che il legislatore abbia voluto introdurre il potere di prelazione nei rapporti sottoposti alla sua competenza per soddisfare, in primo luogo, l'esigenza di ricondurre le ragioni della proprietà a quelle prioritarie dell'impresa, in particolare a quella diretto-coltivatrice.

In conclusione, il diritto di prelazione, nella sua funzione ricompositiva, costituisce uno strumento di limitazione dell'autonomia privata ed al contempo di conformazione della proprietà fondiaria in direzione di quell'autonomia efficiente di matrice comunitaria mirata alla realizzazione delle logiche del mercato concorrenziale, ritenute idonee a realizzare più equi assetti sociali (33). Di qui l'esigenza di limitare il diritto di prelazione a quei casi in cui, nelle fattispecie di vendita separata dei fabbricati rispetto ai terreni, questi abbiano costituito e continuo a costituire, al momento del loro effettivo trasferimento, pertinenze dei terreni, mantenendo la destinazione agricola, ciò con lo scopo di ridurre al minimo le ipotesi di compressione dell'autonomia privata che devono essere sempre giustificate dalle accennate esigenze ricompositive, mentre laddove non lo fossero diventerebbero degli abusi che si tradurrebbero nell'illegittimo sacrificio dell'accennato principio dell'autonomia, da sempre considerato uno dei perni intorno a cui ruota l'intero sistema del diritto privato. Come la S.C. non ha mancato di osservare, l'attualità del vincolo pertinenziale costituisce il discrimine per verificare se e fino a che punto la limitazione dell'autonomia del proprietario si possa giustificare in ragione di un interesse superiore che è quello ricompositivo che trova, in sede di bilanciamento, maggiore rilevanza vista la sua copertura costituzionale.

Roberto Saija

(31) Così Cass. Sez. III Civ. 20 gennaio 2006, n. 1106, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 1. Cfr. più di recente Cass. Sez. III Civ. 14 marzo 2008, n. 7052, in *Guida al dir.*, 2008, 75. Cfr. anche Trib. Mantova 22 marzo 2007, in *questa Riv.*, 2008, 503, con nota di GRASSO, *Vendita all'asta di fondo rustico di ente pubblico e diritto di prelazione del confinante*, 506 ss.

(32) In questo senso, Cass. Sez. III Civ. 1° aprile 2003, n. 4916, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4.

(33) La proprietà, comunque, mantiene il proprio ruolo e la propria dignità, comprese quelle garanzie che la Costituzione, nell'esercizio del potere compositivo delle istanze promananti dalle diverse correnti di pensiero che operarono all'interno dell'Assemblea costituente, ha voluto assicurarle. Il diritto di prelazione limita il diritto di proprietà anche se in maniera del tutto peculiare, in quanto privo di incidenza sia sulla situazione giuridica proprietaria, sia sulla libertà contrattuale, operante solo sulla possibilità di scelta del contraente e di versamento del prezzo. In particolare, la prelazione agraria, se rientra - insieme all'espropriazione - sicuramente in quella che è logicamente e cronologicamente considerata la prima fase della riforma fondiaria, ovvero la provvista della terra, non sembra estranea alla seconda fase della riforma, costituendone quasi l'anello di congiunzione, considerata l'automaticità dell'effetto distributivo e visto che non necessita di un negozio a parte, comportando l'acquisto del diritto di proprietà in capo al soggetto qualificato.

Cass. Sez. III Pen. - 17-11-2009, n. 43863 - Onorato, pres.; Mulliri, est.; Passacantando, P.M. (conf.) - Manzoni, ric. (*Conferma App. Milano 2 marzo 2009*)

**Bellezze naturali (protezione delle) - Beni ambientali - Interventi abusivi in area boscata - Reato paesaggistico - Configurabilità - Fattispecie: taglio a raso, sradicamento di alberi e livellamento del terreno.** (D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181)

*Integra il reato di cui all'art. 181, comma 1, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, l'abusiva esecuzione di lavori in area boscata protetta consistenti nel taglio a raso e sradicamento di alberi e nel conseguente livellamento del terreno, essendo soggetto ad autorizzazione ogni intervento modificativo. (In motivazione la Corte ha precisato che non esclude il reato la mera «denuncia» del taglio della legna, non autorizzando la stessa detti interventi, ma solo il taglio della legna da ardere) (1).*

(Omissis)

In realtà, la motivazione qui in esame è chiara, completa e corretta. Essa fa, infatti, notare che nessun rilievo ha la circostanza che il ricorrente avesse dato la comunicazione di taglio di legna (depositata nel gennaio del 2005) perché questa denuncia non autorizzava il taglio a raso e tantomeno lo spianamento del terreno ma solo il taglio di legna da ardere (come spiegato dal teste De Marco della Guardia forestale dello Stato) tanto che quella denuncia implicava, comunque, «l'obbligo di mantenere una determinata densità di piante all'interno della superficie interessata». L'area boschiva in questione risultava protetta ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, art. 142, lett. g) ed ogni intervento modificativo avrebbe dovuto essere autorizzato ex art. 146, d.lgs. n. 42 del 2004. «Lo sradicamento di alberi ed il livellamento del terreno costituiscono a tutti gli effetti «lavori» ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, art. 181».

Queste ed altre considerazioni (come quelle già evocate), «saldate» con la decisione di primo grado correttamente richiamata, danno vita ad una motivazione ineccepibile.

(Omissis)

#### (1) TAGLIO DI LEGNA E SPIANAMENTO DI TERRENO BOSCHIVO.

La parte terza del Codice dei beni culturali e del paesaggio, contenuto nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, è dedicata ai «beni paesaggistici», innovando così la precedente formula normativa impiegata nel d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, ove si faceva riferimento ai beni paesaggistici ed ambientali, ed esaltando nel contempo il valore da attribuire alla tutela del paesaggio in quanto tale, in base all'enunciato dell'art. 9, comma 2 della Costituzione (1). Tale mutamento lessicale appare esplicitativo della natura di quei beni; il loro interesse generale è indissolubilmente legato al concetto di paesaggio e non più alla lata nozione di ambiente di cui il primo rappresenta una delle componenti di quest'ultimo se inteso in sintonia con quanto stabilito dalla Convenzione europea sul paesaggio siglata a Firenze il 20 ottobre 2000, e cioè come ogni parte omogenea di territorio quale viene percepita dalle popolazioni e caratterizzata dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni (2).

Sono state superate, pertanto, le concezioni meramente estetico-culturali del concetto di paesaggio, il quale è divenuto un elemento essenziale del contesto di vita delle singole popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale, nonché fondamento della loro identità (3).

(1) Cfr. ROTA, *L'ambiente come nuova categoria giuridica*, in AMELIO - FORTUNA, *La tutela penale dell'ambiente*, Torino, 2000, 1 e ss.

(2) In proposito cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sub art. 131*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, 508.

(3) Cfr. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI, 507 e ss.

Nell'ora descritto nuovo contesto normativo deve essere inquadrata la vicenda di cui si è occupata la Suprema Corte nella sentenza in rassegna (4): si tratta di un intervento di taglio a raso e successivo sradicamento di alcune ceppaie con livellamento del terreno e sua predisposizione a fini agricoli. Al riguardo, deve essere rammentato che l'art. 142, che disciplina le aree tutelate, al comma 1, lett. g) del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 sottopone a protezione i terreni coperti da foreste e da boschi (5), e che il successivo art. 146 prevede il rilascio di apposita autorizzazione paesaggistica secondo modalità e scadenze fissate dai commi da 2 a 9 di tale articolo (6).

In virtù delle statuizioni contenute nell'art. 181, comma 1 del menzionato decreto legislativo del 2004, l'esecuzione di «lavori di qualsiasi genere» su beni paesaggistici in mancanza della prescritta autorizzazione od in difformità da essa è punita a titolo contravvenzionale, con le sanzioni contemplate dall'art. 44 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, che detta norme in materia edilizia (7).

Nel caso di specie era stata data dall'interessato comunicazione del taglio in terreno boschivo di legna da ardere, ma non perciò – ad avviso della Suprema Corte – si poteva procedere anche allo spianamento del terreno con conseguente estirpazione di alberi e ceppaie in mancanza di una autorizzazione *ad hoc*, secondo il combinato disposto di cui ai citati artt. 142 e 146 (8).

Il punto nodale della questione risiede tutto nel significato da attribuire alla formula normativa «lavori di qualsiasi genere», utilizzata nell'art. 181 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, l'effettuazione dei quali richiede necessariamente che sia rilasciata la autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del detto decreto legislativo. Orbene, secondo il lessico comune, per lavoro si intende in senso estensivo ogni realizzazione concreta, sicché non può convenirsi con la sentenza in rassegna nella parte in cui si afferma che le condotte di sradicamento di alberi e di livellamento del terreno costituiscono entrambe a tutti gli effetti «lavori» ai sensi del menzionato art. 181, comma 1. Si dimentica, infatti, che una simile sussunzione sotto il rigore sanzionatorio previsto da detto articolo è possibile soltanto in quanto la formula normativa utilizzata dal legislatore del 2004, che aggiunge al segno linguistico «lavori» la specificazione «di qualsiasi genere», autorizza nella sua complessiva considerazione ad addivenire alla conclusione sopra esposta, così da ricomprendere in tale lemma qualunque attività anche se non determini una realizzazione concreta. E pertanto, la comunicazione alla autorità competente del taglio di legna da ardere, contenente l'obbligo di mantenere una certa densità di piante all'interno della superficie boschiva interessata, può rientrare nella sfera di operatività dell'art. 181, comma 1 unicamente perché nel suo testo è stata inserita quella specificazione.

Sotto il profilo della reazione sanzionatoria, non può poi non rilevarsi che l'appiattimento in un unico regime di condotte aventi fra loro un diverso grado di offensività (l'aver agito senza autorizzazione è ben più grave rispetto all'aver agito in difformità da essa) e quindi di disvalore presenta aspetti che coinvolgono la ragionevolezza della risposta punitiva stabilita nell'art. 181, comma 1 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (9).

Leonardo Mazza

(4) Per la previgente disciplina della materia cfr. MAZZA L., *Estirpazione di ceppaie, spianamento di fondi e attività urbanistico-edilizia*, in *Giur. agr. it.*, 1990, 101 e ss.

(5) Cfr. URBANI, *Sub art. 142*, in *Il codice dei beni culturali*, cit., 545 e ss.

(6) Cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sub art. 146*, in *Il codice dei beni culturali*, cit., 572 e ss.

(7) Cfr. SCIULLO, *Sub art. 181*, in *Il codice dei beni culturali*, cit., 716.

(8) Cfr. NESPOR, *Il governo dell'ambiente*, Milano, 2009, 211 e ss.

(9) Per tale profilo cfr. LATAGLIATA, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte «diverse» sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. mer.*, 1971, II, 97 e ss.

Cass. Sez. III Pen. - 17-3-2009, n. 11581 - Altieri, pres.; Squasconi, est.; Izzo, P.M. (conf.) - Canaglia, ric. (*Annulla senza rinvio Gip Trib. Vicenza 10 luglio 2007*)

**Caccia e pesca - Caccia - Esercizio con richiami non identificabili mediante anello inamovibile - Illecito penale - Esclusione - Illecito amministrativo ex art. 31, comma 1, legge n. 157 del 1992 - Integrazione.** [L. 11 febbraio 1992, n. 157, artt. 5, 31, comma 1, lett. b)]

*L'esercizio della caccia con richiami non autorizzati, da individuarsi in quelli non identificabili mediante anello inamovibile e numerato secondo le norme regionali, è sanzionato unicamente in via amministrativa, integrando illecito penale la diversa condotta dell'esercizio della caccia con l'ausilio di richiami vietati (1).*

(Omissis)

Con sentenza 10 luglio 2007, il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Vicenza ha ritenuto Canaglia Renato responsabile della contravvenzione prevista dalla legge n. 157 del 1992, art. 30, comma 1, lett. b) (perché esercitava la caccia con richiami vivi abusivi in quanto privi dell'anello inamovibile di identificazione) e lo ha condannato alla pena di giustizia.

Per giungere a tale conclusione, il giudice ha rilevato come gli uccelli non avessero il prescritto segno di riconoscimento distribuito dalla autorità pubblica, ma una fascetta di plastica; sul punto, il giudice ha ritenuto attendibili le dichiarazioni dei Carabinieri e degli agenti Enpa e sospetto quanto riscontrato in senso contrario dal personale della Provincia.

Per l'annullamento della sentenza, l'imputato ha proposto ricorso per cassazione deducendo difetto di motivazione e violazione di legge, in particolare, rilevando:

- che la condotta per cui è processo (caccia con richiami non autorizzati) a sensi della legge n. 157 del 1992, art. 5, comma 7, art. 31, costituisce illecito amministrativo e la relativa sanzione gli è stata irrogata;

- che le diverse conclusioni dei Carabinieri e della Polizia provinciale sul tipo di fascette si spiega per la maggiore competenza specifica del secondo organo.

La prima censura è meritevole di accoglimento e tale conclusione, per il suo carattere assorbente, esonera il Collegio dall'esaminare la residua deduzione.

Il reato di cui l'imputato è chiamato a rispondere è la violazione della legge n. 157 del 1992, art. 30, comma 1, lett. b) che, per la ipotesi che interessa, punisce la condotta di chi esercita la caccia con richiami vietati ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. r); tale norma inibisce l'attività venatoria con l'uso di uccelli vivi accecati o mutilati ovvero legati per le ali.

Ora, benché il capo di imputazione faccia riferimento all'art. 30, comma 1, lett. b), legge citata, la condotta in concreto contestata al ricorrente (e ritenuta sussistente dal giudice) consiste nell'esercizio della caccia con richiami non autorizzati; essi, per il disposto dell'art. 5, comma 7, sono da individuarsi in quelli non identificabili mediante anello inamovibile e numerato secondo le norme regionali.

Per questa condotta, che non ha rilevanza penale, la legge n. 157 del 1992, art. 31, comma 1, lett. b) prevede una sanzione amministrativa che, nel caso, è già stata irrogata.

Per le esposte considerazioni, la Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

(Omissis)

(1) SULL'ESERCIZIO DELLA CACCIA CON RICHIAMI NON AUTORIZZATI.

L'art 5 della l. 11 febbraio 1992, n. 157 ha innovato radicalmente la disciplina della caccia con l'uso di richiami vivi

(1): in base al suo primo comma, alle Regioni spetta infatti regolamentare, su parere dell'Istituto nazionale per la tutela della fauna selvatica, l'allevamento, la vendita e la detenzione di uccelli allevati appartenenti alle specie cacciabili, nonché il loro utilizzo in funzione di richiami vivi, tassativamente limitato ad alcune specie (2).

Ad evitare possibili «aggiramenti» della previsione ora richiamata sono destinati i commi settimo e ottavo del citato art. 5 che, rispettivamente, vietano l'uso di richiami che non siano identificabili mediante anello inamovibile, numerato secondo apposite norme regionali, e la sostituzione di un richiamo se non previa presentazione all'ente competente del richiamo morto da sostituire.

Le violazioni in materia sono repressive amministrativamente dall'art. 31, comma 1, lett. b) della l. 11 febbraio 1992, n. 157 (con sanzione pecuniaria da euro 154,94 ad euro 929,62) e se l'infrazione è nuovamente commessa, ricorrendo così una ipotesi di reiterazione nell'illecito (3), con la sanzione pecuniaria da euro 258,23 ad euro 1549,37.

Una diversa disciplina riceve, invece, l'esercizio della caccia con l'ausilio di richiami vietati di cui all'art. 21, comma 1, lett. r) della l. 11 febbraio 1992, n. 157 che inibisce l'attività venatoria con l'uso di uccelli vivi accecati o mutilati, ovvero legati per le ali (4) e tramite richiami acustici a funzionamento meccanico, elettromagnetico o elettromeccanico con o senza amplificazione del suono (5), punita in entrambi i casi ai sensi del successivo art. 30, comma 1, lett. b) con l'ammenda fino a euro 1549,37 ove si legge che tale pena «si applica a chi esercita la caccia con l'ausilio di richiami vietati di cui all'art. 21, comma 1, lett. r)», con confisca dei richiami illecitamente utilizzati (6).

Si è fatta, pertanto, questione se tra l'uso dei predetti richiami vivi rientri anche l'utilizzo di richiami vivi non identificabili mediante anello inamovibile, proibito esplicitamente dal menzionato art. 5, comma 7 della l. 11 febbraio 1992, n. 157.

La risposta affermativa al quesito di cui sopra, offerta in passato dalla Cassazione (7), sul presupposto in base al quale l'art. 21, comma 1, lett. r) della citata legge contiene una previsione generale sanzionando l'esercizio della caccia «con mezzi vietati» (8), ivi compreso l'uso di richiami vivi non identificabili mediante anello inamovibile, non appare condivisibile in quanto si pone in aperto contrasto con la ricordata previsione sanzionatoria di cui all'art. 31, comma 1, lett. b) della l. 11 febbraio 1992, n. 157, che reprime espressamente, in via amministrativa, la condotta di utilizzazione di richiami non autorizzati ovvero in violazione delle

disposizioni emanate dalle Regioni ai sensi del precedente art. 5, comma 1.

Una corretta soluzione del problema affrontato nella sentenza in rassegna non può prendere le mosse, in conformità alle citate previsioni normative ed in aderenza al principio di stretta legalità, che domina qualsiasi reazione sanzionatoria a livello penale e amministrativo (9), dalla considerazione che soltanto l'uso di richiami vivi non consentiti implica il reato di caccia con mezzi vietati, anche eventualmente fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 21, comma 1, lett. r) della l. 11 febbraio 1992, n. 157 poiché la nozione di mezzi vietati che da tale legge si ricava *ex art. 13* con la relativa tassativa indicazione, è ampia e comprensiva di qualsiasi strumento di caccia proibito, inclusi i richiami non consentiti, ma non racchiude i richiami non autorizzati. Per questi ultimi, astrattamente consentiti, ma non autorizzati nel caso concreto, se effettivamente utilizzati, è disposta una reazione sanzionatoria amministrativa prevista *ad hoc* dall'art. 31, comma 1, lett. b) di detta legge.

Esattamente, pertanto, nella fattispecie sottoposta all'esame della Suprema Corte è stato stabilito, in conformità ad un precedente orientamento (10), che l'esercizio della caccia con richiami non autorizzati, da individuarsi in quelli non identificabili mediante anello inamovibile e non numerati secondo le previsioni generali di cui all'art. 5, comma 1 della l. 11 febbraio 1992, n. 157 è sanzionato, a livello amministrativo, dal successivo art. 31, comma 1, lett. b) e non ha, quindi, alcuna rilevanza penale.

Patrizia Mazza

\*

(1) Cfr. MAZZA P., *La tutela della fauna selvatica ed omeoterma*, in AMELIO - FORTUNA, *La tutela penale dell'ambiente*, Torino, 2000, 173.

(2) Cfr. Cass. Sez. III Pen. 15 giugno 1998, n. 1151 (c.c.), Guerini, rv. 211.205, ove si precisa che l'uso di fringuelli come richiami vivi non è consentito e pertanto il loro utilizzo quali richiami vivi equivale a caccia con mezzi vietati. Sul divieto di caccia ai fringillidi (peppole e fringuelli) esclusi dall'elenco delle specie cacciabili cfr. MAZZA P., *Sul divieto di caccia ai fringillidi*, in questa Riv., 2008, 502-503, in nota a Cass. Sez. III Pen. 30 marzo 2006, n. 11111, F.P.

(3) Cfr. CARDIN, *Principi generali dell'illecito amministrativo (l. 24 novembre 1981, n. 689)*, Padova, 2005, 87 e ss.

(4) Anche per le interferenze con il delitto di maltrattamento di animali di cui all'art. 544 *ter* c.p. e con la contravvenzione prevista dall'art. 727, comma 2 c.p., cfr. MAZZA P., *Il delitto di maltrattamento di animali e l'uso di richiami vivi per la caccia*, in questa Riv., 2006, 611-612, in nota a Cass. Sez. III Pen. 21 dicembre 2005, n. 46784, Boventi.

(5) In proposito cfr. Cass. Sez. III Pen. 23 luglio 1994, n. 8322, Scilironi, in questa Riv., 1996, 53, con nota di MAZZA P., *Apparecchio ricetrasmittente*

*e mezzi vietati per l'esercizio venatorio*.

(6) Cfr. Cass. Sez. III Pen. 24 marzo 2004, n. 14451, Degli Atti, rv. 228.534.

(7) Cfr. Cass. Sez. III Pen. 2 ottobre 1996, n. 8880, Zaghis, rv. 206.417.

(8) Va ricordato che l'art. 13, comma 5 della stessa l. 11 febbraio 1992, n. 157 vieta per l'esercizio venatorio «tutti i mezzi» non espressamente ammessi, sicché tale legge, innovando la precedente disciplina, esclude in modo esplicito la possibilità di praticare l'esercizio venatorio con armi e mezzi diversi da quelli previsti dalla citata norma. Se ne deduce che l'elencazione ivi contenuta non è più da considerarsi, come nel passato, meramente esemplificativa ma tassativa, con la conseguenza che qualsiasi strumento che agevoli l'esercizio venatorio ricade sotto il rigore punitivo ove non sia appositamente contemplato dalla anzidetta legge. In proposito cfr. MAZZA P., *Predisposizione in battuta e mezzi di caccia non consentiti*, in questa Riv., 2002, 57-58, in nota a Cass. Sez. III Pen. 24 settembre 1999, n. 1930 (c.c.), Gasperi.

(9) Cfr. CARDIN, *Principi generali*, cit., 13 e ss.

(10) Cfr. Cass. Sez. III Pen. 4 luglio 2000, n. 7756, Medaglia, rv.

Corte d'app. Roma, Sez. I - 2-11-2009, n. 4300 - Popolizio, pres.; Crescenzi, rel. - Istituto Bancario S. Paolo IMI S.p.A., Unicredit Banca Mediocredito S.p.A., U.G.C. Banca S.p.A. (avv. ti de Vergottini e Greco) c. Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (Avv. gen. Stato) e Consorzio di bonifica piana di Sibari e della media valle del Crati (avv. Malomo).

**Agricoltura e foreste - Contratto di mutuo - Ammortamento e oneri a carico del bilancio dello Stato - Mancata registrazione del decreto ministeriale - Inefficacia del contratto - Inadempimento contrattuale da parte dell'amministrazione pubblica e di un Consorzio di bonifica - Non sussiste.**

*Sia che l'amministrazione pubblica (Ministero delle politiche agricole e forestali) sia divenuta parte del contratto, sia che si ritenga che la stessa abbia soltanto un obbligo di origine legale, condizionato alla stipula del contratto di mutuo da parte di un Consorzio di bonifica, non sembra possa eludersi la necessità che l'impegno di spesa soggiaccia al controllo di legittimità della Corte dei conti; di conseguenza la mancata approvazione non può dare adito a configurare i presupposti per la proposizione di azioni fondate sull'inadempimento contrattuale (1).*

(Omissis)

Con i primi due motivi dell'impugnazione la difesa delle parti appellanti ribadisce le proprie argomentazioni circa la responsabilità contrattuale del Ministero convenuto, evidenziando, in particolare, uno specifico profilo, inerente all'avvenuto perfezionamento dell'iter amministrativo del rapporto in conseguenza della dedotta registrazione tacita del decreto di approvazione del contratto, adottato il 10 ottobre 1995.

Le predette censure non possono trovare accoglimento. Infatti, l'esame delle norme di cui alla l. 7 febbraio 1992, n. 140 («Interventi per la realizzazione di opere di rilevanza nazionale nel settore della irrigazione, nonché per la concessione di mutui a tasso agevolato per operazioni di credito a sostegno

della cooperazione agricola di rilevanza nazionale»), nonché del contratto di mutuo stipulato il 28 dicembre 1994, modificato con il successivo atto aggiuntivo del 21 aprile 1995, evidenzia come l'intervento dell'amministrazione nella vicenda negoziale era circoscritto all'autorizzazione del contratto ed all'assunzione dell'obbligo di rimborso del mutuo («con onere a totale carico dello Stato, mediante versamento all'IMI S.p.A. nella sua qualità di Istituto capofila»). In relazione a tali rilievi appare condivisibile la conclusione alla quale è pervenuto il giudice di primo grado, secondo cui il Ministero non poteva assumere, sul piano formale, la veste di contraente nell'ambito del rapporto che si veniva ad instaurare tra il Consorzio e le banche erogatrici del mutuo, fermo restando che la questione appare sostanzialmente inconferente, in quanto appare altrettanto chiaro che il perfezionamento del procedimento amministrativo avrebbe comportato una responsabilità contrattuale, di fonte legale, a carico del Ministero che avrebbe certamente legittimato, in caso di inadempimento dell'obbligo di rimborso, l'esperibilità da parte del creditore delle azioni dirette allo scioglimento del vincolo contrattuale e di risarcimento dei danni. È, peraltro, noto che solo la registrazione degli atti amministrativi da parte della Corte dei conti permette all'atto di spiegare la propria efficacia, e, nella specie, è incontrovertibile che il decreto di approvazione del contratto non ha ricevuto l'avallo dell'autorità di controllo; così come è incontrovertibile che, senza l'adozione di uno specifico provvedimento amministrativo, l'amministrazione non avrebbe potuto assumere alcun obbligo nei confronti delle banche erogatrici del mutuo (al riguardo le considerazioni esposte nella motivazione - pag. 7 - della sentenza impugnata che non risultano oggetto di espresse censure). In sostanza, sia che si ritenga che l'amministrazione sia divenuta parte del contratto, sia che si ritenga che la stessa abbia soltanto assunto un obbligo di origine legale, condizionato alla stipulazione del contratto di mutuo, non sembra possa eludersi il rilievo della necessità che l'impegno di spesa doveva essere approvato dalla Corte dei conti, con la conseguenza che la mancata registrazione dell'atto amministrativo nel quale si manifestava la volontà della pubblica amministrazione determina l'inefficacia del contratto nel suo complesso.

(Omissis)

(1) Con l. 7 febbraio 1992, n. 140, relativa alla realizzazione di opere di rilevanza nazionale per l'accumulo di acque a prevalente scopo agricolo e di opere di adduzione e di riparto, ivi compresi gli interventi di sistemazione dei terreni necessari per rendere le opere funzionali, il Ministero delle politiche agricole e forestali, poteva autorizzare i consorzi di bonifica a contrarre mutui ventennali, con ammortamenti a carico del bilancio dello Stato. Facendo tesoro di questa legge, il Consorzio di bonifica della Piana di Sibari ha ritenuto opportuno, approfittare della medesima per rendere utile un servizio all'agricoltura, avanzando una richiesta di mutuo che un gruppo di banche gli ha accordato trasferendogli la somma necessaria su un conto corrente vincolato, praticamente, al buon esito finale, ossia alla definizione favorevole del decreto di finanziamento da parte del Ministero in questione. In buona sostanza, il Consorzio, nel caso di specie, può ritenersi sia stato il tramite che ha agito per conto altrui, al fine di realizzare un'opera di bonifica, d'interesse pubblico, di sua competenza, attraverso un'operazione finanziaria che ricadeva sul bilancio del Ministero delle politiche agricole e forestali. Ma prescindendo da tutto ciò quello che rileva è che il contratto di mutuo, per una serie di fatti e di circostanze, non ha ottenuto, in sede di controllo della spesa, l'approvazione, o meglio, la legittimazione (registrazione) della Corte dei conti, divenendo così incapace di produrre effetti; infatti, solo la registrazione dell'atto amministrativo, da parte della Corte

dei conti, avrebbe permesso al contratto di mutuo di spiegare i propri effetti. Il contratto di mutuo, per espresse previsione normativa, è infatti riconducibile tra le ipotesi di atto complesso - ipotesi frequenti nel diritto pubblico, ma presenti anche nel diritto privato (artt. 394 e 424 c.c.) -, dove una parte del contratto (in questo caso il Consorzio e il Ministero in oggetto) assume la natura di parte complessa la quale, per essere legittimata, ha bisogno di un preventivo atto d'assenso (registrazione) quale essenziale presupposto per la formazione del contratto medesimo. La diretta rilevanza dell'interesse pubblico, come nel caso esaminato dalla Corte di cassazione, si manifesta principalmente nella formazione del contratto in quanto l'ente pubblico, per poter esplicare la sua attività negoziale nelle forme e nei modi previsti dalla legge, è generalmente condizionato dall'approvazione degli organi di controllo (cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1984). Reso inefficace l'atto amministrativo, a seguito della mancata registrazione del decreto di finanziamento, è da ritenere che il contratto non poteva esplicare effetti vincolanti per l'amministrazione pubblica o per il Consorzio e, di conseguenza, è da escludere che le banche potessero accampare diritti per la proposizione di azioni fondate sull'inadempimento del contratto di mutuo.

Concludendo questa breve nota, deve ritenersi che la sentenza della Corte d'appello di Roma è da condividere nella sua interezza. (A.G.)

Con il terzo motivo dell'impugnazione le banche appellanti censurano la sentenza di primo grado nella parte in cui non ha riconosciuto la sussistenza dei presupposti della responsabilità precontrattuale od extracontrattuale, sottolineando che il comportamento del Ministero aveva ingenerato un fondato affidamento sul fatto che «le obbligazioni sarebbero state adempiute anche con i maggiori oneri».

Dall'esame del disposto della legge n. 140 del 1992 e dal tenore dello stesso contratto di mutuo appare chiaro che la stipulazione del contratto costituiva soltanto una fase del complessivo procedimento che si sarebbe dovuto articolare nell'approvazione da parte del Ministero, che avrebbe anche dovuto emanare il decreto di svincolo delle somme depositate sul conto; se la parte negoziale di tale procedimento può considerarsi conclusa con la stipula dell'atto aggiuntivo dell'aprile 1995, risulta chiaro che l'*iter* amministrativo non si è mai compiuto, in quanto l'amministrazione non ha mai adottato i provvedimenti previsti dal contratto (decreto di svincolo e di impegno), mentre il decreto di approvazione del mutuo dell'ottobre 1995 non è mai divenuto operativo per i motivi sopra esposti.

La giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ha avuto modo di rilevare che «il contratto stipulato, pur essendo già perfetto nei suoi elementi costitutivi, richiede per la sua operatività l'approvazione dell'autorità di controllo, che agisce come *condicio iuris* sospensiva dell'efficacia del negozio, con la conseguenza che il diniego dell'autorità tutoria lo rende non più eseguibile. In tal caso, tuttavia, il comportamento dell'amministrazione medesima, la quale abbia preteso l'adempimento della prestazione prima dell'approvazione del contratto stesso da parte della competente autorità di controllo, è suscettibile di dar luogo, ove tale approvazione non sia intervenuta, a responsabilità precontrattuale, secondo la previsione dell'art. 1337 c.c., in considerazione dell'affidamento ragionevole ingenerato nell'altra parte» (Cass. 11 settembre 2008, n. 23393). La fattispecie in esame si caratterizza per il fatto che l'autorità di controllo ha negato la registrazione del decreto di approvazione del contratto; decreto che, ovviamente, non poteva che essere successivo al contratto stesso, con la conseguenza che l'esecuzione della prestazione effettuata dalle banche attrici con il versamento delle somme mutate sui conti vincolati (avvenuta contestualmente alla stipulazione del contratto) non può rapportarsi a comportamenti addebitabili all'amministrazione, se non in relazione a profili che non risultano specificamente dedotti ed inerenti ad un'eventuale inadeguata indagine circa la sussistenza delle condizioni legittimanti l'autorizzazione alla stipulazione del mutuo rilasciata dal Ministero al Consorzio (sul punto le premesse del contratto di mutuo) (*omissis*).

Le considerazioni che precedono appaiono assorbenti rispetto anche alle ulteriori doglianze prospettate dalle appellanti, con la conseguenza che l'impugnazione deve essere rigettata.

(*Omissis*)

\*

Trib. Ferrara, Sez. spec. agr. - 21-4-2009, n. 197 - Boccia, pres. ed est. - Gilli R. (avv. Russo) c. Gilli E. (avv. Parizzi ed a.).

**Prelazione e riscatto - Riscatto - Competenza giurisdizionale - Sezioni speciali agrarie.** (L. 3 maggio 1982, n. 203, art. 4 bis)

**Contratti agrari - Affitto di fondi rustici - Deroga convenzionale alle norme di legge senza l'assistenza di distinte organizzazioni professionali - Durata del rapporto agrario ex art. 2, legge n. 203/1982 - Nullità - Riconducibilità alla durata legale.** (L. 3 maggio 1982, n. 203, art. 45)

*Le controversie in tema di prelazione e riscatto agrari, laddove siano relativi all'affitto di fondi rustici di cui all'art. 4 bis della legge n. 203/1982, sono ricomprese nella competenza della Sezione specializzata agraria (1).*

*Deve dichiararsi la nullità di una clausola pattizia relativa alla durata di un contratto d'affitto (e conseguentemente ricondursi la durata di tale contratto alla normativa imperativamente prevista dalla legge n. 203/1982), ove la clausola in questione sia stata inserita in un contratto che non risulti concluso con l'assistenza di distinte organizzazioni rappresentative degli interessi contrapposti delle parti, come nel caso in cui entrambe siano state difese da esponenti della medesima organizzazione professionale e cioè - nel caso di specie - della Federazione provinciale coltivatori diretti (2).*

(*Omissis*)

Preliminarmente va respinta l'eccezione, in rito, sollevata da parte resistente in punto alla incompetenza per materia dell'adito giudicante relativamente alla domanda di accertamento della violazione del diritto di prelazione vantato dal sig. Gilli Renzo.

Al riguardo pare sufficiente sottolineare che la prelazione di cui trattasi è quella relativa all'affitto di fondi rustici prevista e disciplinata dall'art. 4 bis, legge 203/1982, sicché, trattandosi di legge speciale, necessariamente, la relativa domanda deve ritenersi devoluta alla competenza della Sezione specializzata agraria.

Ciò posto, nel merito, la domanda attrice è fondata e va pertanto accolta.

Al riguardo giova premettere che, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale e dottrinario, per la validità di accordi agrari in deroga alle disposizioni imperative della l. 3 maggio 1982, n. 203, è necessario che il concedente e l'affittuario del fondo rustico siano assistiti dalle rispettive organizzazioni professionali agricole, cioè da rappresentanti dei settori corrispondenti agli interessi di cui sono portatori, maggiormente rappresentative a livello nazionale.

Peraltro è stato ampiamente evidenziato che l'assistenza richiesta ben può essere prestata anche dallo stesso organismo professionale ma soltanto se quest'ultimo sia articolato in sezioni o settori distinti per categorie professionali (cfr. Cass. 5 dicembre 2003, n. 18654).

Nel caso di specie entrambe le predette condizioni risultano difettate.

Invero il contratto di cui trattasi, *in primis*, non risulta concluso con l'assistenza di distinte organizzazioni rappresentative degli interessi contrapposti delle parti, essendo entrambe state difese da esponenti della medesima organizzazione professionale, la Federazione provinciale coltivatori diretti di Ferrara aderente alla Confederazione nazionale coltivatori diretti, priva di articolazioni o di sezioni settoriali facenti capo a distinti organismi maggiormente rappresentativi a livello nazionale.

A ciò si aggiunge che, come eccepito da parte ricorrente, risulta difettare anche l'ulteriore requisito sopra menzionato, posto che le organizzazioni professionali indicate a pag. 1 del contratto *inter partes* del 3 maggio 2000 («Proprietari associati» alla Federazione provinciale coltivatori diretti di Ferrara e «Affittuari conduttori» associata alla Federazione provinciale coltivatori diretti di Ferrara) non solo sono prive di valenza nazionale ma neppure possono definirsi maggiormente rappresentative a livello nazionale, così come richiesto dalla legge.

È appena il caso di aggiungere che i signori Gianluca Mantovani e Filippo Parisini, presenti alla stipula del contratto rispettivamente per parte concedente e parte affittuaria, risultano autorizzati alla rappresentanza delle parti in virtù della delibera del 29 aprile 1998 del Consiglio direttivo della Federazione provinciale coltivatori diretti di Ferrara in aperta violazione di quanto prescritto dall'art. 45 della legge sopramenzionata.

A fronte di tali emergenze processuali priva di pregio è la tesi difensiva formulata dalla sig.ra Gilli Luisa secondo la quale per fare valere l'invalidità del contratto, oggetto di causa, il ricorrente avrebbe dovuto proporre l'azione di annullamento per vizio della volontà ciò in quanto, nella specie, difetta un contrasto tra la volontà dichiarata del sig. Renzo Gilli e quella manifestata in occasione della stipula dello stesso atteso che questi, soltanto, in occasione dell'escomio, si è avveduto che l'*iter* perfezionato dal contratto non era conforme alle previsioni di legge.

Alla luce delle considerazioni che precedono, dovendosi ricondurre il rapporto in oggetto alla normativa prevista imperativamente dalla legge n. 203/1982, va riconosciuta la nullità della clausola pattizia relativa alla durata del contratto perché volta ad escludere la normativa vincolistica.

Per l'effetto va dichiarato che il contratto per cui è causa scadrà alla data del 10 novembre 2015 e, conseguentemente, va ordinato ai resistenti o a qualsiasi altro avente causa nella conduzione o nel possesso del fondo di reimmettere immediatamente il ricorrente nella detenzione del fondo già concesso in affitto.

(Omissis)

(1-2) BREVI NOTE SULL'ASSISTENZA DELLE ORGANIZZAZIONI PROFESSIONALI NELLA FASE DELLA STIPULA DEGLI ACCORDI IN DEROGA EX ART. 45, LEGGE 203/1982.

La decisione attesta due principi di diritto, dei quali, il primo, lascia alquanto perplessi.

Preliminarmente appare necessario partire l'annotazione dalla prima massima secondo cui, competente a conoscere della domanda di prelazione agraria di cui ai rapporti agrari ex art. 4 *bis*, legge n. 203/1982, siano le Sezioni ordinarie agrarie del Tribunale ordinario. Ora, come è noto, nel lontano 1976, le Sezioni Unite della Cassazione (1) hanno radicato la competenza a conoscere, in generale, delle cause di riscatto agrario in capo alle Sezioni ordinarie. Detto principio subisce deroga qualora tale domanda venga proposta in via riconvenzionale dal convenuto oppure laddove, nel relativo giudizio, come nel caso di specie, si dibatta e si questioni sull'esistenza o sul contenuto d'un contratto d'affitto agrario, poiché tale domanda, sia essa o meno riconvenzionale, relativa a materia di competenza della Sezione specializzata agraria, integra una questione di carattere pregiudiziale, da decidersi con effetto di giudicato, rispetto alla domanda principale (2).

Il secondo principio, come già rilevato, appare assai opinabile.

È indubbio che l'art. 45, comma 1, l. 3 maggio 1982, n. 203, che ha sostituito l'ultimo comma dell'art. 23, l. 11 febbraio 1971, n. 11, stabilendo che sono validi gli accordi in deroga alle norme vigenti in materia di contratti agrari, purché stipulati con l'assistenza delle organizzazioni professionali agricole, non richieda che tali organizzazioni siano contrapposte politicamente, essendo sufficiente che una di esse tuteli gli interessi dei concedenti e l'altra tuteli gli interessi degli affittuari perché l'assistenza predetta sia pienamente valida (3). Le parti possono, insomma, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, predisporre un regolamento dei loro interessi in deroga a quello normativamente previsto purché però sia garantito il contraddittorio tra le stesse mediante l'assistenza dei rappresentanti dei

settori corrispondenti agli interessi di cui sono portatrici (proprietari, affittuari ecc.) ovvero, in mancanza del relativo raggruppamento, almeno di un rappresentante dell'interesse di ciascuna di esse. Soltanto in tal modo può presumersi raggiunta la conciliazione e la composizione dei contrapposti interessi e scongiurato il pericolo della prevalenza dell'interesse di una parte sull'altra, che pregiudicherebbe altresì l'interesse collettivo ad un rapporto equilibrato nella produzione agricola, *ratio* sottesa alla nullità «delle convenzioni» (legge n. 203/1982, art. 58, comma 1) che non rispettano l'*iter* formativo prescritto dall'art. 45 della stessa legge.

Nel caso concreto, il giudice *a quo*, ha stimato che, in ordine alla validità degli accordi in deroga, parrebbe necessario che i patiscienti siano assistiti da due opposte organizzazioni professionali; in altre parole, egli ritiene necessario che le parti, al momento della stipula, siano assistite ciascuna da un rappresentante dell'organizzazione professionale cui aderiscono e che tali rappresentanti siano persone diverse; tuttavia, sostiene il Tribunale, «l'assistenza richiesta ben può essere prestata anche dallo stesso organismo professionale ma soltanto se quest'ultimo sia articolato in sezioni o settori distinti per categorie professionali». Proprio ciò che, nel caso di specie, alla luce dell'istruttoria, era emerso non sussistesse. I due rappresentanti, quantunque difendessero separatamente i due patiscienti, appartenevano alla medesima organizzazione professionale e curavano gli interessi della medesima.

In senso contrario ed antitetico, si pone la giurisprudenza di legittimità (4) secondo cui per la validità del contratto in deroga ex art. 45 è condizione sufficiente che le parti, al momento della stipula, siano state assistite ciascuna da un diverso rappresentante, anche qualora costoro pertengano alla medesima organizzazione, ovvero che quest'ultima non abbia uffici distinti specificatamente preposti alla tutela di interessi differenziati. Deve escludersi, tassativamente, infatti, sia che le parti non possano concludere tra loro contratti in deroga solo perché per ventura (come puntualmente verificatosi nella specie) entrambe aderiscono alla stessa organizzazione professionale, sia che tale divieto sussista, altresì, come prospetta parte resistente allorché, per i più svariati motivi, faccia difetto, nell'ambito della stessa organizzazione, una articolata e contrapposta divisione di compiti tra i suoi vari uffici.

Se si prescinde dall'estrema opinabilità della norma giuridica in ordine all'assistenza delle organizzazioni professionali nella fase di stipulazione degli accordi in deroga ex art. 45, legge n. 203/1982, il conseguenziale ragionamento del Tribunale è sicuramente corretto. Ed invero, una volta, accertata la nullità dell'accordo in deroga (ripetesi, nel caso di specie, la soluzione ermeneutica appare sicuramente incongrua), scaturisce una tipica ipotesi di nullità parziale del relativo patto agrario. Alla luce della migliore dottrina (5), l'effetto cui va incontro un accordo in deroga viziato perché stipulato senza la prescritta assistenza delle organizzazioni professionali agricole è, per l'espressa previsione contenuta nell'art. 58, la nullità delle parti dell'accordo che derogano alle norme della legge n. 203/1982, con correlativa sostituzione delle disposizioni violate alle clausole convenzionali nulle ex artt. 1339 e 1419 c.c.

Ivan Cimatti

(1) Cass. Sez. Un. 16 ottobre 1976, n. 3499, in *Giur. agr. it.*, 1977, 86, con nota di MORSILLO G., *Domanda di riscatto del fondo rustico e competenza del giudice ordinario*.

(2) Cass. 18 novembre 2005, n. 24453, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11; Cass. 1° dicembre 2000, n. 15365, in questa Riv., 2002, 28, con nota di TOLTOLINI L., *Regolamento di competenza tra giudice ordinario e Sezioni specializzate agrarie in tema di riscatto agrario*; Cass. 2 marzo 1998, n. 2269, *ivi*, 1998, 284; Cass. 18 gennaio 1982, n. 327, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1268.

(3) In tal senso, si v. Cass. 26 ottobre 1994, n. 8781, in questa Riv., 1995, 5608, con nota di MASINI S., *Sulla contrapposizione politica delle organizzazioni professionali agricole nell'assistenza alla formazione degli accordi individuali in deroga*.

(4) Cass. 26 marzo 2009, n. 7351, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 527; Cass. 5 dicembre 2003, n. 18654, in questa Riv., 2005, 175, con nota di MURGIDA G., *Sull'assistenza delle organizzazioni professionali agricole nella stipula degli accordi in deroga*, in *Giust. civ.*, 2004, 1, 1273 e in *Foro it.* 2004, 1, 2467.

(5) CALABRESE D., *I patti agrari*, Padova, 2004, 174.

Cons. Stato, Sez. VI - 19-1-2010, n. 183 - Barbagallo, pres.; De Niccolis, est. - Azienda Agricola Silvano Dalla Libera (avv. Pirocchi) c. Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (Avv. gen. Stato).

**Agricoltura e foreste - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Autorizzazione alla messa in coltura - Esclusiva competenza statale - Regioni - Interesse a resistere e contro interesse - Insussistenza.** (D.lgs. 24 aprile 2001, n. 212)

**Agricoltura e foreste - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Direttiva (CE) n. 2001/18 - Regolamento (CE) n. 1829/2003 - Valutazione esaustiva degli aspetti ambientali e di salute - Raccomandazione (CE) n. 2003/556 - Coesistenza - Applicazione ai soli aspetti economici.** (Reg. CE 22 settembre 2003, n. 1892/2003; dir. CE 12 marzo 2001, n. 2001/18; d.lgs. 8 luglio 2003, n. 221; d.l. 22 novembre 2004, n. 279; l. 28 gennaio 2005, n. 5)

**Agricoltura e foreste - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Coesistenza - Liceità dell'utilizzazione in agricoltura degli OGM autorizzati a livello comunitario - Piani di coesistenza regionali - Mancata adozione - Ostacolo all'adozione dell'autorizzazione alla messa in coltura - Non sussiste.** (Dir. CE 12 marzo 2001, n. 2001/18, art. 23; d.l. 22 novembre 2004, n. 279; l. 28 gennaio 2005, n. 5)

*È ammissibile il ricorso avverso un provvedimento con il quale il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali ha comunicato di non poter procedere all'istruttoria della richiesta di autorizzazione alla messa in coltura di varietà di mais geneticamente modificate (d.lgs. 24 aprile 2001, n. 212) iscritte nel Catalogo comune europeo, in attesa dei piani di coesistenza delle Regioni, che non sia stato notificato, anche, ad almeno una delle Regioni a cui si imputa la mancata adozione, atteso che tale procedimento è di esclusiva competenza statale e che le Regioni non intervengono in esso né come amministrazioni competenti, né come destinatarie di comunicazioni o informative. Le Regioni, pertanto, non possono essere considerate né nella veste di amministrazioni resistenti, né nella veste di controinteressate (1).*

*Considerati i profili prettamente economici che devono essere regolamentati dai piani di coesistenza [raccomandazione (CE) della Commissione 23 luglio 2003, n. 2003/556; d.l. 22 novembre 2004, n. 279 convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2005, n. 5] e, considerato che a tali piani sono estranei i profili ambientali e sanitari, valutati, invece, nell'ambito del sistema autorizzativo applicabile all'emissione deliberata in ambiente di OGM [direttiva (CE) 12 marzo 2001, n. 2001/18; d.lgs. 8 luglio 2003, n. 221] ed agli alimenti e mangimi geneticamente modificati [regolamento (CE) 22 settembre 2003, n. 1829/2003], alla luce del principio comunitario, recepito nell'ordinamento interno, della facoltà di impiego degli OGM in agricoltura purché autorizzati (sentenza della Corte costituzionale n. 116 del 2006), il rilascio dell'autorizzazione alla coltivazione non può essere condizionato alla previa adozione dei piani regionali, che devono definire le modalità di applicazione del principio di coesistenza nei diversi territori regionali (2).*

*È illegittimo il provvedimento con il quale il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali ha comunicato di non poter procedere all'istruttoria della richiesta di autorizzazione alla messa in coltura di varietà di mais geneticamente modificate iscritte nel Catalogo comune europeo in assenza dei piani di coesistenza regionale, in quanto sussiste l'obbligo di istruttoria e conclusione dei procedimenti autorizzatori disciplinati con disposizioni specifiche, diverse dal d.l. 22 novembre 2004, n. 279. Inoltre, non essendovi ostacoli di carattere sanitario o ambientale che, ai sensi dell'art. 23 della direttiva (CE) n. 2001/18, giustifichino un intervento precauzionale dello Stato membro in termini di divieto o di limitazione della coltivazione, non è contestato che la richiesta di autorizzazione è in astratto accoglibile (3).*

(Omissis)

L'Azienda agricola odierna appellante chiedeva al Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali l'autorizzazione alla

messa in coltura di varietà di mais geneticamente modificate iscritte nel Catalogo comune europeo.

(Omissis)

Il procedimento autorizzatorio è di esclusiva competenza statale, e le Regioni non intervengono in esso né come amministrazioni competenti, né come destinatarie di comunicazioni o informative. Le Regioni non possono pertanto essere considerate né nella veste di amministrazioni resistenti né nella veste di controinteressati. Né si possono qualificare le Regioni come controinteressate in base all'assunto che avrebbero interesse al mancato rilascio delle autorizzazioni alla coltivazione di OGM nelle more dell'adozione dei piani di coesistenza, perché si tratterebbe di un interesse illegittimo, in contrasto con le direttive comunitarie in materia, e dunque di un interesse di mero fatto che non le fa assurgere al rango di controinteressati.

(Omissis)

Il decreto legge n. 279/2004 è stato espressamente adottato «in attuazione della raccomandazione della Commissione n. 2003/556 del 23 luglio 2003» (art. 1), atto comunitario che disciplina «l'organizzazione della produzione agricola» per gli aspetti «economici» conseguenti all'utilizzo in agricoltura di OGM ed, invece, estraneo a profili «ambientali e sanitari». Si tratta di un atto comunitario che si inserisce in un preesistente quadro normativo vincolante, relativo alla prevenzione di potenziali pregiudizi per l'ambiente e la salute umana legati all'impiego di OGM. Inoltre, nel formulare tale raccomandazione, la Commissione europea muove dal presupposto, ormai non più controverso nel diritto comunitario, costituito dalla facoltà di impiego di OGM in agricoltura, purché autorizzati (Corte costituzionale n. 116 del 2006). Per la parte, quindi, che si riferisce al principio di coesistenza e che implicitamente ribadisce la liceità dell'utilizzazione in agricoltura degli OGM autorizzati a livello comunitario, il legislatore statale con l'adozione del citato decreto legge ha esercitato la competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di tutela dell'ambiente [art. 117, comma 2, lett. s), Cost.], nonché quella concorrente in tema di tutela della salute (art. 117, comma 3, Cost.), con ciò anche determinando l'abrogazione per incompatibilità dei divieti e delle limitazioni in tema di coltivazione di OGM che erano contenuti in alcune legislazioni regionali.

(Omissis)

Con la sentenza della Corte costituzionale n. 116 del 2006 è stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 3, 4, 5, commi 3 e 4, 6, commi 1 e 2, 7 e 8, del citato decreto legge, in quanto ritenuti irrispettosi della competenza legislativa regionale in materia di agricoltura, atteso che disciplinavano l'adozione da parte delle Regioni di piani di coesistenza, anziché lasciare alle Regioni la competenza a disciplinare con proprie leggi tali piani. Più in particolare, ad avviso della Consulta, spetta alle Regioni disciplinare la produzione agricola in presenza anche di colture transgeniche, e segnatamente «le modalità di applicazione del principio di coesistenza nei diversi territori regionali, notoriamente molto differenziati dal punto di vista morfologico e produttivo» (Corte costituzionale n. 116 del 2006). Giova sottolineare che la declaratoria di incostituzionalità ha riguardato anche l'art. 8 del citato decreto legge, che in via transitoria vietava le coltivazioni transgeniche a fini commerciali nelle more dell'adozione dei piani di coesistenza.

(Omissis)

In punto di fatto si deve osservare che dalle stesse deduzioni depositate dall'Amministrazione emerge che non è contestato che le varietà di mais geneticamente modificate per le quali è stata richiesta l'autorizzazione alla messa a coltura sono già iscritte nel Catalogo comune europeo, e dunque non vi sono ostacoli di carattere sanitario o ambientale che ai sensi dell'art. 23, direttiva (CE) n. 2001/18, giustifichino un intervento precauzionale dello Stato membro in termini di divieto o di limitazione della coltivazione. Non è dunque contestato che la richiesta di autorizzazione è in astratto accoglibile. Sotto tale profilo, non possono trovare accoglimento le censure secondo cui si sarebbe introdotta una deroga ai sensi dell'art. 23, direttiva (CE) n. 18/2001, come tale necessitante di notifica agli organi comunitari.

(Omissis)

Considerati i profili prettamente economici che devono essere regolamentati dai piani di coesistenza, e considerato che a tali piani sono estranei i profili ambientali e sanitari, e il principio comunitario della coltivabilità degli OGM se autorizzati, il



rilascio dell'autorizzazione alla coltivazione non può essere condizionato alla previa adozione dei piani di coesistenza. Pertanto, non si può ritenere che in attesa dei c.d. piani di coesistenza regionali, venga meno l'obbligo di istruzione e conclusione dei procedimenti autorizzatori disciplinati, con disposizioni specifiche non toccate, neppure indirettamente, dalla declaratoria di incostituzionalità, da fonti legislative (e regolamentari) diverse dal decreto legge n. 279/2004. Tanto più che, per stessa affermazione della Consulta, non è più discutibile il principio comunitario, ormai recepito nell'ordinamento nazionale, «costituito dalla facoltà di impiego di OGM in agricoltura, purché autorizzati». Ne discende, con tutta evidenza, che il blocco generalizzato dei procedimenti di autorizzazione in attesa dei c.d. piani di coesistenza regionali, esporrebbe lo Stato italiano a responsabilità sul piano comunitario, rendendo di fatto inapplicabile nell'ordinamento nazionale quello che è un principio imposto dal diritto comunitario.

(*Omissis*)

Per quanto esposto, l'appello va accolto e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati e va dichiarato l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza di autorizzazione, entro un termine di novanta giorni decorrente dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza. Resta fermo il potere dell'Amministrazione statale di avviare i procedimenti sostitutivi che l'ordinamento appresta per il caso di inerzia delle Regioni nel dare attuazione a obblighi comunitari.

(*Omissis*)

---

(1-3) PROFILI DI RICOSTRUZIONE DELLA DISCIPLINA APPLICABILE ALLA COLTIVAZIONE DI SEMENTI GENETICAMENTE MODIFICATE.

1. Il Consiglio di Stato, con la sentenza espressa dalla sesta Sezione in data 19 gennaio 2010, n. 183, svolge alcune considerazioni di carattere centrale nella ricostruzione e nell'interpretazione della disciplina vigente, a livello comunitario e nazionale, in materia di organismi geneticamente modificati (OGM), che offrono lo spunto per tentare una ricostruzione sistematica della disciplina applicata in Italia alla coltivazione di sementi GM.

Per motivi di chiarezza si ritiene opportuno indicare brevemente i fatti in causa. Il ricorrente, che aveva presentato domanda di autorizzazione alla messa in coltura di varietà di mais geneticamente modificate (GM), iscritte nel Catalogo comune europeo, aveva impugnato, in primo grado, la nota del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali (MIPAAF), del 18 aprile 2007, che aveva, a sua volta, comunicato di non poter procedere alla richiesta dell'autorizzazione nelle more dell'adozione, da parte delle Regioni, delle norme idonee a garantire la coesistenza tra le colture convenzionali, biologiche e transgeniche, come previsto dalla circolare MIPAAF del 31 marzo 2006 (1). Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio (2), aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso per mancata notificazione ad almeno un controinteressato, dovendosi ritenere tali le Regioni alle quali si imputava la mancata adozione dei piani di coesistenza. Le censure di merito proposte al Consiglio di Stato sono state le medesime espone in primo grado, riferendosi, in particolare, alla illegittimità del provvedimento di diniego e, a monte, della disciplina nazionale, nella parte in cui subordina ad una autorizzazione l'utilizzo di sementi GM, già autorizzate a livello comunitario ed iscritte nel Catalogo comune e

nella parte in cui estende agli aspetti sanitari ed ambientali le valutazioni – relative all'autorizzazione all'immissione in commercio di sementi GM – che attengono alla materia della coesistenza; alla violazione del diritto comunitario, sotto il profilo che vi sarebbe, nell'ordinamento italiano, un divieto di utilizzo degli OGM, assunto in violazione degli obblighi comunitari, non essendo stato previamente notificato alla Commissione europea; all'illegittimità del diniego di autorizzazione nella parte in cui ne subordina il rilascio alla previa adozione dei piani regionali di coesistenza, che, peraltro, attiene agli aspetti economici e non a quelli socio sanitari. Il mezzo di appello, invece, è stato rinvenuto nel fatto che le Regioni non possono essere considerate controinteressate, perché non si può ipotizzare che una pubblica amministrazione abbia un interesse legittimo alla mancata attuazione di norme comunitarie.

In particolare, il Consiglio di Stato afferma che il procedimento di autorizzazione alla messa a coltura di sementi OGM è di esclusiva competenza statale e le Regioni non possono essere considerate né come amministrazioni resistenti, né nella veste di controinteressate. Inoltre, il giudice, nel ricostruire il quadro normativo comunitario in materia di emissione deliberata nell'ambiente di OGM (che comprende anche l'autorizzazione alla immissione in commercio) e di alimenti e mangimi GM, afferma che il quadro di tutela a presidio ambientale e della salute è da queste previsioni completato (anche per la fase di coltivazione). In relazione alla coesistenza, il Consiglio di Stato ne riconosce l'applicazione ai soli aspetti economici connessi alla commistione tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche. Sul medesimo punto, il giudice considera che, con la normativa nazionale in materia, che detta un quadro normativo minimo per la coesistenza, il legislatore italiano ha esercitato la competenza esclusiva dello Stato in tema di tutela dell'ambiente [art. 117, comma 2, lett. s), Cost.], nonché quella concorrente in tema di tutela della salute (art. 117, comma 3, Cost.), mentre spetta alle Regioni individuare le modalità di applicazione del principio di coesistenza nei diversi territori, in quanto profilo attinente la produzione agricola. Perciò, per il Consiglio di Stato, non sussistono ostacoli di carattere sanitario o ambientale capaci di giustificare un intervento precauzionale dello Stato membro in termini di divieto o di limitazione della coltivazione, ai sensi della disciplina comunitaria vigente, delle varietà di mais geneticamente modificate che, peraltro, risultano iscritte nel Catalogo comune.

La sentenza in commento, infine, afferma l'incontestabilità del principio comunitario, recepito nell'ordinamento interno, costituito dalla facoltà di impiego in agricoltura di OGM, se autorizzati. Secondo il Consiglio di Stato, alla luce di questo principio e del fatto che i piani di coesistenza regionali devono regolamentare profili prettamente economici, essendo ad essi estranei profili ambientali e sanitari, il rilascio dell'autorizzazione alla coltivazione non può essere condizionato alla loro adozione. Per questo, anche in loro carenza, sussiste l'obbligo di istruzione e conclusione dei procedimenti autorizzatori disciplinati da fonti legislative e regolamentari diverse da quelle che si occupano della coesistenza. A tali fini, il Consiglio di Stato dichiara l'obbligo dell'Amministrazione a provvedere sull'istanza di autorizzazione entro un termine di 90 giorni decorrente dalla comunicazione o, se anteriore, alla notifi-

---

(1) Circolare 31 marzo 2006, n. 269. Anche questa circolare è stata impugnata in primo grado.

(2) T.A.R. Lazio, Sez. II *ter* 7 aprile 2008, n. 2893, inedita.

cazione della sentenza, nei sensi e nei termini espressi in motivazione.

Per comprendere l'effettiva portata di tali affermazioni è utile soffermarsi su alcuni profili normativi attinenti la materia in commento e, in particolare, il procedimento di autorizzazione alla messa in coltura; il procedimento di autorizzazione delle sementi GM; l'iscrizione nel Catalogo comune; ulteriori aspetti derivanti dall'applicazione della disciplina dell'attività sementiera alle sementi GM.

2. *Il procedimento di autorizzazione alla messa in coltura delle sementi GM.* Il d.lgs. 24 aprile 2001, n. 212, recante «attuazione delle direttive (CE) nn. 98/95 e 98/96 concernenti la commercializzazione dei prodotti sementieri, il Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole e relativi controlli» (3), all'art. 1, comma 2, dispone che la messa in coltura dei prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate è soggetta ad autorizzazione con provvedimento del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e con il Ministro della sanità, emanato previo parere di una apposita Commissione (di cui al comma 3). Questo provvedimento deve stabilire le misure idonee a garantire che le colture derivanti da prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate non entrino in contatto con le colture derivanti da prodotti sementieri tradizionali e non arrechino danno biologico all'ambiente circostante, tenuto conto delle peculiarità agro-ecologiche, ambientali e pedoclimatiche.

Il comma 3 del medesimo articolo prevede, con decreto del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, l'istituzione presso lo stesso Ministero della «Commissione per i prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate», composta da dodici membri. Tra i compiti assegnati a questa Commissione, si evidenziano l'espressione di pareri sulle condizioni tecniche da seguire nella messa a coltura di prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate, al fine di garantire gli obiettivi di tutela dai danni biologici all'ambiente e della preservazione dei prodotti sementieri tradizionali; l'accertamento della verifica di assenza di rischi di cui all'art. 20 *bis*, comma 1, lett. b), della l. 25 novembre 1971, n. 1096 (4), che disciplina l'attività sementiera, d'intesa con le Regioni interessate ai sistemi agrari soggetti alla verifica stessa; l'individuazione dei criteri in base ai quali è effettuato il monitoraggio dei prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate, compresa la definizione dei criteri da adottare per la verifica della presenza fortuita di sementi geneticamente modificate in lotti di prodotti sementieri convenzionali.

L'art. 1, comma 7, del d.lgs. n. 212/2001, prevede l'emanazione di un decreto del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dell'ambiente e il Ministro della sanità, sentita la Conferenza

permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, per la definizione delle norme di applicazione delle disposizioni relative ai prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate, con riguardo alle modalità e criteri per la messa a punto di protocolli tecnici di analisi e controllo e all'individuazione e messa a punto di piani di monitoraggio e sorveglianza sull'uso corretto di tali prodotti, sugli effetti prodotti dalla coltivazione degli stessi e sulla loro messa in commercio.

Si tratta di previsioni opportunamente sanzionate; infatti, chi mette in coltura prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate senza la prescritta autorizzazione è punito con la pena dell'arresto da sei mesi a tre anni o dell'ammenda fino a 51.700 euro (5). La stessa sanzione si applica in caso di coltivazione in costanza di revoca o sospensione dell'autorizzazione. Mentre, per chi non osserva le prescrizioni stabilite nel provvedimento di autorizzazione, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria da 7.600 a 46.500 euro (6).

L'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 212/2001, opera, infine, per quanto riguarda i prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate, un rinvio alle disposizioni della legge n. 1096/1971 e della l. 20 aprile 1976, n. 195 (7), che regolano l'attività sementiera e, per quanto non disposto da dette leggi, alle disposizioni di cui al d.lgs. 8 luglio 2003, n. 224 (8), che regola l'emissione deliberata in ambiente degli OGM.

Da quanto esposto si evince come il procedimento in esame richieda valutazioni tecniche sulle modalità di coltivazione delle sementi GM, in quanto è necessario garantire l'integrità delle sementi tradizionali e l'ambiente dal danno biologico. Tali valutazioni, che il MIPAAF deve svolgere di concerto con gli altri Ministeri interessati, richiedono, a monte, chiarezza in ordine a tematiche che non possono considerarsi estranee a quanto deve essere garantito dal principio di coesistenza, in termini di compatibilità tra le diverse forme di produzione.

3. *Il procedimento di autorizzazione delle sementi GM.* A livello comunitario, la disciplina vigente in materia di immissione in commercio di alimenti GM è contenuta nel regolamento (CE) 22 settembre 2003, n. 1829/2003 (9) e nel regolamento (CE) del Parlamento e del Consiglio 22 settembre 2003, n. 1830/2003 (10), oltre che in alcuni provvedimenti applicativi (11). Queste norme devono, però, essere lette tenendo conto, tanto delle altre norme vigenti in materia di OGM (12) e, in particolare, delle regole generali in materia di immissione in commercio e della disciplina della coesistenza tra coltivazioni transgeniche, convenzionali e biologiche, oltre che dei precedenti legislativi in materia di alimenti geneticamente modificati e della giurisprudenza in materia (13), quanto alla luce dei

(3) Pubblicato nella *G.U.* 8 giugno 2001, n. 131.

(4) Pubblicata nella *G.U.* 22 dicembre 1971, n. 322. Si tratta dei rischi concernenti la salute umana o l'ambiente, anche con riguardo alle eventuali conseguenze sui sistemi agrari, tenuto conto delle peculiarità agro-ecologiche e pedoclimatiche. Questa disposizione rinvia ai criteri stabiliti in materia di emissione deliberata di organismi geneticamente modificati nell'ambiente [di cui, oggi, alla direttiva (CE) 12 marzo 2001, n. 2001/18, pubblicata nella *G.U.C.E.* 17 aprile 2001, n. L 106], al principio di precauzione, alla Convenzione sulla diversità biologica ed al Protocollo di Cartagena sulla biosicurezza.

(5) Le sanzioni sono state tradotte in euro secondo il tasso di conversione fissato ai sensi del Trattato CE (art. 51, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213).

(6) Le sanzioni sono state tradotte in euro secondo il tasso di conversione fissato ai sensi del Trattato CE (art. 51, d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213).

(7) Pubblicata nella *G.U.* 12 maggio 1976, n. 124.

(8) Pubblicato nella *G.U.* 22 agosto 2003, n. 194 (suppl. ord.).

(9) Pubblicato nella *G.U.U.E.* 18 ottobre 2003, n. L 268. È in applicazione dal 18 aprile 2004.

(10) Pubblicato nella *G.U.U.E.* 18 ottobre 2003, n. L 268.

(11) Regolamento (CE) 6 aprile 2004, n. 641/2004 (pubblicato in *G.U.U.E.* 7 aprile 2004, n. L 102); regolamento (CE) 14 gennaio 2004, n. 65/2004 (pubblicato in *G.U.U.E.* 16 gennaio 2004, n. L 10); raccomandazione (CE) 4 ottobre 2004, n. 2004/787 (pubblicata in *G.U.U.E.* 24 novembre 2004, n. L 348).

(12) Ai sensi dell'art. 2, par. 1, n. 5, del regolamento (CE) n. 1829/2003, organismo geneticamente modificato significa OGM quale definito dall'art. 2 della direttiva (CE) n. 2001/18, ad esclusione degli organismi ottenuti attraverso le tecniche di modificazione genetica elencate nell'Allegato IB della suddetta direttiva.

(13) Si segnalano: Corte di giustizia CE, Sez. II 16 luglio 2009, in causa C-165/08, in *Foro amm. C.D.S.*, 2009, 7/8, 1613; Corte di giustizia CE, Sez. IV 17 febbraio 2009, in causa C-552/07, in *Riv. dir. agr.*, 2009, 1, 13; Corte di giustizia CE, Sez. III 13 settembre 2007, in cause riunite C-439/05 P e C-454/05 P, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, 37; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV 21 maggio 2009, n. 3818; Corte cost. 17 marzo 2006, n. 116. Tutte queste sentenze sono pubblicate presso il sito *web www.ambiente.diritto.it*.

principi e delle regole introdotti con il regolamento (CE) 28 gennaio 2002, n. 178/2002 (14), che stabilisce i principi ed i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare (15). Per evitare sovrapposizioni di procedure e in coerenza con il principio comunitario «one door, one key», gli OGM da impiegare nella produzione di alimenti che siano stati notificati ed approvati a norma del regolamento (CE) n. 1829/2003, in quanto alimenti destinati all'alimentazione umana, non necessitano anche di una autorizzazione ai sensi della direttiva (CE) 12 marzo 2001, n. 2001/18 (16), che disciplina l'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, purché venga effettuata una valutazione dei rischi ambientali conformemente alle regole da essa previste.

Dunque, a tutela dei consumatori europei, gli alimenti geneticamente modificati, ossia gli «OGM destinati all'alimentazione umana», gli alimenti «che contengono o sono costituiti da OGM» e «gli alimenti che sono prodotti a partire da» (17) o «che contengono prodotti a partire da OGM», sono sottoposti ad una procedura di autorizzazione per l'immissione sul mercato. È vietato, quindi, commercializzare questi OGM «in assenza di» autorizzazione oppure «con modalità diverse da» quelle previste dall'autorizzazione.

Il campo di applicazione del regolamento (CE) n. 1829/2003 è, quindi, decisamente ampio, poiché tutti gli OGM che possono essere utilizzati quali materiali di base per la produzione di alimenti o mangimi sono considerati OGM destinati all'alimentazione umana e animale. Le sementi geneticamente modificate rappresentano, con l'espressione utilizzata dal regolamento (CE) n. 1829/2003, «OGM da utilizzare come sementi» ed il loro procedimento autorizzativo integra gli aspetti legati all'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati.

In generale, il regolamento stabilisce una procedura centralizzata di autorizzazione, ad opera della Commissione europea, sulla base di una valutazione del rischio indipendente effettuata dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), regole in materia di etichettatura e soglie in ordine alla presenza accidentale o tecnicamente inevitabile di materiale GM. La valutazione del rischio prescritta dal regolamento comprende, in particolare, una valutazione della sicurezza dell'alimento GM e/o del mangime GM come anche, se del caso, una valutazione del rischio ambientale. Nel caso di OGM destinati alla coltura che rientrano nel campo di applicazione del regolamento, l'EFSA invita un'Autorità competente nazionale, in forza

della direttiva (CE) n. 2001/18, ad effettuare la valutazione del rischio ambientale. In tutti i casi in cui è prescritta una valutazione del rischio ambientale l'EFSA deve consultare, in forza della direttiva (CE) n. 2001/18, l'Autorità competente nazionale di ciascuno Stato membro (18).

Più nel dettaglio, la domanda di autorizzazione viene presentata all'Autorità competente di uno Stato membro (in Italia, il Ministero della salute), che informa l'EFSA e mette a sua disposizione la documentazione disponibile. L'EFSA informa e mette a disposizione degli altri Stati membri e della Commissione copia della domanda. Per gli OGM, come le sementi, il richiedente deve presentare, altresì, una copia della decisione di autorizzazione all'immissione in commercio ottenuta a norma della parte C della direttiva (CE) n. 2001/18, oppure un incartamento tecnico contenente le informazioni richieste negli Allegati III e IV della direttiva (CE) n. 2001/18 e le informazioni e conclusioni sulla valutazione del rischio effettuata conformemente ai principi di cui all'Allegato II della stessa direttiva (19). In tale caso, gli artt. da 13 a 24 della direttiva (CE) n. 2001/18 non trovano applicazione (20).

L'EFSA, nell'esprimere il suo parere, può chiedere ad un'Autorità competente individuata ai sensi della direttiva (CE) n. 2001/18 (in Italia, il Ministero dell'Ambiente), di effettuare una valutazione del rischio ambientale. Tuttavia, nel caso di OGM da utilizzare come sementi o altri materiali di moltiplicazione delle piante, l'Autorità europea deve chiedere all'Autorità nazionale competente, individuata dalla direttiva (CE) n. 2001/18, di effettuare la valutazione del rischio ambientale ai sensi della medesima direttiva (21). Ai sensi dell'art. 6, par. 4, del regolamento (CE) n. 1829/2003, in caso di OGM o di alimenti che contengono o sono costituiti da OGM, i requisiti di sicurezza ambientale di cui alla direttiva del 2001 si applicano alla valutazione, per garantire che siano prese le misure appropriate per prevenire gli effetti nocivi per la salute umana ed animale e per l'ambiente, che potrebbero sorgere a seguito dell'emissione deliberata. Perciò, all'atto di valutare le domande di ammissione in commercio di prodotti che contengono o sono costituiti da OGM, l'EFSA deve consultare tutte le Autorità competenti ai sensi della direttiva (CE) n. 2001/18, designate dagli Stati membri, che possono esprimere il proprio parere. In tali casi, allorché il parere dell'Autorità europea sia favorevole, deve indicare, tra le altre informazioni, le condizioni per la tutela di particolari ecosistemi, ambiente e/o aree geografiche.

A conclusione del procedimento, che prevede anche momenti di partecipazione del pubblico, la Commissione

(14) Pubblicato nella *G.U.C.E.* 1° febbraio 2002, n. L 31/1.

(15) Si pensi al rilievo del principio di precauzione, dell'analisi del rischio, della necessità di una visione integrata e completa del ciclo di produzione (così detto «dal campo alla mensa»). E. SIRSI, *Alimenti OGM*, in *Diritto alimentare - Mercato e sicurezza, Sistema Leggi d'Italia* (<http://bdb2.leggiditalia.it>).

(16) Pubblicata nella *G.U.C.E.* 17 aprile 2001, n. L 106.

(17) Sono, invece, esclusi gli alimenti ed i mangimi prodotti con un OGM, ovvero nei casi in cui l'OGM entra nel processo di produzione esclusivamente con il ruolo di coadiuvante tecnologico. Fra i coadiuvanti tecnologici usati nella produzione del latte o del prosciutto, rientrano, per esempio, i mangimi con cui gli animali sono stati alimentati. Quindi, i prodotti che provengono da animali nutriti con mangimi OGM o curati con farmaci OGM non sono, di per se stessi, oggetto di autorizzazione preventiva né soggetti alle regole di etichettatura obbligatoria. E. SIRSI, *op. ult. cit.*

(18) *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'attuazione del regolamento (CE) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati*, Bruxelles, 25 ottobre 2006 [COM (2006) 626 def.], in <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>.

(19) Art. 5, par. 5, lett. a) del regolamento (CE) n. 1829/2003. Si evidenzia come la lett. b) del medesimo punto richieda anche un piano di monitoraggio degli effetti ambientali conformemente all'Allegato VI della direttiva (CE) n. 2001/18.

(20) Art. 5, par. 5, ultimo periodo del regolamento (CE) n. 1829/2003. La direttiva (CE) n. 2001/18 distingue due diverse procedure autorizzative, una (disciplinata nella parte B) per l'emissione deliberata di OGM nell'ambiente a scopo diverso dall'immissione in commercio all'interno della Comunità (essenzialmente a fini sperimentali) e l'altra (disciplinata nella parte B) per l'immissione in commercio degli OGM come tali o contenuti in prodotti. Per la materia in commento, è il secondo aspetto che viene in rilievo, dovendosi intendere il rilascio nell'ambiente sotto forma di immissione in commercio, come, ad esempio, per la coltivazione, l'importazione o la lavorazione a fini industriali (in particolare, artt. da 12 a 24). *Commission européenne, La politique européenne en matière de biotechnologie*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2006. Si veda, anche, G. ZENNARO, *La normativa sugli OGM*, in [www.dirittoambiente.com](http://www.dirittoambiente.com); D. DI CARLANTONIO, *Le fonti normative degli OGM*, in [www.ambientediritto.it](http://www.ambientediritto.it).

(21) Art. 6, par. 3, lett. c) del regolamento (CE) n. 1829/2003.

europea, mediante una procedura di comitato (22) adotta la decisione finale sulla domanda. L'autorizzazione concessa ai sensi del regolamento (CE) n. 1829/2003 è valida in tutta la Comunità per un periodo di dieci anni ed è rinnovabile (23) e l'alimento autorizzato è iscritto nel registro comunitario degli alimenti e dei mangimi geneticamente modificati, accessibile al pubblico (24).

Il rilievo relativo alla maggiore centralizzazione delle procedure di autorizzazione rispetto a quello previsto dalla direttiva (CE) n. 2001/18 è abbastanza diffuso in dottrina (25), in quanto questo ultimo è caratterizzato dalla coamministrazione, ossia da un ruolo più significativo delle amministrazioni degli Stati membri ai quali è affidata la selezione iniziale delle notifiche ed il provvedimento finale di autorizzazione. L'esito di questa procedura autorizzativa, comunque, dovrebbe rappresentare la garanzia che questi alimenti, comprese le sementi GM, non ledono la salute umana (nel caso dei mangimi anche quella animale) e – grazie all'integrazione con quanto previsto dalla direttiva (CE) n. 2001/18 – la loro emissione deliberata non ha effetti negativi sull'ambiente.

Non si può trascurare, per l'interesse di tale aspetto nell'ambito della sentenza in commento, che la direttiva (CE) n. 2001/18, all'art. 4, include, tra gli obblighi generali, quello di tenere conto dell'impatto ambientale in funzione del tipo di organismo introdotto e dell'ambiente ospite (26), dando una grande centralità a tale aspetto, come pure, all'art. 26 *bis*, prevede, da parte dei Paesi membri, l'adozione di misure opportune, idonee ad evitare la presenza involontaria di OGM in altri prodotti (27). Questa ultima disposizione si riferisce espressamente alla coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e organiche (28). Da questo punto di vista, una procedura coamministrata può offrire, rispetto ad una centralizzata, maggiore garanzia riguardo al fatto che ciascun Paese possa far valere osservazioni ed istanze sulla base del proprio ambiente di riferimento e dei sistemi agricoli che insistono sul proprio territorio.

La centralità degli aspetti legati alle peculiarità dei diversi territori, anche sotto un profilo economico, è confermata dalle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 224/2003, che recepisce, in Italia, la direttiva (CE) n. 2001/18 e, pur recando previsioni sostanzialmente analoghe, subordina, anche in ragione alle peculiarità territoriali ed economiche del nostro Paese, il rilascio dell'autoriz-

zazione anche alla compatibilità dell'emissione deliberata nell'ambiente o dell'immissione sul mercato con l'esigenza di tutela dell'agrobiodiversità, dei sistemi agrari e della filiera agroalimentare, con particolare riferimento ai prodotti tipici, biologici e di qualità (29).

Riguardo alla coesistenza, poi, è importante rammentare come, secondo quanto espresso dalla Commissione europea nella raccomandazione (CE) 23 luglio 2003, n. 2003/556, recante «orientamenti per lo sviluppo di strategie nazionali e migliori pratiche per garantire la coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche» (30), essa attiene esclusivamente agli aspetti economici connessi alla commistione tra colture transgeniche e non, in relazione alle implicazioni che l'impiego di OGM può comportare alla organizzazione delle produzioni agricole. La coesistenza, infatti, si riferisce alla possibilità, per le imprese agricole, di scegliere tra colture GM, produzione convenzionale e biologica, nel rispetto degli obblighi regolamentari in materia di etichettatura o di *standard* di purezza. Nel merito, a livello interno, il riferimento è il d.l. 22 novembre 2004, n. 279, «disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica» (31), convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2005, n. 5, che disciplina il quadro normativo minimo per assicurare la coesistenza. Con la sentenza della Corte costituzionale 17 marzo 2006, n. 116, è stata dichiarata l'illegittimità di alcune previsioni in esso contenute (32), in quanto è stata riconosciuta la competenza regionale a disciplinare con legge i piani di coesistenza. La Suprema Corte, infatti, stabilisce che spetti alle Regioni definire le modalità di applicazione del principio di coesistenza nei diversi territori regionali, che sono notoriamente diversi tra loro da un punto di vista morfologico e produttivo.

Anche alla luce dei profili di incertezza che contraddistinguono la materia, la direttiva (CE) n. 2001/18, introduce, all'art. 23, la *clausola di salvaguardia*, che può essere utilizzata da uno Stato membro, quando in presenza di un OGM notificato ed autorizzato, sulla base di nuove o ulteriori informazioni inerenti la valutazione del rischio ambientale o di nuove informazioni di carattere scientifico, sussistano rischi per la salute umana o per l'ambiente tali da doverne limitare temporaneamente o vietare l'uso o la vendita sul proprio territorio. È la Commissione, che, debitamente informata, è tenuta a deliberare a questo pro-

(22) Di cui all'art. 35 del regolamento (CE) n. 1829/2003.

(23) Ai sensi dell'art. 11 del regolamento (CE) n. 1829/2003.

(24) Di cui all'art. 28 del regolamento (CE) n. 1829/2003. Il registro è consultabile presso il sito [http://ec.europa.eu/comm/food/dyna/gm\\_register/index\\_en.cfm](http://ec.europa.eu/comm/food/dyna/gm_register/index_en.cfm).

(25) E. SIRSI, *Alimenti OGM*, cit. Per una panoramica sulla materia si vedano, inoltre, F. ADORNATO, *Biotechnologie, sicurezza alimentare e politiche agricole*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2006, 1; L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, 1; F. GIARÈ, *Informazione, comunicazione e partecipazione: il caso delle biotechnologie*, in *QA: la questione agraria*, 2004, 2; R. MANFRELOTI, *L'amministrazione comunitaria nel settore delle biotechnologie*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 6; N. KALAITZANDONAKES, *Another look at Biotech regulation*, in *Regulation*, 2004, XXVII, 1; S. POLI, *The overhaul of the European legislation on GMOs, genetically food and feed: mission accomplished. What now?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, 11.

(26) L'Allegato II della direttiva (CE) n. 2001/18 prevede che la valutazione del rischio ambientale debba essere fatta caso per caso, ossia che le informazioni siano fornite sullo specifico ambiente destinatario. Inoltre, tra gli effetti negativi derivanti dall'emissione deliberata in ambiente degli OGM sono considerati anche quei meccanismi quali le modificazioni nella gestione di pratiche agricole.

(27) Si tratta, peraltro, di principi applicabili anche agli OGM autorizzati

ai sensi del regolamento (CE) n. 1829/2003. A questo proposito, a parte quanto disposto dall'art. 5, par. 5, ultimo periodo del regolamento (CE) n. 1829/2003, ai sensi dell'art. 7, par. 8, del medesimo regolamento, le disposizioni contenute nelle parti A e D della direttiva (CE) n. 2001/18 agli OGM autorizzati ai sensi della parte C di detta direttiva si considerano applicabili anche agli OGM autorizzati ai sensi del regolamento.

(28) A questo proposito il riferimento principale, a livello comunitario, è la raccomandazione (CE) della Commissione 23 luglio 2003, n. 2003/556 recante orientamenti per lo sviluppo di strategie nazionali e migliori pratiche per garantire la coesistenza tra colture transgeniche, convenzionali e biologiche, pubblicata nella *G.U.U.E.* 29 luglio 2003, n. L 189. A livello interno, il riferimento è il d.l. 22 novembre 2004, n. 279, «Disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica», pubblicato nella *G.U.* 29 novembre 2004, n. 280, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 28 gennaio 2005, n. 5.

(29) Artt. 2, 8, 16 e 17, d.lgs. n. 224/2003.

(30) Pubblicata nella *G.U.U.E.* 29 luglio 2003, n. L 189.

(31) Pubblicato nella *G.U.* 29 novembre 2004, n. 280.

(32) Artt. 3, 4, 5, commi 3 e 4, 6, commi 1 e 2, 7 e 8. La sentenza della Corte costituzionale n. 116 del 2006, in questa Riv., 2007, 93, con nota di P. ALTIU; il provvedimento è reperibile anche presso [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Sul punto si veda M. POTO, *La Corte costituzionale riconosce alle Regioni la competenza a disciplinare le colture transgeniche: quando i piccoli passi possono considerarsi grandi salti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 10, 1646.

posito, secondo la procedura di regolamentazione di cui all'art. 30, par. 2. Ad oggi gli OGM autorizzati a livello europeo per la coltivazione risultano essere il mais MON 810 (decisione 98/294/CE) ed il mais T25 (decisione 98/293/CE) (33).

4. *L'iscrizione al catalogo comune.* Il rilascio di una autorizzazione ai sensi del regolamento (CE) n. 1829/2003 non pregiudica il disposto delle direttive (CE) nn. 2002/53 (34), 2002/55 (35) e 68/193 (36) (37). La legislazione europea sulle sementi prevede che le varietà geneticamente modificate siano iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole (38). In relazione a tale Catalogo, di cui alla direttiva (CE) n. 2002/53, si evidenzia come la Commissione europea provveda alla sua compilazione sulla base delle informazioni fornite dagli Stati membri (artt. 1 e 17) e come, a loro volta, gli Stati membri possano ammettere varietà GM, solo se preventivamente autorizzate ai sensi delle disposizioni vigenti (art. 4, par. 4 e 5). La pubblicazione indica chiaramente le varietà GM.

L'iscrizione nel Catalogo comune comporta che gli Stati membri vigilino affinché, con effetto a partire dalla data di pubblicazione, le sementi delle varietà ammesse non siano soggette ad alcuna restrizione di mercato per quanto concerne la varietà (art. 16). Infatti, ai sensi dell'art. 17, la Commissione iscrive nel Catalogo tutte le varietà le cui sementi e materiali di moltiplicazione non sono soggetti ad alcuna restrizione di commercializzazione per quanto concerne la varietà.

A riprova dell'importanza degli aspetti legati alle specificità ambientali dei diversi territori interessati dall'impiego di varietà GM e di quelli più strettamente agronomici e legati alla coesistenza, la direttiva (CE) n. 2002/53, prevede che uno Stato membro possa essere autorizzato (39), nel caso di varietà GM, a vietare l'impiego, in tutto o in parte del territorio, della varietà in questione o a prescrivere le condizioni appropriate di coltivazione della varietà qualora sia appurato che la sua coltivazione possa risultare dannosa dal punto di vista fitosanitario per la coltivazione di altre varietà o specie; e qualora, in base ad esami ufficiali in coltura, effettuati nello Stato membro richiedente, si sia constatato che la varietà non produce, in nessuna parte del territorio di tale Stato, risultati corrispondenti a quelli ottenuti con un'altra varietà comparabile ammessa nel territorio di detto Stato membro o se è notorio che la varietà, per natura e classe di maturità, non è atta ad essere coltivata in alcuna parte del territorio di detto Stato membro. La domanda è presentata entro la fine del terzo anno di calendario successivo a quello dell'ammissione. Tale autorizzazione può comprendere anche le condizioni di impiego dei prodotti

derivanti dalla sua coltivazione qualora sussistano valide ragioni per ritenere che la varietà presenti un rischio per la salute umana o l'ambiente (40).

Inoltre, se è accertato che la coltivazione di una varietà, iscritta nel Catalogo comune delle varietà, possa, in uno Stato membro, nuocere dal punto di vista fitosanitario alla coltivazione di altre varietà o specie, presentare un rischio per l'ambiente o per la salute umana, questi può essere autorizzato (41), nel caso di una varietà geneticamente modificata, a vietare in tutto o in parte del suo territorio la commercializzazione delle sementi o dei materiali di moltiplicazione di tale varietà. Si evidenzia, infine, come l'art. 24 della direttiva (CE) n. 2002/53, preveda che – a parte queste possibilità di deroga al principio della commercializzazione in tutto il mercato comune – restano salve le disposizioni delle legislazioni nazionali giustificate da motivi di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali o di protezione della proprietà industriale o commerciale.

Venendo alla disciplina nazionale sull'attività sementiera, la legge n. 1096/1971, nel regolare le condizioni per l'immissione in commercio, all'art. 12, dispone che i prodotti sementieri delle categorie di base e certificata (previste dall'art. 7), non possono essere venduti, posti in vendita o messi altrimenti in commercio se non appartenenti a varietà iscritte nei registri di varietà (di cui al successivo art. 19) oppure iscritte nel Catalogo comune europeo, nei limiti di operatività in esso indicati, e se non siano muniti di uno speciale cartellino ufficiale rilasciato dall'ente incaricato del controllo ed attestante che i prodotti stessi sono stati sottoposti, con esito favorevole, ai controlli prescritti. Nel disciplinare l'importazione prescrive, all'art. 16, comma 4, che è consentita la commercializzazione dei prodotti sementieri provenienti dagli Stati dell'Unione europea e commercializzati in detti Stati in conformità delle norme di attuazione da essi adottate di disposizioni, vincolanti o facoltative, previste dalle direttive comunitarie in materia, fatte salve le restrizioni previste dalle stesse direttive concernenti le caratteristiche, nonché le disposizioni relative all'esame, il contrassegno e la chiusura. In ordine al medesimo punto, la legge n. 195/1976, all'art. 6, prevede che le sementi di varietà iscritte nel Catalogo delle varietà di specie di ortaggi delle Comunità europee non sono soggette, con effetto a partire dalla pubblicazione dell'iscrizione medesima nella *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità europee, ad alcuna restrizione di commercializzazione per ciò che riguarda la varietà, fatto salvo quanto previsto dagli artt. 20 *bis* e 20 *ter* della legge n. 1096/1971, che recepiscono gli artt. 16 e 18 della direttiva (CE) n. 2002/53 (42).

5. *Ulteriori aspetti derivanti dall'applicazione della disciplina dell'attività sementiera alle sementi GM.* Il Consi-

(33) Si segnala che in data 2 marzo 2010 la Commissione europea ha approvato l'OGM Patata amflora per la coltivazione.

(34) Direttiva (CE) del Consiglio 13 giugno 2002, n. 2002/53, «relativa al catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole», pubblicato nella *G.U.U.E.* 20 luglio 2002, n. L 193.

(35) Direttiva (CE) del Consiglio 13 giugno 2002, n. 2002/55, «relativa alla commercializzazione delle sementi di ortaggi», pubblicata nella *G.U.U.E.* 2 luglio 2002, n. L 193.

(36) Direttiva (CEE) del Consiglio 9 aprile 1968, n. 68/193, «relativa alla commercializzazione dei materiali di moltiplicazione vegetativa della vite», pubblicata nella *G.U.U.E.* 17 aprile 1968, n. L 93.

(37) Art. 4, comma 7 del regolamento (CE) n. 1829/2003. Si veda, anche, il «considerando» n. 34.

(38) Commission européenne, *La politique européenne en matière de biotechnologie*, cit. Per una panoramica sulla politica europea in materia di biotecnologie, si veda, *Scienze della vita e biotecnologie, una strategia per l'Europa*, [Bruxelles, 2002, COM (2002) 27], in <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>. La Commissione europea pubblica relazioni periodiche sui progressi realizzati e sugli orientamenti per il futuro.

(39) Con la procedura di cui all'art. 23, par. 2, ovvero all'art. 23, par. 3, della direttiva (CE) n. 2002/53.

(40) Art. 16 della direttiva (CE) n. 2002/53.

(41) Su sua richiesta e secondo la procedura di cui all'art. 23, par. 2, ovvero all'art. 23, par. 3. Il riferimento è all'art. 18 della direttiva (CE) n. 2002/53. Inoltre, in caso di pericolo imminente di propagazione di organismi nocivi, di pericolo imminente per la salute umana o per l'ambiente, questo divieto può essere fissato dallo Stato membro interessato nella domanda depositata sin dal momento della decisione definitiva che dovrà essere presa entro tre mesi secondo la procedura di cui all'art. 23, par. 2, ovvero all'art. 23, par. 3, se si tratta di una varietà geneticamente modificata.

(42) Gli artt. 20 *bis* e 20 *ter*, della legge n. 1096/1971, rappresentano il recepimento delle disposizioni comunitarie di cui agli artt. 16 e 18 della direttiva (CE) n. 2002/53. Si vuole sottolineare come le disposizioni nazionali aggiungano, rispetto al testo comunitario, un riferimento espresso al rischio per la salute umana o per l'ambiente, *anche con riguardo alle eventuali conseguenze sui sistemi agrari tenuto conto delle peculiarità agro-ecologiche e pedoclimatiche* [art. 20 *bis*, comma 1, lett. *b*) e art. 20 *ter*, comma 1, lett. *c*].

glio di Stato, nella sentenza in commento, annulla i provvedimenti impugnati dal ricorrente, ossia la nota del MIPAAF (18 aprile 2007) con cui dichiarava di non poter procedere alla richiesta di autorizzazione alla messa in coltura nelle more dell'adozione dei piani di coesistenza regionali e la circolare del medesimo Ministero 31 marzo 2006, n. 269, che la nota ministeriale richiamava espressamente e che è stata emanata a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 116 del 2006. Si fa notare che questa circolare interpretava l'intero ciclo autorizzativo applicabile ad una semente GM, come comprensivo, non solo di quanto disposto dalla normativa comunitaria in materia di OGM e dal d.lgs. n. 212/2001, ma dell'intera disciplina sementiera (43), con particolare riguardo all'obbligo di inclusione di ogni singola varietà nel Registro nazionale – che deve essere valutata in un procedimento *caso per caso*, tenuto conto delle condizioni agro-ecologiche, ambientali e pedoclimatiche del territorio nazionale – prima della coltivazione. Tale onere esprimerebbe l'obbligo dello Stato, a fronte del principio di *purezza* delle sementi, di garantire che l'introduzione di colture transgeniche avvenga senza pregiudizio per le attività agricole preesistenti e senza comportare l'obbligo di modificare le normali tecniche di coltivazione e allevamento (secondo quanto disposto dall'art. 2, comma 2 *bis*, del decreto legge n. 279/2004, in materia di coesistenza). Inoltre, mediante tale autorizzazione, lo Stato eserciterebbe la sua competenza a garantire il rispetto degli *standard* pratici e vincolanti relativi alle contaminazioni da OGM. Nell'annullare questa circolare (*in toto* e non solo per la parte in cui essa subordinava la coltivazione delle sementi GM all'adozione dei piani regionali), però, il Consiglio di Stato non prende in considerazione tali contenuti, onde fornire una sua interpretazione nel merito.

A questo proposito, lungi dal voler fornire in questa sede una risposta in ordine alla operatività o meno di tale obbligo, si vogliono svolgere alcune riflessioni di carattere generale. Innanzitutto, l'art. 19 della legge n. 1096/1971, prevede che l'iscrizione al Registro possa essere chiesta dal costituente della varietà o dai suoi aventi causa, ed in mancanza di essi da un istituto od ente od altro soggetto operante in campo sementiero che offra la necessaria garanzia del mantenimento in purezza della varietà e che questa viene disposta con decreto del MIPAAF, sentito il parere di una apposita Commissione. Tale Commissione, ai fini dell'iscrizione, deve accertare che ogni varietà si *distingua* per uno o più caratteri importanti dalle altre varietà iscritte e che essa sia sufficientemente *omogenea* e *stabile* nei suoi caratteri essenziali e che abbia un *valore agronomico* e di *utilizzo soddisfacente*. La Commissione, nell'esprimere il parere sull'iscrizione di varietà geneticamente modificate nell'apposita sezione del Registro nazionale di cui all'art.

17, comma 3, del d.p.r. n. 1065/1973, si deve attenere al parere della Commissione per i prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate (prevista, dall'art. 1, del d.lgs. n. 212/2001, secondo quanto disposto dall'art. 17, comma 7, della legge n. 1096/1971). In relazione alle caratteristiche che una varietà deve avere per essere iscritta al Registro nazionale, si fa notare che ai sensi del d.p.r. n. 1065/1973, art. 16 *bis*, una varietà è *distinta* se, indipendentemente dall'origine – artificiale o naturale – della variazione iniziale da cui proviene, si distingue nettamente per uno o più caratteri importanti *da qualsiasi altra varietà nota* nella Comunità europea. Si considera *nota* nella Comunità europea qualsiasi varietà che al momento in cui la richiesta di iscrizione della varietà da giudicare è presentata nei debiti modi, figura nel *catalogo comune delle varietà delle specie di ortaggi* o nel *catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole* (44).

In conformità alle previsioni comunitarie, una varietà GM può essere iscritta al Registro nazionale solo se autorizzata conformemente alla normativa in materia di OGM ad essa applicabile (art. 17, commi 5 e 6, legge n. 1096/1971). Inoltre, l'art. 15, commi 8 e 9, del d.p.r. n. 1065/1973, prevede che una varietà geneticamente modificata possa essere iscritta nell'apposita sezione del Registro nazionale delle varietà di cui all'art. 17, previa verifica effettuata con le procedure di cui all'art. 19 della legge n. 1096/1971, che sia stata data attuazione a tutte le misure atte ad evitare effetti nocivi sulla salute umana, sull'ambiente e sul sistema agrario del Paese, derivanti dall'emissione deliberata nell'ambiente o dall'immissione sul mercato di tale varietà, previste dalla normativa comunitaria e nazionale; non comporti danni immediati o differiti per la produzione agricola tradizionale del Paese, non riduca irreversibilmente la biodiversità agricola e non comporti danni all'*habitat* naturale di animali e piante tipiche del paesaggio naturale o di aree protette, in conformità a quanto stabilito dalla Convenzione sulla diversità biologica (CBD) e dal Protocollo sulla biosicurezza di Cartagena; non comporti altri danni diretti o indiretti al sistema agrario che caratterizza il territorio di riferimento; risponda, per tutte le sue caratteristiche alle esigenze di tutela fissate nel principio di precauzione. Infine, l'art. 17 del d.p.r. n. 1065/1973, che istituisce un'apposita sezione del Registro dove riportare le varietà geneticamente modificate, prescrive che, accanto a ciascuna varietà, devono essere indicate la natura della modifica genetica, l'effetto prodotto dalla stessa, il numero e il tipo di geni che sono stati trasferiti, nonché il tipo di marcatori utilizzati per l'introduzione del o dei geni ed il numero del brevetto. Inoltre, chiunque commercializzi tali varietà deve indicare chiaramente nel proprio catalogo, o qualsiasi altro foglio informativo, che si tratta di varietà geneticamente modificata (45).

(43) Nella presente nota non sono forniti per esteso i riferimenti alle leggi che sono state precedentemente citate. Le fonti principali relative alla disciplina sementiera nell'ordinamento interno sono: la legge n. 1096/1971 e la legge n. 195/1976; il d.p.r. 8 ottobre 1973, n. 1065, «regolamento di esecuzione della l. 25 novembre 1971, n. 1096, concernente la disciplina della produzione e del commercio delle sementi», pubblicata nella *G.U.* 10 aprile 1974, n. 95 (suppl. ord.); il d.lgs. n. 212/2001, di attuazione delle direttive (CE) nn. 98/95 e 98/96, che, oltre ad introdurre disposizioni specifiche, come quelle di cui all'art. 1, modifica la legge n. 1096/1971 e la legge n. 195/1976; il d.p.r. 9 maggio 2001, n. 322, «regolamento recante modifiche al d.p.r. 8 ottobre 1973, n. 1065, in attuazione delle direttive (CE) nn. 98/95 e 98/96 concernenti la commercializzazione dei prodotti sementieri, il catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole e i relativi controlli», pubblicato nella *G.U.* 9 agosto 2001, n. 184; il d.lgs. 3 novembre 2003, n. 308, «attuazione delle direttive (CE) nn. 2002/53, 2002/54, 2002/55, 2002/56, 2002/57 e 2002/68 concernenti la commercializzazione dei prodotti sementieri e il catalogo delle varietà delle specie di piante agricole», che aggiorna e modifica la legge n. 1096/1971 e la legge n. 195/1976 ed il d.p.r. n. 1065/1973, pubblicato

nella *G.U.* 15 novembre 2003, n. 266.

(44) O, pur senza figurare in uno dei suddetti cataloghi, è iscritta o in corso di iscrizione in Italia o è iscritta in un altro Stato membro per la certificazione e la commercializzazione, o per la certificazione per altri Paesi, oppure per il controllo (limitatamente alle specie ortive) quali sementi *standard*, a meno che, prima della decisione in merito alla richiesta di iscrizione della varietà da giudicare non siano più soddisfatti in tutti gli Stati membri interessati i requisiti sopra indicati. Art. 16 *bis*, comma 3, d.p.r. n. 1065/1973.

(45) Tale disposizione prevede, inoltre, che nei locali adibiti alla vendita, all'ingrosso o al dettaglio, dei prodotti sementieri, o alla vendita promiscua di prodotti sementieri e di analoghi prodotti destinati ad altri usi, è vietato detenere e vendere prodotti sementieri di varietà geneticamente modificate, che non siano confezionati in involucri od imballaggi chiusi e debitamente etichettati ai sensi delle disposizioni vigenti. Detti prodotti sementieri devono, inoltre, essere sistemati in apposite scaffalature, o apposite sezioni o aree dei suddetti locali, che siano nettamente separate ed opportunamente distanziate dagli altri prodotti; in tali aree o scaffalature devono essere apposti, in maniera ben visibile, cartelli di dimensioni non inferiori a centimetri 15 per centimetri 30 recanti la dicitura: «Prodotti Geneticamente Modificati».

6. *Conclusioni.* L'analisi del quadro normativo consentente, in conclusione, di formulare ulteriori osservazioni.

Il procedimento di autorizzazione alla messa in coltura, che riunisce in concerto, il MIPAAF ed i Ministeri dell'ambiente e della salute, che, a loro volta, sono interessati, rispettivamente, dalla disciplina in materia di emissione deliberata in ambiente e da quella in materia di alimenti e mangimi GM, rappresenta un procedimento autonomo, tanto rispetto alla autorizzazione alla immissione in commercio di sementi GM, quanto alla loro iscrizione nel Catalogo comune. Ai contenuti di questo provvedimento non sono estranee valutazioni legate alla compatibilità tra le diverse colture ammesse (convenzionale, biologica, transgenica) e, dunque, il completamento del quadro di riferimento nazionale in materia di coesistenza, in particolare per quanto attiene ai piani regionali, si rivela astrattamente funzionale ad esso. L'esito di questo provvedimento non risulta a priori identificabile, in quanto è possibile attendersi tanto un diniego di autorizzazione alla messa in coltura, ad esempio, per motivi legati all'integrità delle coltivazioni tradizionali ed al rischio di danno biologico all'ambiente circostante, quanto l'imposizione di specifiche condizioni di coesistenza da rispettare nelle fasi di coltivazione.

Una semente GM autorizzata ai sensi del regolamento (CE) n. 1829/2003 è libera di circolare in tutta la Comunità europea e la sua iscrizione al Catalogo comune comporta il divieto di introduzione di ostacoli alla sua commercializzazione. Se è vero che in questo procedimento autorizzativo sono integrate le valutazioni ambientali previste dalla direttiva (CE) n. 2001/18, non si può negare che sussistono dubbi sulla minore partecipazione dei Paesi membri, trattandosi di una procedura maggiormente centralizzata rispetto a quella prevista in materia di emissione deliberata, cosa che risulta di particolare importanza per quanto riguarda le valutazioni sul singolo ambiente ospitante e sulla coesistenza. Questa affermazione risulta, inoltre, comprovata dalle numerose misure nazionali di divieto di commercializzazione di prodotti GM autorizzati, tanto invocando la clausola di salvaguardia, quanto i meccanismi previsti dalla direttiva (CE) n. 2002/53 (46). Indipendentemente dall'autorizzazione alla immissione in commercio e, nel nostro Paese, dall'esito dell'istruttoria relativa alla richiesta di autorizzazione alla messa in coltura, non sussiste alcun ostacolo, ove ne ricorrano i presupposti, all'opportunità di invocare la clausola di salvaguardia e/o gli altri strumenti messi a disposizione dal diritto comunitario. Da questo punto di vista risulta difficile inquadrare l'affermazione del Consiglio di Stato in ordine all'insussistenza degli ostacoli di ordine sanitario o ambientale che, ai sensi dell'art. 23 della direttiva (CE) n. 2001/18, giustificano un intervento precauzionale dello Stato membro, in quanto trattasi di varietà di mais GM iscritte nel Catalogo comune.

Riguardo all'interpretazione fornita dalla Circolare MIPAAF (annullata dal Consiglio di Stato) in materia di sussistenza dell'obbligo di iscrizione all'apposita sezione del Registro nazionale per le sementi GM prima della

loro coltivazione, permangono alcuni dubbi che sarebbe importante risolvere. In un senso affermativo, si potrebbe fare leva sulla specialità di tali norme, rispetto a quelle più generali. In tal modo, l'iscrizione si configurerebbe come un ulteriore livello di filtro (in aggiunta alla autorizzazione ordinaria ed a quella di messa in coltura, oltre ai vincoli derivanti dall'applicazione del principio di coesistenza) alla possibilità di coltivazione delle sementi GM, comprensivo degli aspetti legati all'integrità dei sistemi agrari ed alla coesistenza. Nel caso inverso, invece, data l'impossibilità di iscrivere varietà *note*, l'obbligo di iscrizione al Registro nazionale sussisterebbe solo nei casi in cui l'Italia sia il Paese che riceve la notifica, tanto ai sensi della direttiva (CE) n. 2001/18, che ai sensi del regolamento (CE) n. 1829/2003.

Inoltre, essendosi dimostrata la centralità delle valutazioni concernenti gli aspetti della specificità dell'ambiente ospite rispetto all'OGM immesso e quelli relativi al diritto degli agricoltori ad operare una libera scelta tra la produzione tradizionale, quella biologica e quella transgenica, che rilevano prima e dopo la concessione di un'autorizzazione alla immissione in commercio di OGM, l'incompletezza del quadro nazionale di riferimento – per la mancata adozione dei piani regionali di coesistenza – non può ritenersi irrilevante, dato che la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 116 del 2006, evidenzia la notevole differenziazione dei territori regionali dal punto di vista morfologico e produttivo.

Il Consiglio di Stato, invece, nel ricostruire il quadro normativo applicabile alla fattispecie, considera, in virtù dell'autorizzazione comunitaria (e dell'iscrizione al Catalogo comune), assolti esaustivamente gli aspetti legati alla tutela della salute e dell'ambiente e comunque garantiti, dalle previsioni comunitarie e nazionali, quelli legati alla coltivazione ed alla coesistenza, pur in assenza dei piani regionali (nonostante la Corte costituzionale, nella sentenza richiamata, metta in rilievo le profonde diversità che caratterizzano il territorio del nostro Paese). Si tratta, invece, di aspetti che non è possibile dare per scontati, ma che devono essere continuamente verificati, data l'incertezza scientifica che caratterizza la tematica delle tecnologie transgeniche.

Infine, in relazione a quanto espresso in motivazione dal ricorrente, il Consiglio di Stato, sembra ammettere, non eccedendola, la legittimità delle previsioni nazionali, rispetto all'ordinamento comunitario, che subordinano ad una specifica autorizzazione la coltivazione di varietà GM, già autorizzate a livello europeo.

Natalia Marzia Gusmerotti

\*

(46) Si vedano, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'attuazione del regolamento (CE) n. 1829/2003*, cit.; *Seconda relazione della Commissione al Consiglio e Parlamento europeo, relativa all'esperienza degli Stati membri riguardo agli OGM immessi sul mercato ai sensi della direttiva (CE) n. 2001/18 sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati*, Bruxelles, 5 marzo

2007 [COM (2007) 81 def.], in <http://eur-lex.europa.eu/it/index.htm>; decisione (CE) della Commissione 8 maggio 2006, n. 2006/338, «che autorizza la Repubblica di Polonia a vietare sul proprio territorio l'impiego di alcune varietà iscritte nel Catalogo comune», in *G.U.C.E.* 12 maggio 2006, n. L 125. Per l'invocazione della clausola di salvaguardia, si veda il sito [https://ec.europa.eu/environment/biotechnology/safeguards\\_clauses.htm](https://ec.europa.eu/environment/biotechnology/safeguards_clauses.htm).

T.A.R. Toscana, Sez. II - 17-9-2009, n. 1448 - Nicolosi, pres.; Grauso, est. - Immobiliare S. Quirico S.r.l. (avv.ti Camero e Del Seppia) c. Comune di Lucca (avv.ti Picone e Papanicolau).

**Sanità pubblica - Rifiuti - Abbandono di rifiuti - Art. 14, d.lgs. n. 22/97 e art. 192, d.lgs. n. 152/2006 - Proprietario dell'area - Imputabilità dell'abbandono a titolo di dolo o colpa.** (D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 14; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 192)

*In tema di abbandono di rifiuti, i principi stabiliti dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alla misura prevista dall'art. 14 del d.lgs. n. 22/97 - secondo cui il proprietario di un'area era tenuto a provvedere allo smaltimento, ma solo a condizione che ne fosse dimostrata la corresponsabilità almeno a titolo di colpa con gli autori dell'illecito, escludendo che la norma configurasse un'ipotesi legale di responsabilità oggettiva ed affermando l'illegittimità degli ordini di smaltimento di rifiuti indiscriminatamente rivolti al proprietario di un fondo in mancanza di adeguata dimostrazione, da parte dell'amministrazione procedente, dell'imputabilità soggettiva della condotta, sulla base di un'istruttoria completa e di un'esauriente motivazione -, si traggono oggi dalla previsione di cui all'art. 192 del d.lgs. n. 152/06, che non soltanto riproduce il tenore dell'art. 14 cit. circa la necessaria imputabilità dell'abbandono a titolo di dolo o colpa, ma integra il precedente precetto, precisando che l'ordine di rimozione può essere adottato esclusivamente in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo (1).*

(Omissis)

1. La controversia ha per oggetto il provvedimento dirigenziale in epigrafe, in forza del quale il Comune di Lucca - verificato che i lavori di costruzione di alcune unità immobiliari, in corso su tre distinti lotti di terreno presso la frazione di Monte S. Quirico, avevano alterato l'originaria morfologia dell'area mediante l'apporto di terre, rocce e materiali di risulta di varia natura, a formare una ripida scarpata - ha ordinato alla odierna ricorrente, proprietaria di uno dei lotti interessati dai lavori, di procedere al ripristino dello stato dei luoghi, previa rimozione e smaltimento dei materiali estranei, nonché di verificare il superamento della concentrazione soglia di contaminazione (CSC) nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee.

2. Con il primo motivo di gravame, l'illegittimità del provvedimento impugnato è dedotta sotto il profilo dell'incompetenza, sostenendosi che si tratti dell'esercizio di poteri espressamente riservati al sindaco dall'art. 192, d.lgs. n. 152/06. La censura deve tuttavia considerarsi superata in virtù del sopravvenuto provvedimento sindacale in data 19 giugno 2007, adottato ai sensi dell'art. 6 della legge n. 249/68, la cui efficacia sanante opera retroattivamente e, notoriamente, non è preclusa dalla pendenza dell'impugnativa giurisdizionale dell'atto viziato da incompetenza (fra le molte, cfr. Cons. Stato, Sez. IV 31 maggio 2007, n. 2894).

(Omissis)

3. Con il quarto motivo, la società ricorrente lamenta che il provvedimento impugnato non conterrebbe alcun accertamento di responsabilità a suo carico, e che il Comune si sarebbe limitato ad emanare l'ordine di smaltimento dei rifiuti e ripristino dei luoghi sulla scorta dell'unico presupposto della proprietà dell'area, senza effettuare indagini dirette ad individuare il soggetto responsabile dell'abbandono dei rifiuti. Con il quinto motivo, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione, è quindi denunciata la violazione dell'art. 192, comma 3, d.lgs. n. 152/06, per non essere stati gli accertamenti del Comune svolti in contraddittorio con l'interessata Immobiliare S. Quirico S.r.l.

3.1. Tali censure sono fondate.

In tema di abbandono di rifiuti, la giurisprudenza amministrativa, già con riferimento alla misura prevista dall'art. 14 del d.lgs. n. 22/97, riteneva che il proprietario dell'area fosse tenuto a provvedere allo smaltimento, ma solo a condizione che ne fosse dimo-

strata la corresponsabilità almeno a titolo di colpa con gli autori dell'illecito, ed aveva conseguentemente escluso che la norma configurasse un'ipotesi legale di responsabilità oggettiva, affermando l'illegittimità degli ordini di smaltimento di rifiuti indiscriminatamente rivolti al proprietario di un fondo in mancanza di adeguata dimostrazione, da parte dell'amministrazione procedente, dell'imputabilità soggettiva della condotta, sulla base di un'istruttoria completa e di un'esauriente motivazione.

I medesimi principi si traggono oggi dalla previsione di cui all'art. 192 del d.lgs. n. 152/06, che non soltanto riproduce il tenore dell'art. 14 cit. circa la necessaria imputabilità dell'abbandono a titolo di dolo o colpa, ma integra il precedente precetto, precisando che l'ordine di rimozione può essere adottato esclusivamente «in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo» (cfr. Cons. Stato, Sez. V 25 agosto 2008, n. 4061). Tanto premesso, la motivazione dell'ordinanza di cui è causa non contiene alcun elemento dal quale inferire concreti profili di responsabilità della società ricorrente in ordine alla commissione delle condotte sanzionate con l'ordine di ripristino, posto che dalla semplice titolarità del diritto dominicale sull'area interessata non può farsi discendere, lo si è detto, alcuna legittima presunzione in tal senso; né, per altro verso, risulta dagli atti che la stessa ricorrente sia stata in qualche modo coinvolta nell'effettuazione dei controlli e delle indagini culminate nell'adozione dell'ordine di ripristino, dovendosi quindi concludere che, anche per gli aspetti appena esaminati, l'atto impugnato incorre nei vizi allegati.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono, possono ritenersi assorbite le censure svolte dalla ricorrente con il sesto ed il settimo motivo di ricorso, inerenti, rispettivamente, alla incompletezza della comunicazione di avvio del procedimento relativa all'ordine di demolizione, ed all'assenza di alcuna comunicazione di avvio riferibile all'ordine di effettuare le verifiche delle CSC. La riconosciuta fondatezza dell'impugnativa, ancorché parziale, conduce all'accoglimento del ricorso, salve le ulteriori determinazioni che il Comune resistente riterrà di adottare.

(Omissis)

(1) L'ORDINE DI RIMOZIONE DEI RIFIUTI E LA RESPONSABILITÀ DEL PROPRIETARIO.

La decisione in commento si incentra sul problema della responsabilità del proprietario del terreno dove insistono rifiuti abbandonati e sulla necessaria dimostrazione, da parte dell'amministrazione procedente, dell'imputabilità dell'abbandono a titolo di dolo o colpa (art. 14, d.lgs. 15 febbraio 1997, n. 22, «decreto Ronchi», ora riprodotto nell'art. 192, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, T.U. ambiente).

Il giudizio trae origine dall'emanazione del provvedimento comunale con cui si ordinava la rimozione e lo smaltimento di rocce, di terre e di materiali di risulta provenienti da demolizioni edilizie, rinvenuti sul terreno di proprietà della società ricorrente, a seguito di sopralluogo della Polizia provinciale nonché il ripristino dello stato dei luoghi e la verifica del superamento della concentrazione soglia di contaminazione nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee.

Il T.A.R. ha ritenuto illegittima l'ordinanza impugnata, sia perché non conteneva alcun accertamento di responsabilità della società ricorrente relativo all'abbandono dei rifiuti, sia in ragione dell'omesso svolgimento degli accertamenti del Comune in contraddittorio con la parte interessata.

Difatti, ai sensi dell'art. 192, comma 3, d.lgs. 152/2006 il sindaco (1) può emettere un'ordinanza affinché siano

(1) Sebbene il decreto legislativo sia del 2006 nella previsione normativa si fa ancora erroneamente riferimento al sindaco, competenza ora attribuita al dirigente ovvero al responsabile del servizio. Tuttavia tale potere

potrebbe permanere nella sfera di attribuzione del sindaco qualora, trattandosi di piccoli Comuni, siano state conferite a livello di P.E.G. competenze gestionali.



rimossi i rifiuti abbandonati, depositati in maniera irregolare o immessi nelle acque superficiali e sotterranee e sia ripristinato lo stato dei luoghi.

Il presupposto per l'esercizio del potere di ordinanza di rimozione è l'abbandono o il deposito incontrollato di rifiuti, sul suolo o nel suolo ovvero la loro immissione nelle acque superficiali o sotterranee.

La fattispecie dell'abbandono si configura, dunque, ogni qual volta vengono rinvenuti accumuli di rifiuti in aree pubbliche o private, costituiti da beni, oggetti che sono in un evidente «stato di abbandono» ovvero lasciati con incuria e al degrado; si tratta spesso di beni di uso domestico o di altra provenienza urbana, ma a volte anche di rifiuti speciali provenienti da lavorazioni artigianali o industriali, con un elevato tasso di inquinamento, come nel caso di fanghi o rifiuti pericolosi liquidi, con una facile assimilazione da parte del terreno e relativo inquinamento delle falde acquifere.

Ciò avviene – come si evince dai primi due commi dell'art. 192 cit. – in tutti i casi in cui il detentore, lasciando il rifiuto sul suolo o nel suolo od immettendolo nelle acque superficiali o sotterranee, mostri una *voluntas derelinquendi*, ossia manifesti il proprio definitivo ed assoluto disinteresse circa le sorti del rifiuto.

Si deve sottolineare l'elemento dell'occasionalità dell'evento. Infatti, perché possa restare nella fattispecie di «abbandono» e non di «discarica» (2) è necessario che l'abbandono sia occasionale, non ripetuto sistematicamente al fine di generare un deposito permanente, definitivo ed incontrollato, ovvero una discarica con il conseguente degrado ed inquinamento dell'ambiente.

Lievemente dissimile è il concetto di deposito incontrollato, che ricorre allorché: il detentore del rifiuto intende rimanere tale (contrariamente a quanto avviene nell'abbandono); non vengono rispettate le condizioni fissate dall'art. 6, lett. m) del d.lgs. 22/97 [norma ora riprodotta dall'art. 183, lett. m) del T.U. ambiente] per il deposito temporaneo (per cui è configurabile, dal punto di vista normativo, un vero e proprio stoccaggio); lo stoccaggio dei rifiuti avviene alla rinfusa, in modo disordinato, senza controllo da parte del detentore, come se i rifiuti giacessero in stato di abbandono.

Ulteriore presupposto oggettivo per l'esercizio del potere di ordinanza di cui all'art. 192, comma 3, decreto legislativo citato, è la rimovibilità del rifiuto.

Qualora il rifiuto, a causa della propria consistenza o per l'effetto del tempo, non possa più essere separato dal suolo o dall'acqua, ferma restando l'applicabilità della sanzione amministrativa o penale prevista per l'abbandono o per il deposito incontrollato (artt. 255 e 256 T.U. ambiente), il ripristino ambientale dell'area risulta sottoposto (anche) alla procedura di bonifica dei siti contaminati, previa verifica del superamento della concentrazione soglia di contaminazione nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d'uso dei siti, di cui all'allegato 5, parte IV, del d.lgs. 152/2006.

L'obbligo di rimozione e di ripristino dello stato dei luoghi cade sull'autore materiale dell'abbandono (o dell'immissione) in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, purché a questi ultimi la violazione possa essere imputata a titolo di dolo o colpa, sulla base di accertamenti realizzati in contraddittorio con i soggetti interessati.

Pertanto, per poter indirizzare l'ordinanza di rimozione nei confronti del proprietario dell'area non è sufficiente dimostrare la relazione giuridica con l'immobile, ma è necessario altresì accertare la messa in essere di comportamenti qualificabili in termini di dolo o di colpa.

Il tema della responsabilità del proprietario del terreno su cui vengono abbandonati i rifiuti è stato largamente discusso in dottrina (3) e giurisprudenza.

Secondo l'orientamento prevalente (4) il proprietario può essere considerato responsabile dell'abbandono qualora sia dimostrata almeno la corresponsabilità con gli autori dell'illecito, per aver posto in essere un comportamento, omissivo o commissivo, a titolo doloso o colposo (5).

Vi è, poi, un altro orientamento, che fa discendere automaticamente la responsabilità del proprietario dall'accertamento di una sua inerzia, per lo più rappresentata dall'omessa vigilanza del fondo e/o dall'omessa segnalazione all'autorità della presenza dei rifiuti. In particolare, secondo questo filone giurisprudenziale, si è giunti a sostenere la colpevolezza del proprietario, individuando, in capo al medesimo, un dovere di diligenza consistente nello svolgimento di un'adeguata attività di controllo sul proprio fondo, sia mediante interventi preventivi (apposizione di cartelli atti a rendere nota la proprietà privata e a vietarne l'accesso con il relativo divieto di abbandono di rifiuti o installazione di apposite recinzioni), sia

(2) L'art. 2, lett. g) del d.lgs. 13 gennaio 2003, n. 36 definisce il concetto di discarica: «area adibita a smaltimento dei rifiuti mediante operazioni di deposito sul suolo o nel suolo, compresa la zona interna al luogo di produzione dei rifiuti adibita allo smaltimento dei medesimi da parte del produttore degli stessi, nonché qualsiasi area ove i rifiuti sono sottoposti a deposito temporaneo per più di un anno. Sono elusi da tale definizione gli impianti in cui i rifiuti sono scaricati al fine di essere preparati per il successivo trasporto in un impianto di recupero, trattamento o smaltimento, e lo stoccaggio di rifiuti in attesa di recupero o trattamento per un periodo inferiore a tre anni come norma generale, o lo stoccaggio di rifiuti in attesa di smaltimento per un periodo inferiore ad un anno». Sulla definizione di discarica si segnalano delle pronunce della Cass. Sez. III Pen. 22 settembre 2005, n. 33789, Bedini, rv. 232.480 e Cass. Sez. III Pen. 1° febbraio 2006, n. 3932, D.L.R., in <http://pluris-cedam.utegiuridica.it>: «La realizzazione di una discarica può effettuarsi attraverso il vero e proprio allestimento a discarica di un'area, con il compimento di opere occorrenti a tal fine quali lo spianamento del terreno, l'apertura dei relativi accessi, la recinzione, etc. ma anche attraverso il ripetitivo accumulo, nello stesso luogo, di sostanze oggettivamente destinate all'abbandono, con trasformazione, sia pur tendenziale del sito, degradato dalla presenza di rifiuti».

(3) In merito si veda L. BUTTI e F. PERES, *Abbandono illecito di rifiuti sul terreno: quali conseguenze per il proprietario?*, in *Ambiente&Sicurezza*, 2008, n. 13, 25 e ss; L. PRATI, *La responsabilità del proprietario per la bonifica dei siti inquinati nell'art. 17 del d.lgs. n. 22/1997 e nel d.m. n. 471/1999*, in *Riv. giur. amb.*, 2000, 684 e ss.

(4) Tesi avvalorata dalla locuzione «in base agli accertamenti effettuati» inserita nell'art. 192, d.lgs. 152/2006, che mancava nell'art. 14, d.lgs. 22/1997.

(5) Cons. Stato, parere 7 novembre 2007, n. 2231, in [www.ediliziaurbana-nistica.it](http://www.ediliziaurbana-nistica.it): «La responsabilità del proprietario o del possessore o del detentore sorge, infatti, esclusivamente in quanto gli stessi possano ritenersi obbligati: tale responsabilità sussiste solo in presenza di un obbligo giuridico di impedire la realizzazione o il mantenimento dell'evento lesivo (...). Siffatto obbligo non può che essere desunto da un comportamento colposo o doloso, anche omissivo, di compartecipazione o di tolleranza, con la conseguente corresponsabilità con l'autore dell'abbandono illecito di rifiuti. Pertanto, il detto ordine presuppone l'accertamento della responsabilità da illecito in capo al destinatario, dovendosi escludere la sussistenza dell'obbligo di smaltimento a carico del proprietario incolpevole, che sia ritenuto responsabile sulla base di un principio presuntivo di responsabilità aquiliana c.d. oggettiva analogo a quello di cui agli art. 2048-2053 c.c. (...). In particolare deve dimostrarsi che, in concreto, da parte degli interessati vi sia stato un comportamento quantomeno colposo, da valutare alla stregua degli ordinari criteri di imputazione, senza, cioè, l'imposizione di una soglia di diligenza superiore all'ordinario ovvero l'imposizione di un dovere di vigilanza attiva di difficile praticabilità, come nel caso, ad esempio, di un fondo aperto che, per la sua attitudine produttiva e la sua ubicazione appartata, si palesa particolarmente esposto». Sul punto si veda T.A.R. Campania - Salerno, Sez. II 14 luglio 2006, n. 1061 e T.A.R. Campania - Napoli, Sez. V 7 giugno 2007, n. 6011, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Nella giurisprudenza penale sono conformi a tale orientamento: Cass. Sez. III Pen. 12 marzo 2007, n. 10484, Marinelli, in [www.ambiente-diritto.it](http://www.ambiente-diritto.it); Cass. Sez. III Pen. 22 giugno 2007, n. 24724, Grispo, in questa Riv., 2008, 430; Cass. Sez. III Pen. 6 luglio 2006, n. 23489, Marini, rv. 234.484; Cass. Sez. III Pen. 10 luglio 2002, n. 31003, Viti, rv. 222.421; Cass. Sez. III Pen. 23 maggio 2001, n. 20930, Morizio, rv. 219.012.

di interventi successivi consistenti nella denuncia alle autorità competenti dell'abbandono riscontrato.

Tale ricostruzione non appare, tuttavia, condivisibile in quanto non esiste alcuna disposizione che, ad esempio, imponga esplicitamente al proprietario di un terreno di procedere alla sua recinzione o, comunque, di attuare, al fine di impedire l'inquinamento, forme di custodia e/o vigilanza attiva. Neppure è sostenibile che al diritto di proprietà si accompagni anche un dovere di custodia tale da imporre al soggetto l'obbligo giuridicamente rilevante di impedire la commissione (sull'area oggetto del diritto di proprietà) di illeciti da parte di terzi estranei (6).

L'indirizzo criticato, più recentemente, è stato contraddetto anche da alcune decisioni (7) secondo cui il proprietario del terreno è stato ritenuto concorrente nella gestione di una discarica quando, essendo consapevole dell'attività di scarico svolta da altri, non si attivi con segnalazioni, denunce all'autorità, installazione di una recinzione ecc. per evitare che vengano abbandonati i rifiuti (8).

Diversamente, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza (9), la responsabilità del proprietario sorge quando con il proprio comportamento (attivo od omissivo, doloso o colposo) sia stato complice dell'illecito. Al contrario, se il proprietario sia ignaro dell'illecito abbandono dei rifiuti sul terreno di sua proprietà, ma anche qualora ne sia a conoscenza e non si adoperi per impedirlo, non si può in alcun modo ascrivergli alcuna responsabilità, in mancanza di una norma che prevede per tale soggetto l'obbligo di attivarsi per impedire l'evento. La responsabilità discende infatti dalla realizzazione di un'azione tipica, e non dalla mera circostanza di essere proprietario del sito sul quale sono stati abbandonati i rifiuti (10).

Di conseguenza, l'ordine di smaltimento rifiuti abbandonati non può essere indiscriminatamente rivolto al proprietario (o al soggetto che abbia la disponibilità perché titolare di diritti reali o personali di godimento) per tale sua qualità; affinché detto obbligo scatti è indispensabile la preventiva determinazione della responsabilità o correspon-

sabilità del proprietario e, a tal fine, è necessario che la P.A. espleti gli opportuni accertamenti del caso, per non cadere in una sorta di «responsabilità oggettiva» (11).

In molti casi, la difficoltà di risalire ai responsabili effettivi dell'abbandono ha portato i sindaci (o i dirigenti ovvero il responsabile del servizio delegato) ad applicare la disposizione coinvolgendo direttamente i proprietari nei costi della rimozione dei rifiuti abbandonati e nel ripristino dello stato dei luoghi, come se la responsabilità di tali soggetti fosse di natura oggettiva.

Sul punto l'orientamento prevalente della giurisprudenza ha ribadito che sussiste questa responsabilità solidale gravante sui proprietari dell'area e sui titolari di diritti di godimento reali e personali qualora risulti provato il coinvolgimento di tali soggetti nell'abbandono dei rifiuti a titolo di dolo o di colpa (12).

Pertanto, l'onere della prova grava sempre sull'amministrazione procedente, compito non semplice soprattutto quando si deve provare la colpa del proprietario (13) o del titolare del diritto di godimento sull'area in cui è intervenuto l'abbandono dei rifiuti.

Ferma restando la prova dell'elemento psicologico, l'art. 192 del d.lgs. 152/2006 prevede che la stessa avvenga in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo.

Nella sentenza in commento, il T.A.R. si è allineato alla costante giurisprudenza per quanto riguarda il presupposto del dolo e della colpa necessario all'adozione di una legittima ordinanza di rimozione dei rifiuti. Nella specie, il Comune ha emanato la suddetta ordinanza sulla base del riferimento alla titolarità del diritto dominicale sull'area interessata, omettendo la comunicazione di avvio del procedimento e senza né pure aver coinvolto in alcun modo la società ricorrente nei controlli e nelle indagini.

A sostegno della decisione presa, il T.A.R. ha richiamato una pronuncia del Consiglio di Stato (14), che affronta la legittimità di un ordine di rimozione di rifiuti abbandonati, emesso

(6) Nei primi anni novanta, la Corte suprema, ad esempio Cass. Sez. III Pen. 18 dicembre 1991, Sacchetto, in *Riv. pen.*, 1993, 197, aveva stabilito che un comportamento omissivo acquista il connotato dell'antigiuridicità solamente in funzione di una norma che imponga al soggetto di attivarsi per impedire l'evento naturalistico di lesione dell'interesse tutelato.

(7) Cass. Sez. III Pen. 12 marzo 2007, n. 10484, cit.

(8) In tema si veda V. PAONE, *Corte di giustizia e Corte di cassazione (sentenza 9 ottobre 2007): i fatti ed il diritto in tema discariche*, in *Ambiente&Sviluppo*, 2008, 41 ss.

(9) La Corte di cassazione ha ripetutamente affermato che la responsabilità del proprietario dell'area sussiste solo qualora il proprietario abbia moralmente o materialmente concorso con colui che ha proceduto all'abbandono dei rifiuti; in tal caso, infatti, è configurabile una sua responsabilità in concorso con quest'ultimo (Cass. Sez. III Pen. 22 giugno 2007, n. 24724, cit.; Cass. Sez. III Pen. 9 gennaio 2007, n. 137, Immobiliare Green, in *Ragiusan*, 2008, 287-288; Cass. Sez. III Pen. 9 ottobre 2007, n. 39641, B.G., in *www.leggiditaliaprofessionale.it*).

(10) Lo stesso orientamento è stato seguito dal Consiglio di Stato (sentenza 4 marzo 2008, n. 807, in *Giur. it.*, 2008, n. 7, 1791) che ha ritenuto anch'esso dirimente il ricorso al principio della tipicità dell'azione illecita, affermando che la norma «è puntuale nel prescrivere il dolo o la colpa del responsabile dell'abuso, elemento che non può rinvenirsi nella mera conoscenza di un fatto in cui altri siano i responsabili».

(11) Tal responsabilità, riportata nell'alveo di un regime ancorato alla responsabilità per colpa, si armonizza con la responsabilità da danno ambientale connessa alla violazione di norme a tutela dell'ambiente o di provvedimenti emanati in attuazione di tali norme, nonché con il principio comunitario «chi inquina paga» (ALPA, *Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 7-8; AMATO, *Le azioni delle associazioni nei giudizi di danno ambientale*, in questa *Riv.*, 1995, 334).

(12) *Ex multis* si veda Cons. Stato, Sez. V 19 marzo 2009, n. 1612, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 995; T.A.R. Campania 9 giugno 2009, n. 3159; T.A.R. Emilia-Romagna - Bologna, Sez. II 22 gennaio 2008, n. 78; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV 27 dicembre 2007, n. 6809, tutte reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(13) Sul punto si veda Cons. Stato, Sez. V 8 marzo 2005, n. 935, in questa *Riv.*, 2006, 334 e Cons. Stato, Sez. V 8 febbraio 2005, n. 323, in *Foro amm. C.D.S.*, 2005, 429, le quali non solo affermano illegittima l'ordinanza adottata ai sensi dell'art. 14, comma 2, del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, con la quale il sindaco di un Comune intima al proprietario di un'area di rimuovere i rifiuti abbandonati, senza che sia stata fornita alcuna dimostrazione che l'abbandono dei rifiuti era ascrivibile a colpa di quest'ultimo, ma precisano altresì i criteri per mezzo dei quali è possibile configurare la colpa: «Ai fini della configurazione del comportamento colposo indicato dall'art. 14 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, che costituisce presupposto della responsabilità solidale del proprietario o del titolare di altro diritto reale o personale di godimento con l'autore dell'abbandono, non è invocabile la disciplina prevista dall'art. 2051 (responsabilità per danno cagionato da cose in custodia), atteso che quest'ultima disciplina non è affatto espressione di un principio di carattere generale dell'ordinamento né da essa può inferirsi siffatto principio di generale applicazione».

(14) Cons. Stato, Sez. V 25 agosto 2008, n. 4061, in *Foro amm. C.D.S.*, 2008, 2101, stabilisce che «l'art. 192, comma 3, del d.lgs. n. 152/2006, (...) è norma speciale sopravvenuta rispetto all'art. 107, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000; essa «attribuisce espressamente al sindaco la competenza a disporre con ordinanza le operazioni necessarie alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti previste dal comma 2; inoltre «tale previsione, sulla base degli ordinari criteri preposti alla soluzione delle antinomie normative (criterio della specialità e criterio cronologico), prevale sul disposto dell'art. 107, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000». Afferma inoltre che, «invero, in tema di abbandono di rifiuti, la giurisprudenza amministrativa, già con riferimento alla misura reintegratoria prevista e disciplinata dall'art. 14 del d.lgs. n. 22/1997 (c.d. «decreto Ronchi»), statui che il proprietario dell'area fosse tenuto a provvedere allo smaltimento solo a condizione che ne fosse dimostrata almeno la corresponsabilità con gli autori dell'illecito abbandono di rifiuti, per aver posto in essere un comportamento, omissivo o commissivo, a titolo doloso o colposo (...), escludendo conseguentemente che la norma configurasse un'ipotesi legale di responsabilità oggettiva (viepiù, per fatto altrui); (...) in particolare, fu affermata l'illegittimità degli ordini di smaltimento di rifiuti indiscriminatamente rivolti al proprietario di un fondo in ragione della sua sola qualità, ma in mancanza di adeguata dimostrazione da parte dell'amministrazione procedente, sulla base di un'istruttoria completa e di un'esau-

indiscriminatamente nei confronti dei proprietari, in assenza di un'istruttoria completa e di un'esauriente motivazione.

Il G.A. ha ritenuto illegittimo il provvedimento con cui il Comune, in applicazione dell'art. 192 del d.lgs. 152/2006, ha ordinato la rimozione di rifiuti abbandonati in un'area privata, in ragione della sola qualità di proprietari.

Infatti, la disposizione *de qua* risulta puntuale nel prescrivere, quale presupposto necessario per l'adozione di una legittima ordinanza di rimozione di rifiuti, il dolo o la colpa del responsabile dell'abuso, elemento che non può certo rinvenirsi sulla base della sola titolarità del diritto dominicale.

Il Consiglio di Stato nella decisione precedentemente segnalata ha osservato che l'art. 192 cit. non soltanto riproduce il tenore dell'abrogato art. 14 del d.lgs. 22/1997, con riferimento alla necessaria imputabilità a titolo di dolo o di colpa ma, in più, integra il precedente precetto, precisando che l'ordine di rimozione può essere adottato esclusivamente in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo. In questo modo, anche secondo il Consiglio di Stato, il legislatore delegato ha voluto tutelare e favorire le esigenze di un'effettiva partecipazione dei potenziali destinatari del provvedimento ablatorio personale allo specifico procedimento; sì che la preventiva comunicazione dell'avvio del procedimento costituisce un adempimento indispensabile per un'effettiva instaurazione di un contraddittorio procedimentale con gli interessati.

Sul punto affermato ulteriori decisioni hanno, ancora, confermato che sussiste l'obbligo di comunicare all'interessato l'avvio del procedimento diretto alla rimozione ed allo smaltimento dei rifiuti abbandonati sul suolo, al fine di consentire, *inter alia*, di instaurare correttamente il contraddittorio con il possibile destinatario dell'ordinanza (15). Difatti, l'ordinanza di rimozione di cui all'art. 192, comma 3, non è qualificabile come ordinanza contingibile ed urgente, comportando, sul piano procedurale, la necessità di comunicare ai destinatari della medesima l'avvio del procedimento amministrativo.

Come noto, ai sensi degli artt. 7 e 8 della legge 241/90, l'avvio del procedimento deve essere comunicato ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire nonché ai soggetti cui possa derivare un pregiudizio dall'adozione del provvedimento finale. Quindi, solo dopo aver assolto tale incombenza e conclusa un'accurata indagine istruttoria il Comune può legittimamente procedere alla diffida contenente l'ordine secondo i dettami previsti al comma 3, dell'art. 192 del Codice dell'ambiente, salvo che sia in grado di documentare un'urgenza qualificata.

Per le ragioni esposte l'ordinanza sindacale, nel caso di specie, non poteva essere legittima perché è stata adottata in mancanza delle garanzie procedurali menzionate nel comma 3 dell'art. 192 del d.lgs. 152/2006.

*Francesca Paola Amoruso*

riente motivazione (quand'anche fondata su ragionevoli presunzioni o su condivisibili massime d'esperienza), dell'imputabilità soggettiva della condotta; (...) i suddetti principi a *fortiori* si tagliano anche al disposto dell'art. 192 del d.lgs. n. 152/2006, dal momento che tale articolo, non soltanto riproduce il tenore dell'abrogato art. 14 sopra citato, con riferimento alla necessaria imputabilità a titolo di dolo o colpa, ma in più integra il precedente precetto precisando che l'ordine di rimozione può essere adottato esclusivamente "in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo"; (...) il legislatore delegato ha in questo modo inteso rafforzare e promuovere le esigenze di un'effettiva partecipazione dei potenziali destinatari del provvedimento ablatorio personale allo specifico procedimento; (...) pertanto, la preventiva, formale comunicazione dell'avvio del procedimento si configura attualmente come un adempimento indispensabile al fine dell'effettiva instaurazione di un contraddittorio procedimentale con gli interessati.

(15) Si veda T.A.R. Friuli-Venezia Giulia 1° settembre 2005, n. 750 e T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. I 7 febbraio 2008, n. 375, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Comm. trib. prov. Reggio Emilia, Sez. I - 9-12-2009 - Crotti, pres.; Tosi, est. - Nizzoli (avv. Fornili).

**Imposte e tasse - Tributi locali - Imposta comunale sugli immobili (ICI) - Fabbricati rurali - Accertamento dei requisiti di ruralità - Qualifica - Destinazione - Riconoscimento della mancanza del presupposto per l'applicazione dell'imposta.** (D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 2, comma 1; d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, artt. 3 e 3-bis; d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, art. 42-bis; d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, art. 23, comma 1-bis)

*Fin dalla introduzione dell'imposta ICI, vale la regola secondo la quale non costituisce presupposto dell'imposta il fabbricato che, indipendentemente dalla sua iscrizione nel catasto fabbricati, è rurale se ed in quanto in linea con i requisiti elencati nella legge (1).*

*(Omissis)*

Per le diverse problematiche connesse all'argomento appare opportuno procedere in via preliminare alla disamina della normativa afferente.

I requisiti per il riconoscimento della ruralità dei fabbricati sono indicati nei commi 3 e 3-bis, dell'art. 9 del d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, convertito dalla legge n. 133/1994, e modificato dall'art. 2 del d.p.r. n. 139/1998.

In base a dette norme i fabbricati rurali sono distinti tra quelli ad uso abitativo e quelli strumentali all'attività agricola. Per i fabbricati rurali destinati ad edilizia abitativa, affinché venga riconosciuta la qualifica di ruralità, occorre che siano rispettati contemporaneamente tutti i requisiti indicati nelle lett. da *a*) ad *e*) del comma 3. È sufficiente la mancanza di uno solo di tali requisiti a far perdere ai fabbricati la caratteristica di ruralità.

L'intervento del decreto fiscale collegato alla legge finanziaria 2008, d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 novembre 2007, n. 222, all'art. 42-bis modifica il comma 3, lett. *a*), abroga la lett. *b*) e sostituisce il comma 3-bis, semplificando ed al tempo stesso ampliando le possibili applicazioni della norma in esame.

Tale intervento normativo ai sensi dell'art. 1, comma 2, della l. 29 novembre 2007, n. 222 è entrato in vigore dal 1° dicembre 2007 ed ha esteso il riconoscimento di fabbricato rurale, ampliando sia gli ambiti soggettivi sia gli ambiti oggettivi di applicazione del requisito di ruralità.

*(Omissis)*

Il decreto collegato alla finanziaria 2008 rinnova la classificazione dei fabbricati rurali, ferme restando le altre agevolazioni e condizioni previste dalla normativa vigente.

In riferimento alla disciplina relativa alle costruzioni strumentali all'attività agricola, l'art. 42-bis abroga la lett. *b*), e il comma 3-bis, dell'art. 9 è stato così sostituito: «Ai fini fiscali deve riconoscersi carattere di ruralità alle costruzioni strumentali necessarie allo svolgimento dell'attività agricola di cui all'art. 2135 del codice civile e specificamente quelle destinate:

- alla protezione delle piante;
- alla conservazione dei prodotti agricoli;
- alla custodia delle macchine agricole, degli attrezzi e delle scorte occorrenti per la coltivazione e l'allevamento;
- all'allevamento e al ricovero degli animali;
- all'agriturismo;
- ad abitazione dei dipendenti esercenti attività agricole nell'azienda a tempo indeterminato o a tempo determinato per un numero annuo di giornate lavorative superiore a cento, assunti in conformità alla normativa vigente in materia di collocamento;
- alle persone addette all'attività di alpeggio in zona di montagna;
- ad uso di ufficio dell'azienda agricola;
- alla manipolazione, trasformazione, conservazione, valorizzazione o commercializzazione dei prodotti agricoli, anche se effettuate da cooperative e loro consorzi di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228;
- all'esercizio dell'attività agricola in maso chiuso».

In ogni caso il riconoscimento della ruralità degli immobili ai fini fiscali, e quindi la non tassabilità ai fini ICI, richiede che siano soddisfatte le condizioni «requisiti di natura soggettiva e oggettiva» indicate nell'art. 9 del d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 1994, n. 133, come modificato dall'art. 42-*bis* della l. 29 dicembre 2007, n. 222.

(*Omissis*)

La Corte costituzionale interviene con delle ordinanze che postulano la natura interpretativa dell'art. 42-*bis* e quindi l'illegittimità dell'art. 2, comma 4, della legge n. 244/2007, per violazione dell'art. 3 Cost. In particolare al comma 1-*bis* dell'art. 23 del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito dalla l. 27 febbraio 2009, n. 14, bisogna attribuire valore di norma di interpretazione autentica, e, quindi, con effetti indiscutibilmente retroattivi, le costruzioni rurali aventi le caratteristiche indicate nell'art. 9 del d.l. n. 557/1993, come modificato dall'art. 42-*bis* del d.l. n. 159/2007, non si devono considerare fabbricati ai fini dell'imposizione ICI.

Nella disamina della controversia ed ai fini dell'accertamento del requisito della ruralità lo stesso giudice ritiene opportuno sottolineare la particolare rilevanza della classificazione catastale assegnata all'immobile da parte dell'Ufficio del territorio. A tale riguardo, infatti, a parere delle Sezioni Unite, ai fini fiscali possono essere considerati rurali solo gli immobili accatastati in categoria A/6, se a uso abitativo, o D/10, se strumentali alle attività agricole. Ciò, ovviamente, facendo salva la facoltà per gli interessati (contribuente ed ente locale) di impugnare la classificazione operata al fine di ottenerne la variazione.

Secondo la Corte, quindi, se gli immobili sono iscritti al catasto fabbricati come «rurali», possiedono i requisiti previsti dall'art. 9 del d.l. n. 557/1993 e pertanto ai sensi dell'art. 23, comma 1-*bis*, del d.l. n. 207/2008 non sono assoggettabili ad ICI.

A parere di questo Collegio, invece, il dettato del comma 3-*bis* del vigente art. 9 del d.l. n. 557/93 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133/94) è chiaro e inequivocabile nello stabilire che ai fini fiscali sono considerati fabbricati rurali le costruzioni strumentali necessarie allo svolgimento dell'attività agricola (vedi art. 2135 del vigente codice civile) e in particolare quelle destinate all'allevamento e al ricovero degli animali. Il riconoscimento della ruralità di questi fabbricati comporta l'esclusione dall'imposizione, dato che i fabbricati stessi non sono considerati tali ai fini dell'ICI (art. 23, comma 1-*bis*, del d.l. n. 207/2008 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 14/2009). In definitiva, nel caso prospettato questo Collegio ritiene che nessuna ICI sia dovuta, mentre l'acquisizione delle caratteristiche della ruralità dell'immobile andrebbe segnalata al Comune competente, mediante presentazione di apposita dichiarazione ICI.

I fabbricati, quindi posseduti da persone fisiche, coltivatori diretti od imprenditori restano pertanto, oggettivamente e soggettivamente, rurali a tutti gli effetti. Essi sono fabbricati che, ai fini ICI non sono fabbricati.

Il principio sovrano è che i fabbricati funzionali all'attività agricola, indipendentemente dalla classe catastale loro attribuita dal legislatore e dalla giurisprudenza, non si considerano fabbricati. Quando cesserà la loro funzionalità essi ridiverranno oggetto di tassazione.

Mentre il «legislatore, a più riprese, ha cercato, attraverso interpretazioni autentiche, di aprire un varco per l'intassabilità delle predette costruzioni ma, senza successo, la Corte ha consolidato il proprio indirizzo negativo: il destino contributivo agli effetti dell'ICI è connesso alle iscrizioni catastali.

(*Omissis*)

Per via dell'accavallarsi di interventi legislativi, a volte disordinati, la maggior parte delle costruzioni di cui si discute, sono finite nella «rete» del definitivo assoggettamento all'ICI.

Il legislatore ha chiaramente scritto che «il comma 1, lett. a) dell'art. 2 del d.lgs n. 504 del 1992 (...)» (cioè quella parte del decreto istitutivo dell'imposta ICI che definisce il *fabbricato* quale presupposto oggettivo dell'imposta) «deve intendersi nel senso che non si considerano fabbricati le unità immobiliari, anche iscritte o iscrivibili nel catasto fabbricati, per le quali ricorrono i requisiti di ruralità di cui all'art. 9 del d.l. 30 dicembre 1993, n. 557». Con questa previsione normativa, le costruzioni di cui stiamo parlando non configurano il presupposto dell'imposta non potendosi considerare *fabbricati* agli effetti dell'ICI. Ne deriva che se non possono considerarsi fabbricati, il problema della loro classificazione in catasto, agli effetti dell'ICI, diventa irrilevante.

La stessa Cassazione, con la sentenza n. 24299 del 28 ottobre scorso, ha abbandonato l'indirizzo da ultimo espresso dalle SSUU, ritenendo di considerare positivamente il contenuto espresso nel comma 1-*bis* dell'art. 23 del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 attribuendo all'enunciazione dello stesso il valore di interpretazione autentica.

Cosicché, fin dalla introduzione dell'imposta ICI, vale la regola secondo la quale non costituisce presupposto dell'imposta il fabbricato che, «indipendentemente dalla sua iscrizione nel catasto fabbricati, è rurale se ed in quanto in linea con i requisiti elencati nella legge».

Alla previsione di non considerare fabbricato - agli effetti dell'ICI - le costruzioni aventi il carattere della ruralità (così come previsto nella legge) consegue che sono del tutto ininfluenti le vicende catastali che interessano i fabbricati ad altri fini. Il ricorso pertanto va accolto.

(*Omissis*)

---

#### (1) REQUISITI PER IL RICONOSCIMENTO DELLA RURALITÀ DEI FABBRICATI.

I giudici tributari emiliani hanno perfettamente ragione nel ritenere che la questione sottoposta alla loro valutazione sia una delle più controverse e che l'introduzione di una imposta come l'ICI abbia decisamente contribuito ad accrescere le incertezze ed aumentare il contenzioso in materia. Inoltre, l'interpretazione delle normative fiscali succedutasi nel tempo è risultata tutt'altro che uniforme ed ha dato luogo ad interventi legislativi spesso contraddittori e, a ragion veduta, ora si può parlare di un atteggiamento giurisprudenziale, a diversi livelli, veramente ondivago.

È il caso, seguendo a ritroso il percorso della Commissione tributaria, di muovere dalla disposizione più recente contenuta nell'art. 23, comma 1-*bis*, del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito con la l. 27 febbraio 2009, n. 14 (1), per ricostruire il quadro complessivo e verificare se la normativa richiamata sia riuscita a sciogliere definitivamente l'intricato nodo.

Detta norma, che tecnicamente rientra senz'altro nella categoria delle norme di interpretazione autentica, dispone che il riconoscimento della ruralità dei fabbricati ai fini dell'applicazione dell'ICI deve essere effettuato

---

(1) Il testo della norma sopra citata, contenuto in un decreto molto complesso che ha avuto un *iter* parlamentare travagliato e non a caso denominato «Milleproroghe», è il seguente: «Ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 2, della l. 27 luglio 2000, n. 212, l'art. 2, comma 1, lett. a), del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, deve intendersi nel senso

---

che non si considerano fabbricati le unità immobiliari, anche iscritte o iscrivibili nel catasto fabbricati, per le quali ricorrono i requisiti di ruralità di cui all'art. 9 del d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 1994, n. 133 e successive modificazioni».

sulla base dei requisiti indicati dall'art. 9 del d.l. n. 557/1993 (2) anche nel caso in cui le unità immobiliari risultino iscritte o siano iscrिवibili nel catasto dei fabbricati. L'attribuzione della ruralità ai fabbricati comporta l'esenzione dalle imposte, comprese IRPEF ed IRES, mentre la perdita di tale requisito comporta l'automatica applicazione della tassazione ordinaria (3).

Con questa affermazione il problema torna al punto di partenza e cioè all'esatta individuazione dei caratteri della ruralità che una costruzione deve possedere per essere considerata tale. Sono considerate costruzioni rurali, secondo quanto previsto dall'art. 42 del T.U.I.R., tutti quei fabbricati e manufatti, comprese le relative pertinenze, necessari ed utilizzati strumentalmente per l'esercizio delle attività agricole indicate nell'art. 2135 c.c. (4).

In particolare vengono prese in esame:

- le costruzioni adibite alla protezione delle piante, espressamente menzionate dalla circolare Min. economia e finanze n. 3/572 del 9 settembre 1993;

- le costruzioni utilizzate per la conservazione dei prodotti agricoli;

- i fabbricati utilizzati per l'allevamento ed il ricovero degli animali;

- le costruzioni utilizzate per la custodia delle macchine, degli attrezzi e delle scorte occorrenti per la coltivazione e l'allevamento;

- i fabbricati utilizzati per l'esercizio dell'agriturismo, in conformità a quanto previsto dalla legge n. 96/2006;

- le abitazioni dei dipendenti che svolgono nell'azienda, attività agricola a tempo indeterminato o a tempo determinato per più di cento giornate lavorative, purché siano stati assunti secondo quanto previsto dalle vigenti disposizioni in materia di collocamento;

- i fabbricati adibiti ad uso di ufficio all'interno dell'azienda agricola;

- le costruzioni utilizzate dalle persone addette all'attività di alpeggio in zona di montagna;

- i fabbricati al cui interno si svolge l'attività di lavorazione o commercializzazione dei prodotti agricoli e zootecnici, anche se effettuate da cooperative e loro consorzi (5);

- i fabbricati utilizzati per l'esercizio dell'attività agricola in maso chiuso.

In verità una certa semplificazione si è avuta con il d.l. 27 maggio 2008, n. 93 (6) che ha stabilito che le unità immobiliari adibite ad abitazione principale del soggetto passivo d'imposta, comprese le eventuali pertinenze, vengono esentate, a decorrere dall'anno d'imposta 2008, dal pagamento dell'ICI. L'unità immobiliare adibita ad abitazione principale è quella nella quale il

contribuente, a qualunque titolo la possieda, ed i suoi familiari dimorano abitualmente intendendosi per tale, salvo prova contraria, l'abitazione corrispondente alla residenza anagrafica. Il regolamento comunale sull'ICI può poi esentare dal pagamento dell'imposta quelle unità immobiliari considerate come «assimilate» all'abitazione principale (7).

Dunque, nell'ipotesi che l'imprenditore agricolo o il coltivatore diretto o il conduttore di un fondo utilizzino una costruzione rurale quale abitazione principale propria e della propria famiglia, l'esenzione dall'ICI può essere fatta valere, intanto e nell'immediato sulla porzione di fabbricato rurale utilizzato come abitazione, giusto in virtù di questa equiparazione senza dover svolgere ulteriori indagini in ordine alla presenza o meno dei requisiti di ruralità.

Tale assimilazione non dovrebbe presentare particolari difficoltà dal momento che le porzioni di immobili rurali destinate ad abitazione sono censite in catasto autonomamente in una categoria del gruppo «A», precisamente nel gruppo «A6». Tuttavia non è scontato e non è neppure automatico che questa logica e naturale equiparazione sia di per sé sufficiente a sancire l'esenzione dall'imposta in quanto trattasi pur sempre di «costruzione rurale» ancorché adibita ad abitazione principale. Un fabbricato destinato ad edilizia abitativa viene considerato rurale se ricorrono (art. 9, d.l. n. 557/1993) le ulteriori seguenti condizioni:

a) utilizzo da parte di agricoltori (risoluzione Min. economia e finanze n. 111/E del 22 maggio 2007);

b) fondo coltivato con una superficie non inferiore ad un ettaro (8);

c) estimazione catastale del reddito agrario;

d) conseguimento, da parte del titolare di un volume d'affari derivante da attività agricola non inferiore alla metà del suo reddito complessivo.

Va precisato che sono considerati «agricoltori» gli imprenditori agricoli, titolari di un diritto di proprietà o di altro diritto reale sul fondo, regolarmente iscritti nella sezione speciale del Registro delle imprese; l'affittuario del terreno o altro soggetto che conduca il fondo con un titolo idoneo; i familiari conviventi a carico dei predetti soggetti risultanti dalle certificazioni anagrafiche o che abbiano la qualifica di coadiuvanti o collaboratori e come tali iscritti a fini previdenziali nonché i soci o amministratori di società agricole di cui al d.lgs. n. 99/2004 aventi la qualifica di imprenditore agricolo professionale e che siano iscritti nel Registro delle imprese. A tutti costoro sono equiparati i titolari di trattamenti pensionistici corrisposti a seguito di attività svolta in agricoltura. Tutti questi soggetti vengono, perciò, ad

(2) Il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 reca il titolo «Riordino della finanza degli enti territoriali», mentre il d.l. n. 557/1993 s'intitola «Ulteriori interventi correttivi di finanza pubblica per l'anno 1994» e tuttavia, nonostante il titolo e la limitazione temporale, all'art. 9, composto da ben 14 commi, «(...) al fine di realizzare un inventario completo ed uniforme del patrimonio edilizio (...)» istituisce, in sostituzione del N.C.E.U., il «Catasto dei fabbricati».

(3) I fabbricati che perdono per qualsiasi motivo i requisiti della ruralità devono, ai sensi del comma 38 dell'art. 2 del d.l. n. 262/2006, essere dichiarati al catasto dei fabbricati, in caso contrario (comma 36 dello stesso art.) vi provvede d'ufficio l'Agenzia del territorio; v. anche Cass. Sez. V 27 settembre 2005, n. 18853, in *Boll. trib.*, 2006, 3, 265.

(4) V. anche Cass. Sez. V 18 giugno 2003, n. 9760, in questa Riv., 2004, 700.

(5) Per quanto concerne queste attività, cfr. Comm. trib. prov. Macerata, Sez. I 12 gennaio 2006, n. 200, in *Boll. trib.*, 2006, 11, 964 e inoltre M.C.

CIGNARELLA, *La Suprema Corte torna sulla base imponibile dei fabbricati rurali ed urbani nell'imposta di registro*, in *Riv. not.*, 2006, 4, 1048, nota a Cass. Sez. V 25 novembre 2005, n. 24960.

(6) Il decreto legge citato è stato convertito con la l. 24 luglio 2008, n. 126 che reca il titolo «Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie» ed è stata pubblicata sulla *G.U.* n. 174 del 26 luglio 2008.

(7) A titolo d'esempio sono unità immobiliari assimilate: a) gli appartamenti delle cooperative edilizie a proprietà indivisa assegnate ai soci; b) gli alloggi degli Istituti autonomi delle case popolari regolarmente assegnati; c) gli immobili posseduti in usufrutto o in proprietà da anziani o da persone disabili che siano ricoverati in Istituti di cura o di riposo; d) le unità immobiliari concesse in uso gratuito a parenti di primo grado; e) gli immobili posseduti a titolo di proprietà o di usufrutto in Italia da cittadini italiani residenti all'estero.

(8) Per quanto riguarda le colture specializzate ed i terreni situati in zone montane, l'estensione del fondo non può essere inferiore a 3 ettari.

usufruire di una duplice tutela, da un lato, l'esenzione dall'ICI poiché il fabbricato è adibito ad abitazione principale e, dall'altro, il riconoscimento che il fabbricato in quanto «rurale» non è produttivo di reddito e quindi non è sottoposto ad imposizione fiscale (9).

Naturalmente, una volta risolto questo primo aspetto, rimane aperta la questione in ordine a tutti quei fabbricati che vengono adibiti come magazzino o deposito di attrezzature o macchinari agricoli nonché tutte le altre costruzioni utilizzate per l'esercizio dell'attività agricola e le relative pertinenze. Si potrebbe dire, riprendendo e sintetizzando l'elenco sopra riportato, che sono costruzioni rurali (art. 42 del T.U.I.R.) quelle strumentali allo svolgimento dell'attività agricola e come tali non sono produttive di reddito dei fabbricati perché concorrono alla produzione del reddito dominicale ed agrario del fondo. Si possono, dunque, individuare due tipi di criteri di accertamento della ruralità dei fabbricati. Il primo è un collegamento soggettivo, dato dalla presenza dell'imprenditore agricolo o del coltivatore/conducente del fondo, l'altro è un collegamento di tipo funzionale tra terreni censiti in catasto e le unità immobiliari prese in esame. Tali requisiti vanno documentati o tecnicamente certificati, devono cioè essere rispondenti a precisi parametri normativi e di conseguenza non possono che essere considerate inidonee allo scopo, dato il loro valore meramente indiziario, eventuali dichiarazioni di atti di notorietà (10).

La contestuale presenza dei due elementi richiamati rimane ancora, nonostante la recente norma d'interpretazione, fondamentale e decisiva vista la perentoria affermazione della S.C. secondo cui «(...) tutti i fabbricati provvisti di autonoma rendita catastale sono soggetti ad ICI» (11), essendo irrilevante, ai fini della esclusione

dal pagamento dell'imposta, la circostanza che detti fabbricati in quanto destinati all'attività agricola, possano essere considerati in sé per sé rurali (12).

L'aspetto veramente discriminante non è tanto la classificazione catastale, effettiva o potenziale, quanto, ed in questo non si può non essere concordi con la decisione qui commentata, la funzionalità dei fabbricati allo svolgimento dell'attività agricola (13). Nello specifico, alcune precedenti pronunce intendevano mettere in evidenza giusto l'elemento oggettivo della «ruralità» dei fabbricati, desunta dalla loro strumentalità rispetto all'attività agricola o di allevamento cui si poteva aggiungere, per alcune tipologie di costruzioni, il fatto di essere collocate in aree montane o di collina (14). Questo elemento consente di superare tutte le obiezioni formulate in precedenza e per nulla eliminate dalla lettera della norma d'interpretazione, che così com'è stata concepita, si viene a configurare più che altro come un semplice rinvio.

In effetti il richiamo ai criteri d'individuazione dei fabbricati rurali, contenuto nella legislazione delle imposte sui redditi non è di per sé sufficiente se non si procede ad una precisa delimitazione dei criteri di ruralità dei fabbricati.

Non si può non convenire, in conclusione, sul fatto che esistono alcune tipologie di costruzioni che, fin dall'origine, vengono progettate e pensate come «fabbricati rurali» e non possono che avere tale destinazione economica e d'uso. Per tutte le altre tipologie di fabbricati vale il criterio della funzionalità e dell'utilizzazione nell'ambito dell'esercizio dell'impresa agricola.

Antonio Orlando

(9) Cfr. Cass. Sez. V 7 gennaio 2005, n. 214, in questa Riv., 2006, 176 ss., con nota di A. ORLANDO, *Conduzione del fondo ed applicazione dell'ICI*; Comm. trib. reg. Veneto, Sez. Verona 11 giugno 2003, *ivi*, 2004, 191 ss., con nota di G. DI PAOLO, *Presupposti per fruire del trattamento agevolato ICI da parte dei coltivatori diretti e degli imprenditori agricoli a titolo principale* e Comm. trib. reg. Veneto, Sez. Verona 9 luglio 2003, n. 54, *ivi*, 2005, 60 ss., con nota di G. DI PAOLO, *Condizioni per la non assoggettabilità ad ICI dei fabbricati strumentali delle cooperative agricole*.

(10) Si v. in tal senso Cass. Sez. V 14 maggio 2003, n. 7445, in *Giur. imp.*, 2003, 1427; *contra*: Cass. Sez. V 27 luglio 2007, n. 16701, in *Il Fisco*, 2007, 5379 e ancora, sul piano propriamente processuale, Cass. Sez. V 25 marzo 2002, n. 4269, in *Foro it.*, 2002, 1, 1695 e inoltre le due precedenti decisioni correlate, Cass. Sez. V 15 novembre 2000, n. 14774, in *Giur. imp.*, 2001, 283 e Cass. Sez. I 19 dicembre 1997, n. 12854, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2405.

(11) Cass. Sez. V 10 giugno 2008, n. 15321, in *Vita not.*, 2008, 2, 1066; in ordine al trattamento delle eventuali pertinenze di fabbricati rurali v. Cass. Sez. V 26 novembre 2007, n. 24545, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2161.

(12) In tal senso ed in modo ancor più restrittivo si era espressa la

S.C.; cfr. Cass. Sez. V 27 settembre 2005, n. 18853, cit. e Cass. Sez. V 24 giugno 2005, n. 13676, in *Finanza locale*, 2006, 1, 76. Su questa scia la circolare del Ministero dell'economia e finanze n. 7 del 15 giugno 2007 mirava all'accertamento dei fabbricati che «(...) hanno perso i requisiti per il riconoscimento della ruralità e di quelli mai dichiarati in catasto». Il documento sosteneva che il requisito della ruralità era attribuibile a condizione che ricorressero entrambi gli elementi, sia quello soggettivo (la presenza dell'agricoltore) sia quello oggettivo-funzionale e cioè l'utilizzazione strumentale del fabbricato per l'esercizio delle attività agricole.

(13) Si possono segnalare alcune pronunce in questa direzione prima dell'emanazione della citata norma d'interpretazione, si v. Cass. Sez. V 25 novembre 2005, n. 24960, cit.; Comm. trib. prov. Macerata 12 gennaio 2006, in *Dir e lav. Marche*, 2006, 1-2, 157 e Comm. trib. prov. Bologna, Sez. I 4 giugno 2003, n. 366, in *Riv. giur. trib.*, 2004, 179.

(14) V. Cass. Sez. V 7 giugno 2006, n. 13334, in *Boll. trib.*, 2006, 23, 1908; Comm. trib. prov. Bologna 22 dicembre 2005, n. 147, in *Finanza locale*, 2006, 12, 147; *ibid.*, Sez. XXXV 21 giugno 2002, n. 124, in *Boll. trib.*, 2002, 1435.

# Rassegna di fiscalità agraria

di GIUSEPPE FERRARA

## 1. IMPOSTE INDIRETTE.

### 1.1. Fattispecie di decadenza dalle agevolazioni per la formazione della piccola proprietà contadina.

La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate, 18 agosto 2009, n. 227/E (sulla quale v. anche *infra*), ha ritenuto che, laddove una società agricola, la quale detenga terreni per i quali ha fruito delle agevolazioni per la formazione della piccola proprietà contadina ai sensi dell'art. 2, comma 4 del d.lgs. n. 99/2004, dipoi ne effettui, nel quinquennio, il conferimento in una società agricola a responsabilità limitata di nuova costituzione, decadrà dalle predette agevolazioni, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 604/1954 [il quale dispone che «decade dalle agevolazioni tributarie l'acquirente (...) il quale, prima che siano trascorsi cinque anni dagli acquisti fatti a norma della presente legge, aliena volontariamente il fondo (...) ovvero cessa di coltivarlo direttamente»].

Tale conclusione discende, secondo l'Amministrazione, dalla natura traslativa dell'atto di conferimento e, dunque, dalla sua riconducibilità alla fattispecie di cui al menzionato art. 7.

Va rammentato che nella ricordata risoluzione ministeriale l'Agenzia ha altresì ritenuto inapplicabile, nel caso esaminato, il diverso principio affermato dalla risoluzione n. 455/E del 2008 (già commentata in questa Riv., 2009, 210 e ss.) la quale, in relazione al caso di conferimento infraquinquennale di terreni agricoli in una società in accomandita semplice, della quale il coltivatore diretto sia socio accomandatario e gli altri soci siano il coniuge ed un figlio, ha invece escluso la decadenza dal beneficio tributario. Infatti, osserva l'Amministrazione, solo in quest'ultima evenienza possono venire in rilievo gli artt. 9 ed 11 del d.lgs. n. 228/2001 i quali, rispettivamente, dispongono che le agevolazioni per la formazione della piccola proprietà contadina competono anche ai soci delle società di persone e che la decadenza da tale beneficio fiscale non si verifica quando l'alienazione del terreno intervenga in beneficio del coniuge, dei parenti entro il terzo grado ed affini entro il secondo, i quali svolgano le attività di cui all'art. 2135 c.c.: previsioni, queste, evidentemente inapplicabili quando l'alienazione intervenga in favore di una società di capitali.

## 2. IMPOSTE DIRETTE.

### 2.1. I presupposti della tassazione del reddito su base catastale.

La Corte di cassazione (sentenza 3 luglio 2009, n. 15708) ha pronunciato sul caso di una società semplice che svolgeva attività di trasformazione e commercializzazione

di prodotti agricoli forniti (così par di comprendere dal tenore della sentenza) prevalentemente dai soci.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, difettando, nel caso di specie, l'esercizio dell'attività agricola principale da parte della società, le attività da quest'ultima svolte non avrebbero potuto essere qualificate connesse all'agricoltura ai sensi dell'art. 2135 c.c. e, dunque, essere assoggettate al regime del reddito agrario di cui all'art. 29 del t.u.i.r. (ora art. 32 del t.u.i.r.); al contrario, sarebbero risultate riconducibili al più oneroso regime del reddito d'impresa.

Ad avviso della Suprema Corte, invece, il richiamato art. 29 «non prevede espressamente la indispensabile connessione in senso oggettivo ed in senso soggettivo. Pertanto, deve ritenersi che non deve esservi necessariamente identità soggettiva tra chi svolge attività agricola principale e quella connessa». Piuttosto, osserva la Cassazione, sarà necessario appurare «caso per caso la rilevanza in misura quantitativa e qualitativa» degli apporti dei soci; per escludere la qualificazione agricola dell'attività quando essa risponda a scopi prettamente industriali o commerciali «e realizzi, quindi, utilità del tutto indipendenti dall'impresa agricola».

In definitiva, dunque, secondo i giudici di legittimità, da una parte l'art. 29 del t.u.i.r. (applicabile *ratione temporis*) non avrebbe richiesto, ai fini della qualificazione come agricola dell'attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli, l'identità tra l'esercente la medesima e colui che svolge l'attività principale; dall'altra parte, onde appurare la natura agricola o commerciale della società semplice, sarebbe comunque necessario verificare se i prodotti oggetto dell'attività della medesima siano conferiti prevalentemente dai soci. Cosicché, in caso positivo, si dovrebbe concludere che l'attività della società persegue finalità attinenti l'esercizio dell'agricoltura; diversamente, sconfina nello svolgimento dell'attività commerciale.

Pur nei limiti del presente lavoro, ci permettiamo di dissentire dal principio affermato dalla Suprema Corte.

Da un lato, infatti, seppur l'art. 29 del t.u.i.r., cit. non operava un espresso riferimento all'art. 2135 c.c. e, dunque, al requisito della c.d. identità soggettiva tra esercente attività principali e connesse ai fini della qualificazione agricola dell'attività, tuttavia, data anche la natura della norma fiscale, quale norma di secondo grado (ossia, che si asside su categorie definite da altri rami dell'ordinamento), inevitabile, ci pare, avrebbe dovuto essere l'interpretazione dell'art. 29, cit. alla luce del predetto art. 2135 c.c. (dunque, nel senso di ritenere necessaria l'identità soggettiva per la qualificazione delle attività previste dal terzo comma dell'art. 2135 c.c. come agricole).

Dall'altro lato, il rilievo attribuito dalla Corte di cassazione al criterio della prevalenza postula, evidentemente, l'apprezzamento della società di persone come soggetto traspa-

rente rispetto ai soci (e, dunque, che vi sia sostanziale identità tra società e socio). Non può sottacersi, peraltro, che il legislatore tipizza le fattispecie in cui dà giuridica rilevanza alla trasparenza (v. l'art. 1, comma 2 del d.lgs. n. 228/2001 in tema di cooperative agricole e l'art. 1, comma 1094 della legge n. 296/2006 in tema di società di persone di trasformazione e vendita); fattispecie cui non risultava riconducibile la società accertata, anche perché, all'epoca della contestazione dell'Ufficio finanziario, neppure erano ancora state introdotte dal legislatore le ricordate fattispecie.

## 2.2. Omessa presentazione della dichiarazione e regime di tassazione su base catastale.

La Commissione tributaria Regionale di Palermo, Sez. XIV 29 settembre 2009, n. 105 (sulla quale v. anche *infra* nella sezione dedicata all'IVA), ha pronunciato sul caso di un imprenditore agricolo (esercitante l'attività di allevamento di ovini) il quale aveva del tutto omesso di presentare la dichiarazione tributaria sia ai fini delle imposte dirette, che dell'IVA.

Quanto al settore delle imposte sui redditi, ha statuito che l'accertata natura agricola dell'attività svolta dal contribuente giustifica la soggezione del reddito prodotto al regime di tassazione su base catastale, proprio del reddito agrario (art. 32 del t.u.i.r.). Ha peraltro osservato che, sulla base delle verifiche compiute dall'Agenzia delle Entrate, l'attività di allevamento svolta dal soggetto accertato non rientrava nei limiti fissati dall'art. 32, lett. b) del t.u.i.r. (ossia, attività di allevamento di animali con mangimi ottenibili per almeno un quarto dal terreno); per cui, ha statuito per la tassazione a costi, ricavi e rimanenze effettive del reddito prodotto oltre tali limiti.

La pronuncia ci pare corretta. Infatti, l'attività di accertamento, anche quando innestata sulla fattispecie dell'omessa dichiarazione, è comunque finalizzata a determinare l'imponibile effettivamente imputabile al contribuente, determinato secondo le regole ordinarie all'uopo previste dal t.u.i.r.

Perciò, ove sia appurato che l'attività del soggetto passivo è agricola, la stessa sarà produttiva di reddito quantificato secondo i parametri catastali del reddito agrario e dominicale.

Tuttavia, tali parametri operano a condizione che l'attività agricola rispetti determinati limiti (ad esempio, quella di allevamento deve essere svolta con mangimi ottenibili per almeno un quarto dal terreno). Quando ciò non si verifica, viene in rilievo l'art. 55, comma 1 del t.u.i.r., il quale, appunto, dispone che sono produttive di reddito d'impresa le attività indicate nelle lett. b) e c) dell'art. 32, comma 2, «che eccedono i limiti ivi stabiliti». Dunque, l'attività agricola svolta oltre i predetti limiti non è, *in parte qua*, produttiva di reddito agrario, bensì d'impresa, come correttamente rilevato dalla Commissione regionale [v. anche, in dottrina, per tutti, M. MICCINESI, *Reddito delle persone fisiche (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, 1996, 173 e ss., spec. 184].

## 2.3. Accertamento delle plusvalenze derivanti dalla cessione di terreni agricoli.

In relazione al caso di taluni imprenditori agricoli che avevano ceduto un terreno edificabile, la Corte di cassazione, con sentenza 19 giugno 2009, n. 14485, ha affermato il principio per cui il valore venale di tale cespite definitivamente accertato (per il tramite di sentenza passata in giudicato, atto di accertamento definitivo ovvero atto di accertamento con adesione, ai sensi del d.lgs. n. 218/1997) ai fini delle imposte indirette sul trasferimento, costituisce elemento presuntivo sulla cui base l'Agenzia delle Entrate può legittimamente determinare l'ammontare del corrispettivo

effettivamente percepito dai cedenti per la vendita dell'immobile; costituendo «onere probatorio del contribuente superare tale presunzione di corrispondenza tra il corrispettivo di cessione del bene (...) ed il valore accertato definitivamente in sede di applicazione dell'imposta di registro».

Tale pronuncia si inserisce nel solco di un consolidato orientamento, sul punto, della Corte di cassazione (v., *ex plurimis*, Cass. 21 febbraio 2007, n. 4057, in *Corr. trib.*, 2007, 1803; Cass. 28 ottobre 2005, n. 21055, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 2422; Cass. 20 novembre 2001, n. 14581/201, *ivi*, 2001, 11).

Si tratta di interpretazione, peraltro, reiteratamente aversata dalla dottrina, in base al rilievo per cui l'imponibile ai fini dell'imposta di registro (ai sensi dell'art. 43 del d.p.r. n. 131/1986) è costituito dal valore di mercato del cespite trasferito; nel mentre, invece, quello rilevante ai fini delle imposte sui redditi è dato, appunto, dal reddito effettivamente percepito, nel nostro caso, dal venditore. Dunque, ben può accadere che differente sia il corrispettivo di cessione, rispetto al valore venale del bene; con la conseguenza che non è corretto presumere l'identità dei due valori.

A ben vedere, dunque, l'orientamento della Suprema Corte solleva l'Ufficio dal proprio onere probatorio in ordine alla dimostrazione del corrispettivo effettivamente acquisito dai venditori e, dunque, della plusvalenza da costoro maturata, invertendolo in pregiudizio del contribuente; con conseguente sostanziale riedizione della presunzione di legittimità dell'atto impositivo dell'Ufficio, invero aversata dalla medesima giurisprudenza di legittimità (v. Cass. 27 marzo 2003, n. 4632, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 635).

Non si deve dimenticare, oltretutto, che, ai sensi degli artt. 38 e 39, comma 1, lett. d) del d.p.r. n. 600/1973, l'ente impositore, al fine di dimostrare l'esistenza di una componente positiva di reddito imputabile al soggetto passivo, ha l'onere di allegare l'esistenza di presunzioni dotate dei requisiti della gravità, precisione e concordanza.

Se così è, il valore venale del cespite trasferito, definitivamente accertato ai fini delle imposte sui trasferimenti, al più varrà ad integrare un elemento indiziario del corrispettivo (e dunque della plusvalenza) conseguita dal soggetto alienante; non certo a dimostrarne l'esistenza, ai sensi del disposto dei rammentati artt. 38 e 39.

## 2.4. Le agevolazioni per gli investimenti in nuovi macchinari (agevolazioni Tremonti *ter*).

L'art. 5 del d.l. n. 78/2009, conv. in legge n. 102/2009, consente di escludere dal reddito imponibile d'impresa un importo pari al 50 per cento del valore degli investimenti in nuovi macchinari ed in nuove apparecchiature incluse nella divisione 28 della Tabella ATECO 2007, effettuati dal 1° luglio 2009 al 30 giugno 2010.

Dato che la disposizione agevolativa opera solo per i titolari di reddito d'impresa, ne consegue, per quanto qui interessa, che la stessa non trova applicazione in beneficio di quei soggetti, esercenti attività agricole, il cui reddito è determinato su base catastale (ossia, che sono titolari di reddito agrario).

Ricorrono, peraltro, ipotesi nelle quali il legislatore tributario, pur qualificando come d'impresa il reddito prodotto dall'imprenditore agricolo, tuttavia stabilisce che il medesimo deve essere determinato in via forfetaria ovvero secondo i criteri di natura catastale propri del reddito agrario.

Si pensi, ad esempio, all'esercizio dell'attività agrituristica che, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 413/1991, dà luogo a reddito d'impresa, ancorché quantificato su base forfetaria. Oppure, si faccia ancora il caso delle società di persone nonché delle società a responsabilità limitata e delle società cooperative aventi come oggetto esclusivo lo svolgimento delle attività di cui all'art. 2135 c.c., le quali, in via di principio, danno luogo alla produzione di reddito d'impresa



(quindi, determinato a costi, ricavi e rimanenze effettive, in virtù del disposto degli artt. 6, 55 e 73 del t.u.i.r.). Come noto, tali società, quanto alle attività contemplate nell'art. 32 del t.u.i.r., possono optare per la determinazione del relativo reddito secondo i canoni propri del reddito agrario (ai sensi dell'art. 1, comma 1093 della legge n. 296/2006). O, ancora ed ulteriormente, si considerino le imprese agricole che esercitano le attività connesse di cui all'art. 2135 c.c., contemplate dall'art. 56 *bis* del t.u.i.r. (per esempio, le attività di manipolazione, trasformazione, etc. di prodotti diversi da quelli contemplati dall'art. 32 del t.u.i.r.; le attività di erogazione di servizi, etc.).

Ebbene, la circolare 27 ottobre 2009, n. 44/E ha precisato che in tutte tali ipotesi, proprio perché il contribuente esercente l'attività (pur) agricola ai sensi dell'art. 2135 c.c., produce reddito d'impresa, può beneficiare dell'agevolazione fiscale di cui all'art. 5 del d.l. n. 78/2009.

Per contro, la persona fisica esercente le attività agricole di cui all'art. 32 del t.u.i.r., siccome soggetto passivo del reddito agrario (e non d'impresa), non potrà fruire della menzionata norma agevolativa.

### **2.5. Il regime impositivo della neutralità del conferimento di azienda e della parziale esenzione dall'imposizione sui redditi delle plusvalenze su cessioni di quote di partecipazione.**

L'Agenzia delle Entrate, con risoluzione 18 agosto 2009, n. 227/E, ha esaminato il caso di una società esercente in via esclusiva attività agricola ed avente forma commerciale, la quale non ha optato per l'imposizione sul reddito prodotto con le attività di cui all'art. 32 del t.u.i.r., secondo il regime del reddito agrario. Si tratta, dunque, di società che determina il proprio reddito secondo le regole del reddito d'impresa.

Secondo l'Amministrazione finanziaria, qualora tale soggetto effettui il conferimento della propria azienda agricola in una società a responsabilità limitata di nuova costituzione, potrà beneficiare del regime di neutralità fiscale del conferimento (sicché tale atto non darà luogo a plusvalenze imponibili) di cui all'art. 176 t.u.i.r., qualora ricorrano le condizioni previste da tale disposizione.

Eguale, in caso di successiva cessione delle partecipazioni detenute dalla società agricola conferente, nella conferitaria, in presenza delle condizioni all'uopo previste dall'art. 87 del t.u.i.r. potrà trovare applicazione il regime della parziale esenzione dall'imposizione reddituale sulle plusvalenze maturate.

## **3. IVA.**

### **3.1. Il diritto alla detrazione dell'IVA passiva spettante al conduttore di azienda agricola.**

La Corte di cassazione, con sentenza 30 aprile 2009, n. 10079, ha statuito che compete all'affittuario di un'azienda agricola il diritto alla detrazione dell'IVA passiva scontata sugli acquisti compiuti per i lavori di ristrutturazione relativi agli edifici rurali inclusi nella medesima azienda. Non risulta dunque condivisibile, secondo la Suprema Corte, la tesi sostenuta nel caso di specie dall'Amministrazione finanziaria secondo la quale, invece, tale diritto competerebbe solo al proprietario dell'azienda.

Infatti, osserva la pronuncia in questione con motivazione assolutamente condivisibile, il principio (all'uopo rilevante) ispiratore della disciplina dell'IVA è quello per cui l'imprenditore ha il diritto di detrarre l'imposta addebitatagli in rivalsa dai propri fornitori con riferimento a beni e servizi acquistati per l'esercizio dell'impresa.

Per cui, dato che il conduttore di un'azienda agricola,

ancorché non titolare della medesima, è pur sempre imprenditore agricolo e gli edifici rurali costituiscono beni strumentali all'esercizio della correlativa attività, ne discende che compete a tale soggetto il diritto alla detrazione.

### **3.2. Il regime speciale IVA per i produttori agricoli.**

La Commissione tributaria regionale di Palermo, Sez. XIV 29 settembre 2009, n. 105, ha, come già osservato, pronunciato sul caso di un imprenditore agricolo (esercente l'attività di allevamento di ovini) il quale aveva del tutto ommesso di presentare la dichiarazione tributaria sia ai fini delle imposte dirette, che dell'IVA.

Con specifico riferimento a quest'ultimo tributo (per la parte della sentenza che tratta delle imposte dirette v. invece *supra* nella relativa sezione) i giudici siciliani hanno statuito che l'Ufficio finanziario, ai fini della determinazione dell'IVA dovuta da tale contribuente, deve comunque applicare il regime speciale di cui all'art. 34 *bis* del d.p.r. n. 633/1972 (il quale, lo si rammenta, consiste nella determinazione forfetaria dell'IVA detraibile nella misura del 50 per cento dell'IVA dovuta sulle operazioni attive imponibili). In altri termini, l'omissione della presentazione della dichiarazione tributaria non implica la soggezione dell'esercente l'attività agricola (a titolo di sanzione c.d. impropria) al più gravoso regime ordinario IVA.

Si tratta, a nostro avviso, di pronuncia condivisibile. Per un verso, infatti, l'art. 34 *bis* cit. individua chiaramente quale criterio impositivo ordinariamente applicabile ai soggetti di cui all'art. 2135 c.c., quello forfetario (al quale possono peraltro sottrarsi, per vedersi assoggettati alle regole ordinarie, dietro specifica opzione). Per l'altro verso, l'attività di accertamento, anche nel caso in cui la dichiarazione non sia stata presentata dal soggetto passivo, è pur sempre finalizzata a determinare l'imponibile effettivamente imputabile a costui, quantificato secondo i criteri e le regole all'uopo previste dal legislatore (dunque, nel caso degli imprenditori agricoli, in virtù del regime speciale).

Né ci pare che tale conclusione sia foriera di illegittime disparità di trattamento tra imprenditori agricoli, da una parte, ed altri soggetti passivi IVA, dall'altra parte. Intendiamo riferirci al fatto che l'art. 55, comma 1 del d.p.r. n. 633/1972 prevede, con riferimento al caso dell'omessa presentazione della dichiarazione, che l'ente impositore possa riconoscere in detrazione solo l'IVA che risulti effettivamente versata dal contribuente nonché quella detraibile, ai sensi dell'art. 19 del predetto d.p.r., risultante dalle c.d. liquidazioni periodiche; talché, potrebbe risultare appunto disparitario che gli imprenditori agricoli che pur hanno ommesso la dichiarazione possano comunque beneficiare della detrazione forfetaria di cui all'art. 34 *bis*, nel mentre gli altri soggetti passivi IVA, solo nei limiti risultanti dal menzionato art. 55, comma 1.

Invero, a ben vedere, il differente trattamento tra tali categorie di contribuenti dipende proprio dalla diversità del regime impositivo ordinario cui sono soggetti (l'entità della detrazione spettante agli imprenditori agricoli è, infatti, commisurata alle operazioni attive compiute o accertate, non all'entità degli acquisti effettuati, come previsti per le altre tipologie di soggetti passivi); diversità che non può dar luogo ad alcuna censura di illegittimità costituzionale, essendo consentita dalla direttiva IVA comunitaria 2006/112/CE.

## **4. ICI.**

### **4.1. La soggezione ad ICI dei fabbricati rurali.**

I) Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono recentemente intervenute sulla controversa questione della soggezione ad ICI dei fabbricati rurali.

Con la sentenza 21 agosto 2009, n. 18565 hanno infatti statuito che, per effetto di quanto previsto dall'art. 23, comma 1 *bis* del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, introdotto dalla legge di conversione 27 febbraio 2009, n. 14, in vigore dal 1° marzo 2009 (il quale stabilisce che, «ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 2 della l. 27 luglio 2000, n. 212, l'art. 2, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 deve intendersi nel senso che non si considerano fabbricati le unità immobiliari, anche iscritte o iscrivibili nel catasto fabbricati, per le quali ricorrono i requisiti di ruralità di cui all'art. 9 del d.l. 30 dicembre 1993, n. 557, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 1994, n. 133 e successive modificazioni») nonché dell'art. 2, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. n. 504/1992, gli immobili che siano stati iscritti nel catasto come fabbricati rurali (dunque, sotto la categoria A/6 per le unità abitative e D/10 per i cespiti strumentali alle attività agricole), per effetto dell'acclarata sussistenza dei requisiti all'uopo previsti dall'art. 9, comma 3 e ss. del d.l. n. 557/1993, non sono imponibili ai fini ICI. Tra detti requisiti non rientra l'identità tra il soggetto che svolge l'attività agricola principale e quella connessa; per cui, la non imponibilità si estende anche ai fabbricati di cui sono titolari le cooperative agricole, destinati allo svolgimento delle attività di manipolazione e trasformazione dei prodotti conferiti dai soci.

A quest'ultimo proposito la Commissione tributaria regionale di Bologna, Sez. XVIII con sentenza 8 giugno 2009, n. 57 ha statuito che il requisito della mutualità prevalente (decisivo per beneficiare della non imponibilità), quanto alle cooperative agricole, ricorre nel caso in cui il valore o la quantità dei prodotti conferiti dai soci sia superiore al 50 per cento dell'ammontare complessivo dei prodotti trasformati e commercializzati dalla medesima cooperativa. Ha dipoi precisato che sono da qualificarsi strumentali (e, dunque, qualificabili come rurali) gli immobili all'interno dei quali si realizza il materiale conferimento dei prodotti dei soci, ossia, par di capire, in cui viene svolto lo stoccaggio e lavorazione di tali prodotti.

Torniamo alla rammentata pronuncia della Corte di cassazione. Essa ha anche statuito che, laddove il cespite della cui imponibilità ai fini ICI si discute sia stato già iscritto in catasto come rurale (nei termini indicati) o non rurale, nel giudizio tributario non potrà essere messa in discussione la natura di tale immobile; e ciò in quanto la relativa contestazione, data la natura impugnatoria del processo fiscale, dovrà e potrà essere svolta solo per il tramite di apposito ricorso proposto avverso il relativo atto di classamento dell'Agenzia del Territorio. È dunque preclusa qualsivoglia cognizione incidentale del giudice tributario, nel contenzioso in materia di ICI, sulla natura dell'immobile già iscritto in catasto.

Qualora, invece, il fabbricato di cui si discorre non sia stato ancora iscritto in catasto, allora nell'eventuale giudizio in cui il contribuente ha impugnato l'atto di accertamento con cui il Comune ha assoggettato al tributo l'immobile assumendone la natura non rurale, il giudice tributario potrà accertare in via incidentale il carattere del fabbricato medesimo; ciò al fine di stabilire la correttezza dell'assoggettamento ad ICI dell'immobile.

In linea con la ricordata pronuncia, la Corte di cassazione (sentenza 18 novembre 2009, n. 24300) ha ulteriormente ribadito che, in virtù del disposto degli artt. 9, comma 3 *bis* del d.l. n. 557/1993 e 23, comma 1 *bis* del d.l. n. 207/2008, i fabbricati di proprietà delle cooperative agricole, destinati all'attività di manipolazione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti conferiti dai soci, sono rurali e conseguentemente esclusi da ICI, indipendentemente dal fatto che siano stati iscritti in catasto. E ciò in quanto è la circostanza, in quanto tale, della destinazione oggettiva del cespite (anche indipendentemente dal fatto che vi sia iden-

tà soggettiva tra esercente le attività principali e quelle connesse) a determinarne la ruralità e, conseguentemente, il regime impositivo.

II) È peraltro opportuno segnalare che la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, con sentenza n. 220/01/09, depositata il 9 dicembre 2009 (in questa Riv., 2010, 199, con nota di ORLANDO), si è discostata dal principio espresso dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la pronuncia n. 18565/2009.

Ha infatti statuito che, agli effetti della soggezione ad ICI dei fabbricati rurali, è irrilevante la loro classificazione catastale (in tal senso, ancorché incidentalmente, si era oltretutto espressa la stessa Corte di cassazione con sentenza 18 novembre 2009, n. 24299, pronunciando la non soggezione all'imposta dei fabbricati strumentali delle cooperative agricole). È, invece, decisivo, che gli stessi abbiano le caratteristiche per poter essere qualificati rurali, ai sensi dell'art. 9 del d.l. n. 507/1993; e ciò in quanto l'art. 23, comma 1 *bis* del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, sancendo, con norma di interpretazione autentica, che, agli effetti dell'art. 2 del d.lgs. n. 504/1992 (norma, lo si ricorda, che individua il presupposto dell'ICI), non si considerano fabbricati le unità immobiliari dotate dei requisiti di ruralità, ha appunto attribuito esclusivo rilievo alle caratteristiche intrinseche del cespite, risultando appunto irrilevante la sua classificazione catastale.

Rilevanti sono le conseguenze, poiché, in virtù di tale orientamento, quand'anche il contribuente abbia omesso di impugnare l'atto di classamento il quale non include tra gli immobili rurali, il cespite di cui è titolare, tuttavia, potrà far valere la ruralità del bene e, dunque, la sua esclusione da ICI in sede di impugnazione avverso l'atto di accertamento con il quale il Comune lo assoggetta al tributo. E ciò, diversamente da quanto dovrebbe concludersi alla luce del principio espresso dalla Corte di cassazione.

Così come, ed analogamente, laddove il contribuente abbia omesso di impugnare il classamento ed abbia incluso, nella dichiarazione ai fini ICI, il bene immobile tra quelli imponibili, potrà, nonostante la mancata contestazione avverso l'atto dell'Agenzia del Territorio, comunque far valere la ruralità del fabbricato mediante la proposizione di autonoma istanza di rimborso al Comune dell'imposta versata e la successiva eventuale impugnazione dell'atto di diniego di rimborso dell'ente impositore.

III) Va segnalato che sulla questione della soggezione ad ICI dei fabbricati rurali si era incidentalmente pronunciata, in precedenza, la Corte costituzionale con la sentenza 22 luglio 2009, n. 227 (in questa Riv., 2010, 98, con nota di F. DAMI), la quale, pur pronunciando sulla legittimità dell'art. 2, comma 4 della legge n. 244/2007 (sulla quale v. *infra*), aveva appunto rilevato che l'art. 23, comma 1 *bis* del d.l. n. 207/2008 dispone con norma di interpretazione autentica e, quindi, con effetto retroattivo, che le costruzioni rurali di cui all'art. 9 del d.l. n. 557/1993 non si considerano fabbricati ai fini ICI e quindi non sono soggette a tale tributo.

IV) La predetta pronuncia della Corte costituzionale ha inoltre dichiarato illegittima, per conflitto con l'art. 3 Cost., la disposizione di cui all'art. 2, comma 4 della legge n. 244/2007, cit., la quale disponeva che in relazione ai fabbricati rurali di cui all'art. 9, cit., non è ammessa la restituzione del tributo versato per le annualità antecedenti al 2008.

I giudici di legittimità hanno osservato che, avendo il legislatore stesso ritenuto, per il tramite della norma interpretativa di cui all'art. 23, comma 1 *bis*, cit., la non assoggettabilità ad ICI degli immobili in questione, contrasta col principio di non contraddizione (di cui all'art. 3 Cost.) che abbia al contempo escluso il diritto al rimborso dell'ICI indebitamente versata dai contribuenti in relazione agli esercizi sino al 2007; non senza considerare, poi, che l'art.

2, comma 4 è foriero di un'ingiustificata disparità di trattamento tra i soggetti passivi che fino al 2007 hanno versato (indebitamente) l'ICI e non possono ottenerne la restituzione e coloro che, invece, si sono astenuti dal versamento.

V) In coerenza con l'oramai acclarata esclusione da ICI dei cespiti rurali, la Commissione tributaria provinciale di Parma, con sentenza 6 settembre 2009, n. 85, ritenuto che anche gli immobili strumentali allo svolgimento dell'attività agrituristica debbono essere qualificati rurali ai sensi dell'art. 9 del d.l. n. 557/1993, ha concluso che gli stessi, in virtù delle disposizioni più volte ricordate *sub I*), sono esclusi dalla soggezione ad ICI.

#### 4.2. L'agevolazione prevista per il possesso dei terreni agricoli.

L'art. 9, comma 1 del d.lgs. n. 504/1992 stabilisce che i terreni agricoli posseduti da coltivatori diretti o da imprenditori agricoli che esplicano la loro attività a titolo principale, purché dai medesimi condotti, sono soggetti all'imposta limitatamente alla parte di valore eccedente euro 25.882,84, con le riduzioni meglio ivi specificate.

Si è già avuto modo di osservare (v. in questa Riv., 2009, 210 e ss.) che la disposizione in parola subordina l'applicazione dell'agevolazione alle seguenti condizioni: *a*) che il terreno agricolo sia nel possesso (ossia, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 504/1992, sia oggetto di diritto reale) di un coltivatore diretto o imprenditore agricolo principale e *b*) costui lo conduca direttamente (ovvero, vi eserciti personalmente l'attività agricola).

Trattandosi di norma agevolativa, laddove l'ente impositore contesti al contribuente la fruibilità della medesima, spetterà a costui provarne la spettanza, in particolare e tra l'altro dimostrando il diretto esercizio dell'attività agricola sul terreno.

Di qui, la correttezza dell'orientamento della Corte di cassazione, secondo la quale l'imprenditore agricolo è onerato di provare la conduzione diretta del fondo; elemento, questo, che non può ritenersi dimostrato dalla mera qualificazione del soggetto passivo, quale coltivatore diretto o imprenditore agricolo, emergente dall'iscrizione del medesimo negli elenchi comunali di cui all'art. 11 della legge n. 9/1963. È evidente, infatti, che ciò non esclude che il contribuente possa aver ceduto a terzi, pur esercenti l'attività agricola, il godimento del fondo (v. Cass. 27 novembre 2009, n. 24959; Cass. 11 aprile 2008, n. 9510, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 564; Cass. 7 gennaio 2005, n. 214, in questa Riv., 2006, 176, con nota di ORLANDO).

## 5. IRAP.

### 5.1. I limiti della potestà impositiva regionale.

L'art. 2, comma 1 della legge n. 203/2008 ha stabilito che l'aliquota applicabile ai soggetti passivi IRAP esercenti l'attività agricola (nonché alle cooperative della piccola pesca e loro consorzi) è pari all'1,9 per cento.

Il legislatore tributario, dunque, con tale disposizione ha stabilito quale sia il regime fiscale IRAP applicabile, «a regime», a tale categoria di contribuenti, innovando rispetto alla previgente disciplina (avente origine nell'art. 45 del d.lgs. n. 446/1997) la quale, invece, rimetteva a disposizioni transitorie la determinazione dell'aliquota applicabile.

L'art. 16, comma 3 del d.lgs. n. 446/1997 prevede, peraltro, che «le Regioni hanno facoltà di variare l'aliquota» fissata dalla normativa statale (art. 16, comma 1), «fino ad un massimo di un punto percentuale».

La Presidenza del Consiglio dei ministri, con ricorso depositato dinanzi alla Corte costituzionale il 4 giugno 2009, al n. 35, ha impugnato l'art. 3, comma 2 della legge della Provincia di Trento 28 marzo 2009, n. 2, per violazione degli artt. 117, comma 2, lett. *e*) e 119 Cost., per aver stabilito, nella misura dello 0,9 per cento, l'aliquota IRAP applicabile agli esercenti l'attività agricola, in deroga, dunque, a quanto previsto dall'art. 2, comma 1 della legge n. 203/2008.

L'Avvocatura di Stato sostiene, nel ricorso, che la disposizione contenuta nella legge provinciale violerebbe le ricordate disposizioni costituzionali, perché, sulla base di consolidata giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 14 giugno 2007, n. 193; Corte cost. 14 aprile 2006, n. 155; Corte cost. 29 dicembre 2004, n. 431; Corte cost. 14 dicembre 2004, n. 381, tutte in *www.cortecostituzionale.it*), l'IRAP è un tributo statale; con la conseguenza che la normativa regionale non può incidere sugli elementi essenziali della fattispecie impositiva (quale è l'aliquota). D'altro canto, l'art. 16 del d.lgs. n. 446/1997 consente al legislatore regionale solo di variare, nei limiti del punto percentuale, l'aliquota IRAP ordinaria, non anche le aliquote agevolate previste dal legislatore statale, quale è quella (contemplata dall'art. 2, comma 1 della legge n. 203/2008) prevista per gli imprenditori agricoli.

Ne discende allora, secondo la Presidenza del Consiglio dei ministri, l'illegittimità della previsione adottata dalla Provincia di Trento, perché ha preteso di regolare un profilo, quello dell'aliquota agevolata per i soggetti operanti in agricoltura, appartenente alla competenza esclusiva del legislatore tributario nazionale. □

# MASSIMARIO

## Giurisprudenza civile

(a cura di IVAN CIMATTI)

**Previdenza sociale - Lavoro subordinato - Lavoro agricolo - Lavoratori agricoli a tempo determinato - Diritto alle prestazioni previdenziali - Presupposti - Prestazione lavorativa per un numero minimo di giornate - Iscrizione negli appositi elenchi (o possesso del certificato sostitutivo) - Necessità - Prova della complessa fattispecie - Onere gravante sul lavoratore - Esistenza di prove contrapposte - Prudente apprezzamento del giudice - Necessità.**

Cass. Sez. Lav. - 19-10-2009, n. 22108 - Sciarelli, pres.; Mammone, est.; Fucci, P.M. (parz. diff.) - INPS (avv. Fabiani ed a.) c. Salvà Gagliolo. (Cassa e decide nel merito App. Catania 8 aprile 2005)

Con riferimento ai lavoratori subordinati a tempo determinato nel settore dell'agricoltura, il diritto dei medesimi alle prestazioni previdenziali, al momento del verificarsi dell'evento protetto, è condizionato, sul piano sostanziale, dall'esistenza di una complessa fattispecie, che è costituita dallo svolgimento di una attività di lavoro subordinato a titolo oneroso per un numero minimo di giornate in ciascun anno di riferimento, che risulti dall'iscrizione dei lavoratori negli elenchi nominativi di cui al r.d. 24 settembre 1940, n. 1949 e successive modificazioni e integrazioni o dal possesso del cosiddetto certificato sostitutivo (il quale, a norma dell'art. 4, d.l.lgt. 9 aprile 1946, n. 212, può essere rilasciato a chi lo richiede nelle more della formazione degli elenchi). Pertanto, sul piano processuale, colui che agisce in giudizio per ottenere le suddette prestazioni ha l'onere di provare, mediante l'esibizione di un documento che accerti la suddetta iscrizione negli elenchi nominativi o il possesso del certificato sostitutivo (ed eventualmente, in aggiunta, mediante altri mezzi istruttori), gli elementi essenziali della complessa fattispecie dedotta in giudizio, fermo restando che il giudice del merito, a fronte della prova contraria eventualmente fornita dall'ente previdenziale, anche mediante la produzione in giudizio di verbali ispettivi, non può limitarsi a decidere la causa in base al semplice riscontro dell'esistenza dell'iscrizione (anche perché quest'ultima, al pari dei suddetti verbali ispettivi e alla stregua di ogni altra attività di indagine compiuta dalla pubblica amministrazione, ha efficacia di prova fino a querela di falso soltanto della provenienza dell'atto dal pubblico funzionario e della veridicità degli accertamenti compiuti, ma non del contenuto di tali accertamenti, qualora questi siano basati su dichiarazioni rese da terzi o, addirittura, dall'interessato), ma deve pervenire alla decisione della controversia mediante la comparazione e il prudente apprezzamento di tutti i contrapposti elementi probatori acquisiti alla causa (1).

(1) In tal senso, v. Cass. Sez. Un. 26 ottobre 2000, n. 1133, in questa Riv., 2000, 741, con nota di GATTA.

\*

**Sanità pubblica - Sanzioni amministrative - Disciplina dei rifiuti - Art. 14 del decreto legge n. 138 del 2002 - Interpretazione autentica dell'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 22 del 1997 - Portata - Beni o sostanze e materiali riutilizzabili nel ciclo produttivo - Natura di rifiuti - Esclusione - Intenzione od obbligo di disfarsi del bene o del materiale - Rilevanza - Limiti - Accertamento della destinazione da parte del giudice di merito - Insindacabilità in cassazione - Fattispecie.** (D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 6, comma 1; d.l. 8 luglio 2002, n. 138, art. 14; l. 8 agosto 2002, n. 178)

Cass. Sez. II Civ. - 22-9-2009, n. 20408 - Elefante; pres.; San Giorgio, est.; Russo, P.M. (diff.) - Provincia Como (avv. Brambilla

ed a.) c. Comodepur S.p.A. ed a. (avv. Barbato). (Conferma Trib. Como 23 luglio 2004)

In tema di smaltimento dei rifiuti, ai sensi dell'art. 14 del decreto legge n. 138 del 2002 (convertito nella legge n. 178 del 2002), che ha fornito l'interpretazione autentica dell'art. 6, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 22 del 1997, l'esistenza dell'intenzione o dell'obbligo di disfarsene non assume alcun rilievo ai fini della riconducibilità alla nozione di rifiuto dei beni o delle sostanze e dei materiali residuali di produzione che possono essere e sono effettivamente ed oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo, senza subire alcun intervento preventivo di trattamento e senza recare pregiudizio all'ambiente, ovvero dopo avere subito un trattamento preventivo senza che si renda necessaria alcuna operazione di recupero. L'accertamento della sussistenza o meno di tale destinazione spetta al giudice di merito, ed è insindacabile in cassazione, se congruamente e logicamente motivato. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, con la quale, in assenza di vizi di motivazione, era stata esclusa la riconducibilità alla nozione di rifiuto di oli esausti destinati alla lubrificazione di altri macchinari richiedenti oli con requisiti di qualità decrescenti) (1).

(1) Massima che conferma l'univoco orientamento giurisprudenziale, fra cui, Cass. 25 agosto 2006, n. 18556, in *Foro it.*, 2007, 1218; Cass. 21 febbraio 2006, n. 3740, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2, 451; Cass. 7 maggio 2004, n. 8696, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1817.

\*

**Agricoltura e foreste - Credito agrario - Provvidenze previste dalla legge n. 31/1991 - Diritto potestativo al finanziamento da parte dell'imprenditore agricolo nei confronti della banca - Configurabilità - Esclusione - Fondamento.**

Cass. Sez. I Civ. - 11-9-2009, n. 19689 - Luccioli, pres.; Tavassi, est.; Abbritti, P.M. (conf.) - Orlando ed a. (avv. Fares ed a.) c. San Paolo Banca Napoli S.p.A. ed a. (Conferma App. Bari 1° ottobre 2003)

In tema di credito agrario, in relazione alle provvidenze previste dall'art. 4 del d.l. 6 dicembre 1990, n. 367, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 gennaio 1991, n. 31, deve distinguersi il diritto alla provvidenza pubblica, il quale sorge, nei confronti del soggetto pubblico, in base alla legge, ed i cui presupposti sono accertati dal soggetto pubblico stesso, dal diritto al credito agrario, il quale, invece, sorge esclusivamente dal negozio di diritto privato concluso nell'ambito di un rapporto paritario tra l'imprenditore agricolo e la banca: pertanto, non è configurabile, in capo all'imprenditore agricolo richiedente, un diritto potestativo al finanziamento nei confronti dell'istituto di credito, la cui posizione resta, per converso, negozialmente autonoma all'atto di determinarsi o meno alla concessione del finanziamento, non avendo su di essa incidenza alcuna la prevista garanzia del fondo interbancario, che costituisce un'obbligazione accessoria e sussidiaria rispetto a quella assunta dal debitore principale e non dà luogo all'automatica sostituzione dell'obbligazione di quest'ultimo, la cui solvibilità quindi la banca è autorizzata e tenuta a verificare, al fine di deliberare o meno l'erogazione del finanziamento (1).

(1) Sul punto, in senso conforme, cfr. Cass. 21 febbraio 2006, n. 3673, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2, 442.

## Giurisprudenza penale

(a cura di PATRIZIA MAZZA)

**Acque - Tutela delle acque dall'inquinamento - Reflui stoccati in attesa di successivo smaltimento - Applicabilità della disciplina sui rifiuti.** (D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22; d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 74, 256; d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4)

Cass. Sez. III Pen. - 10-9-2009, n. 35138 - Onorato, pres.; Lombardi, est.; Montagna, P.M. (parz. diff.) - Bastone, ric. (*Conferma Trib. Lecce, Sez. dist. Nardò 15 ottobre 2008*)

*Sono da considerarsi rifiuti allo stato liquido, soggetti alla disciplina dell'art. 256, d.lgs. n. 152 del 2006, i reflui stoccati in attesa di un successivo smaltimento, fuori del caso delle acque di scarico, ovvero di quelle oggetto di diretta immissione nel suolo, nel sottosuolo o nella rete fognaria mediante una condotta o un sistema stabile di collettamento (1).*

(1) Giurisprudenza consolidata. *Ex plurimis* Cass. Sez. III 24 febbraio 2003, n. 8758, Conte, rv. 224.164, in fattispecie relativa ad espurgo di pozzi neri.

\*

**Sanità pubblica - Gestione dei rifiuti - Responsabilità del proprietario dell'area - Terreno locato a terzi per smaltimento dei rifiuti - Mancanza di autorizzazione - Responsabilità del proprietario - Sussistenza.** (D.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 51; d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 256)

Cass. Sez. III Pen. - 22-9-2009, n. 36836 - Onorato, pres.; Lombardi, est.; Di Popolo, P.M. (diff.) - Riezzo, ric. (*Annulla in parte senza rinvio App. Lecce 5 dicembre 2008*)

*Risponde del reato di gestione non autorizzata di rifiuti (art. 256, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) il proprietario che conceda in locazione un terreno a terzi per svolgerci un'attività di smaltimento di rifiuti, in quanto incombe sul primo, anche al fine di assicurare la funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.), l'obbligo di verificare che il concessionario sia in possesso dell'autorizzazione per l'attività di gestione dei rifiuti e che questi rispetti le prescrizioni contenute nel titolo abilitativo (1).*

(1) In termini Cass. Sez. III 12 novembre 2004, n. 44274, Preziosi, rv. 230.173, in *Giur. it.*, 2005, 7, 1499.

\*

**Bellezze naturali (protezione delle) - Reati ambientali - Zone sottoposte a vincolo - Zone «umide» - Elenco allegato al d.p.r. 13 marzo 1976, n. 448 attuativo della Convenzione di Ramsar - Mancata inclusione in tale elenco - Insussistenza del reato - Condizioni.** [D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 142, comma 1, lett. a) e d), 181; d.p.r. 13 marzo 1976, n. 448]

Cass. Sez. III Pen. - 7-10-2009, n. 38921 - De Maio, pres.; Petti, est.; Salzano, P.M. (parz. diff.) - Monti e a., ric. (*Annulla in parte senza rinvio App. Cagliari 4 dicembre 2008*)

*Non sussiste il reato paesaggistico in caso di esecuzione di interventi nelle «zone umide» [art. 142, comma primo, lett. i), d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42] non comprese nell'elenco allegato*

*al d.p.r. 13 marzo 1976, n. 448, attuativo della Convenzione di Ramsar del 2 febbraio 1971, se dette zone non siano assimilabili per le loro caratteristiche né ai laghi né alle acque demaniali marittime. (La Corte ha precisato che se invece le zone risultino assimilabili ai laghi o alle acque demaniali esse restano soggette alla disciplina paesaggistica, non rilevando la mancata inclusione nell'elenco, la cui funzione è quella di individuare e tutelare l'habitat degli uccelli acquatici) (1).*

(1) In senso conforme, in riferimento alla zona di protezione speciale denominata «Murgia Alta», Cass. Sez. III 22 novembre 2003, n. 44409 (c.c.), Natale, rv. 226.400, in *Giust. pen.*, 2004, 8, 491.

\*

**Sanità pubblica - Rifiuti - Reati contro il patrimonio - Delitti - Truffa - Circostanze aggravanti - Truffa in danno dello Stato o altro ente pubblico - Truffa in danno di società per azioni incaricata del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti - Aggravante di cui all'art. 640 c.p., cpv. n. 1 - Configurabilità - Esclusione.** (C.p., art. 640, comma 2, n. 1; l. 8 giugno 1990, n. 142; l. 23 dicembre 1992, n. 498, art. 12; l. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 23)

Cass. Sez. II Pen. - 28-10-2009, n. 41498 - Casucci, pres.; Davigo, est.; Passacantando, P.M. (conf.) - Bilardello, ric. (*Annulla senza rinvio Trib. lib. Palermo 6 aprile 2009*)

*Non è configurabile l'aggravante inerente alla natura pubblica della persona offesa dal reato di truffa in relazione ad una società per azioni incaricata del servizio di raccolta, smaltimento e gestione complessiva dei rifiuti a norma dell'art. 23, d.lgs. n. 22 del 1997, in quanto la natura pubblica del servizio prestato e delle funzioni svolte assume rilievo esclusivamente ai fini della qualifica dei soggetti agenti, secondo la concezione funzionale oggettiva accolta dagli artt. 357 e 358 c.p. (1).*

(1) Nello stesso senso Cass. Sez. II 24 febbraio 2003, n. 8797 (c.c.), Catalano, rv. 223.664.

\*

**Acque - Tutela delle acque dall'inquinamento - Scarico senza autorizzazione di reflui provenienti da attività d'allevamento del bestiame - Modifiche apportate al d.lgs. n. 152 del 2006 dal d.lgs. n. 4 del 2008 - Assimilazione di tali reflui alle acque reflue domestiche - Depenalizzazione - Sussistenza.** (D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4)

Trib. Bologna - 20-1-2010, n. 142 - Mennuni, giud. un.

*In tema di tutela delle acque dall'inquinamento, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, lo scarico senza autorizzazione degli effluenti d'allevamento non è più previsto dalla legge come reato, ma integra l'illecito amministrativo (1).*

(1) Sul punto, in senso conforme, Cass. Sez. III 2 luglio 2008, n. 26532, Calderone, in questa Riv., 2008, 626, con nota di C. SABBATINI, *Sulla nozione di «effluenti di allevamento».*

## Giurisprudenza amministrativa

(a cura di FILIPPO DE LISI)

**Ambiente - Inquinamento - Smaltimento rifiuti - Rimozione - Ordine - Competenza - Dirigente dell'ufficio tecnico.**

**Ambiente - Inquinamento - Smaltimento rifiuti - Bonifica terreni - Ordine - Destinatario - Curatela fallimentare - Esclusione.**

Cons. Stato, Sez. V - 12-6-2009, n. 3765 - Iannotta, pres.; Poli, est. - Comune di Napoli (avv.ti Barone, Tarallo e Pizza) c. Fallimento S. S.p.A. (avv. Macri) e Fallimento B. s.r.l. (n.c.).

*La competenza ad emettere l'ordinanza di rimozione dei rifiuti in un'area interessata da deposito abusivo spetta al dirigente dell'ufficio tecnico a ciò proposto e non già al sindaco (1).*

*La curatela fallimentare non può essere destinataria di ordinanze sindacali dirette alla bonifica di siti inquinati, per effetto del precedente comportamento omissivo o commissivo dell'impresa fallita (2).*

(1-2) Il Consiglio di Stato ha confermato con diversa motivazione la sentenza del T.A.R. Campania, Sez. V 14 febbraio 2008, n. 841 (non risulta edita).

Le massime, conformi a copiosa giurisprudenza in materia, vanno condivise.

\*

**Ambiente - Opere pubbliche - Impugnazione - Interesse - Criterio della vicinitas - Legittimità.**

**Ambiente - Opere pubbliche - Valutazione impatto ambientale - Riferimento all'intera opera - Necessità.**

Cons. Stato, Sez. V - 16-6-2009, n. 3849 - Branca, pres.; Caringella, est. - E.A. (avv.ti Petretti e Ceruti) c. Regione Veneto (avv.ti Zanon, Manzi e Londei), Soc. V.S. S.p.A. (avv. Biagini), Provincia di Rovigo (avv.ti Bernecoli, Massafra e Paparella), Provincia di Mantova e Comune di Ostiglia (avv.ti Colombo e Sperati) e a. (n.c.).

*Il proprietario di area soggetta ad interventi di localizzazione di infrastrutture ha interesse ad impugnare i relativi provvedimenti, anche sulla base del criterio della vicinitas, a tutela di interessi incisi da atti e comportamenti dell'amministrazione che li ledono direttamente e personalmente (1).*

*La procedura relativa alla valutazione di impatto ambientale non può essere elusa a mezzo di un riferimento a realizzazioni o interventi parziali, caratteristici nelle opere da realizzarsi per «tronchi» o «lotti», necessitando la valutazione ambientale di una visione unitaria dell'opera, ostante alla possibilità che, con meccanismo di stampo elusivo, l'opera venga artificiosamente suddivisa in frazioni eseguite in assenza della valutazione, perché, isolatamente prese, non configurano interventi sottoposti al regime protettivo (2).*

(1-2) Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del T.A.R. Veneto, Sez. I 20 marzo 2007, n. 801 (non risulta edita).

In particolare, per quanto concerne l'interesse all'impugnazione, il Consiglio di Stato ha evidenziato il significativo impatto ambientale dell'opera (realizzazione di tracciati stradali), destinata a creare un rilevante incremento del traffico veicolare idoneo ad incidere in senso pregiudizievole su terreni agricoli immediatamente limitrofi.

Le massime vanno condivise. In senso conforme, v.: Cons. Stato, Sez. IV 2 ottobre 2006, n. 5760, in *Giurisd. amm.*, 2006, I, 1419; Sez. VI 30 agosto 2002, n. 4368, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1717.

**Amministrazione pubblica - Organi - Prorogatio - Atti adottati in proroga di fatto - Sono fatti salvi.** (L. 15 luglio 1994, n. 444; d.l. 18 settembre 1992, n. 381, art. 8, comma 2)

**Ambiente - Imposizione vincolo ambientale - Carattere insindacabile - Ponderazione interessi privati - Necessità - Esclusione.** (Cost., art. 9)

Cons. Stato, Sez. V - 12-6-2009, n. 3770 - Iannotta, pres.; Poli, est. - Regione Lombardia (avv.ti Pujatti e Pompa) c. F. S.p.A. (avv.ti Sala, Sala e Gattamelata).

*Ai sensi dell'art. 8, comma 2, del d.l. 18 settembre 1992, n. 381 (più volte reiterato fino alla sua conversione avvenuta con l. 15 luglio 1994, n. 444), sono fatti salvi, in osservanza del principio di continuità, certezza e trasparenza dell'operato degli organi amministrativi, tutti gli atti adottati nel periodo di proroga di fatto (1).*

*In sede di imposizione del vincolo di tutela ambientale, le scelte effettuate dall'amministrazione sono sostanzialmente insindacabili, alla luce del valore primario ed assoluto riconosciuto dall'art. 9 Cost. al paesaggio ed all'ambiente, in quanto tale imposizione non richiede una ponderazione degli interessi privati unitamente ed in coerenza con gli interessi pubblici connessi con la tutela paesaggistica, neppure allo scopo di dimostrare che il sacrificio imposto al privato sia stato contenuto nel minimo possibile, sia perché la dichiarazione di particolare interesse sotto il profilo paesistico non è un vincolo di carattere espropriativo, costituendo i beni in questione una categoria originariamente di interesse pubblico, sia perché, comunque, la disciplina costituzionale del paesaggio erige il valore estetico-culturale a valore primario dell'ordinamento (2).*

(1-2) Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del T.A.R. Lombardia, Sez. I 1° agosto 2007, n. 5515 (non risulta edita). Nella specie si è trattato del vincolo ambientale apposto su una vasta area circostante il percorso del c.d. cavo del Ticinello, canale irriguo scolmatore del Naviglio grande.

Le massime vanno condivise. Sulla prima massima, in senso conforme, v.: Cons. giust. amm. Reg. sic. 22 settembre 1999, n. 399 e Cons. Stato, Sez. V 26 maggio 1997, n. 565, in *Cons. Stato*, rispettivamente 1999, I, 1501 e 1997, I, 724. Sulla seconda massima, in senso conforme, v.: Cons. Stato, Sez. VI 10 settembre 2008, n. 4310 e 6 maggio 2008, n. 2004, in *Giurisd. amm.*, 2008, I, rispettivamente 1195 e 612.

\*

**Edilizia e urbanistica - Zonizzazione - Denominazione diversa da quelle del d.m. 2 aprile 1968 - Ragioni - Contemperamento esigenze di tutela ambientale con produzione agricola - Legittimità.** (D.m. 2 aprile 1968)

Cons. Stato, Sez. IV - 6-7-2009, n. 4308 - Cossu, pres.; Maruotti, est. - K. Chiari (avv. Peroni) c. Comune di Mascoline (avv.ti Romaneli e Bonomi).

*L'autorità urbanistica può specificamente determinare la destinazione delle zone da pianificare, senza strettamente atternersi alle denominazioni contenute nel d.m. 2 aprile 1968, per cui anche le zone agricole, quando risultano meritevoli di una particolare tutela sotto il profilo ambientale, possono essere denominate diversamente (nella specie, «parco rurale») (1).*

(1) Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del T.A.R. Lombardia, Brescia 2 luglio 2002, n. 1022 (non risulta edita). In proposito, ha osservato che l'autorità urbanistica ben può tener conto delle caratteristiche dei luoghi e prevedere un particolare regime giuridico che contemperi le esigenze di tutela ambientale (anche degli edifici rurali preesistenti) con quelle della produzione agricola.

## PARTE III - PANORAMI

## RASSEGNA DI LEGISLAZIONE

## LEGISLAZIONE COMUNITARIA

Iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Makói vöröshagyma o Makói hagyma (DOP)]. *Reg. Commissione 5 novembre 2009, n. 1052/2009*. (G.U.U.E. 6 novembre 2009, n. L 290)

Iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette [âerná Hora (IGP)]. *Reg. Commissione 5 novembre 2009, n. 1054/2009*. (G.U.U.E. 6 novembre 2009, n. L 290)

Approvazione di modifiche non secondarie del disciplinare di una denominazione registrata nel registro delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette [«La Bella della Daunia» (DOP)]. *Reg. Commissione 6 novembre 2009, n. 1067/2009*. (G.U.U.E. 7 novembre 2009, n. L 291)

Iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Riso del Delta del Po (IGP)]. *Reg. Commissione 10 novembre 2009, n. 1078/2009*. (G.U.U.E. 11 novembre 2009, n. L 294)

Iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Limone Interdonato Messina (IGP)]. *Reg. Commissione 11 novembre 2009, n. 1081/2009*. (G.U.U.E. 12 novembre 2009, n. L 295)

Approvazione di modifiche non secondarie del disciplinare di una denominazione registrata nel registro delle denominazioni d'origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Prosciutto di Norcia (IGP)]. *Reg. Commissione 11 novembre 2009, n. 1082/2009*. (G.U.U.E. 12 novembre 2009, n. L 295)

Iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Sobao Pasiago (IGP)]. *Reg. Commissione 11 novembre 2009, n. 1083/2009*. (G.U.U.E. 12 novembre 2009, n. L 295)

Protezione degli animali durante l'abbattimento. *Reg. Consiglio 24 settembre 2009, n. 1099/2009*. (G.U.U.E. 18 novembre 2009, n. L 303)

Iscrizione di una denominazione nel registro delle denominazioni di origine protette e delle indicazioni geografiche protette [Moutarde de Bourgogne (IGP)]. *Reg. Commissione 24 novembre 2009, n. 1131/2009*. (G.U.U.E. 25 novembre 2009, n. L 310)

## LEGISLAZIONE NAZIONALE

Disposizioni sul controllo della produzione dei vini ad indicazione geografica protetta. *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 31 luglio 2009*. (G.U. 3 ottobre 2009, n. 230)

Modifica del decreto 6 agosto 2004, relativo alla protezione transitoria accordata a livello nazionale alla modifica del disciplinare di produzione della denominazione di origine protetta «Pomodoro S. Marzano dell'Agro Sarnese-Nocerino», registrata con regolamento (CE) n. 1236/96 della Commissione del 1° luglio 1996. *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 24 settembre 2009*. (G.U. 13 ottobre 2009, n. 238)

Modifica del decreto 25 marzo 2005 relativo alla protezione transitoria accordata a livello nazionale alla denominazione «Vul-

ture» per la quale è stata inviata istanza alla Commissione europea per la registrazione come denominazione di origine protetta. *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 24 settembre 2009*. (G.U. 13 ottobre 2009, n. 238)

Modifica del decreto 11 settembre 2000, relativo alla protezione transitoria accordata a livello nazionale alla modifica del disciplinare di produzione della denominazione di origine protetta «Montasio» registrata con regolamento (CE) n. 1107/96 della Commissione del 12 giugno 1996. *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 24 settembre 2009*. (G.U. 15 ottobre 2009, n. 240)

Modificazioni al disciplinare di produzione dei vini a denominazione di origine controllata «Parrina». *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 23 settembre 2009*. (G.U. 15 ottobre 2009, n. 240)

Rettifica del disciplinare di produzione dei vini a denominazione di origine controllata «Torgiano» annesso al decreto 15 giugno 2009. *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 23 settembre 2009*. (G.U. 17 ottobre 2009, n. 242)

Rettifica al decreto 4 settembre 2009, di riconoscimento della denominazione di origine controllata dei vini «Terre Alfieri». *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 8 ottobre 2009*. (G.U. 21 ottobre 2009, n. 245)

Rettifica al decreto 6 agosto 2009 di modifica della denominazione di origine controllata dei vini «Colli Berici». *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 8 ottobre 2009*. (G.U. 21 ottobre 2009, n. 245)

Modifica del decreto 13 gennaio 2006, relativo alla protezione transitoria accordata a livello nazionale alla modifica del disciplinare di produzione della denominazione di origine protetta «Robiola di Roccaverano» registrata con regolamento (CE) n. 1263/96 della Commissione del 1° luglio 1996. *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 5 ottobre 2009*. (G.U. 24 ottobre 2009, n. 248)

Modificazioni al disciplinare di produzione dei vini a denominazione di origine controllata «Alghero». *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 7 ottobre 2009*. (G.U. 24 ottobre 2009, n. 248)

Deroga, per la campagna vitivinicola 2009/2010, all'art. 5, comma 9, del disciplinare di produzione dei vini a denominazione di origine controllata «Valpolicella» tipologie «Amarone della Valpolicella» e «Recioto della Valpolicella». *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 20 ottobre 2009*. (G.U. 29 ottobre 2009, n. 252)

Deroga, per la sola campagna vitivinicola 2009/2010, all'art. 5, comma 3, del disciplinare di produzione della denominazione di origine controllata «Cinque Terre» e «Cinque Terre Sciacchetrà». *D.M. (politiche agricole, alimentari e forestali) 20 ottobre 2009*. (G.U. 29 ottobre 2009, n. 252)

Istituzione della Consulta delle Associazioni dei consumatori e dei produttori in materia di sicurezza alimentare. *D.M. (lavoro, salute e politiche sociali) 18 settembre 2009*. (G.U. 30 ottobre 2009, n. 253)

## LEGISLAZIONE REGIONALE

## EMILIA-ROMAGNA

Ridelimitazione dei comprensori di bonifica e riordino dei consorsi. *L.R. 24 aprile 2009, n. 5*. (B.U. 24 aprile 2009, n. 47)

**FRIULI-VENEZIA GIULIA**

Legge regionale n. 9/2007, art. 96. Regolamento per la tutela della flora e della fauna di importanza comunitaria e di interesse regionale, in esecuzione dell'art. 96 della l.r. 23 aprile 2007, n. 9 (Norme in materia di risorse forestali). *D.P.R. 20 marzo 2009, n. 74*. (B.U. 1° aprile 2009, n. 13)

**LIGURIA**

Attuazione degli artt. 159, comma 1, 148 e 146, comma 6, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) e successive modifiche e integrazioni. *L.R. 5 giugno 2009, n. 22*. (B.U. 17 giugno 2009, n. 10)

**LOMBARDIA**

Disposizioni in materia di ambiente e servizi di interesse economico generale - Collegato ordinamentale. *L.R. 29 giugno 2009, n. 10*. (B.U. 30 giugno 2009, n. 26)

**TRENTINO-ALTO ADIGE**

(Provincia di Trento)

Modifiche del regolamento «Provvedimenti contro l'inquinamento prodotto da rumore». *D.P.P. 5 agosto 2008, n. 39*. (B.U. 7 ottobre 2008, n. 41/I-II)

Regolamento concernente le procedure per l'individuazione delle Zone speciali di conservazione e delle Zone di protezione speciale, per l'adozione e l'approvazione delle relative misure di conservazione e dei piani di gestione delle aree protette provinciali, nonché la composizione, le funzioni e il funzionamento della cabina di regia delle aree protette e dei ghiacciai e le disposizioni per la valutazione di incidenza (artt. 37, 38, 39, 45, 47 e 51 della l.p. 23 maggio 2007, n. 11). *D.P.P. 3 novembre 2008, n. 50*. (B.U. 23 dicembre 2008, n. 53)

**VENETO**

Modifiche alla l.r. 28 aprile 1998, n. 19 «Norme per la tutela delle risorse idrobiologiche e della fauna ittica e per la disciplina dell'esercizio della pesca nelle acque interne della Regione Veneto». *L.R. 13 marzo 2009, n. 4*. (B.U. 17 marzo 2009, n. 23)

**LIBRI**

**Guida pratica contro gli «illeciti ambientali in bianco». Gli atti autorizzatori illegittimi delle pubbliche amministrazioni**, di MAURIZIO SANTOLOCI, VALENTINA STEFUTTI, La Tribuna, Piacenza, 2008, pp. 223, euro 21,00.

Nel campo della normativa ambientale il primo istinto di ciascun privato cittadino, appena nota qualcosa di irregolare, in presunta violazione di legge, è quella di ricorrere alla «denuncia» o all'«esposto».

In genere, in una sorta di immaginario collettivo, si identifica nella magistratura (e in particolare in quella penale) l'organo istituzionalmente deputato a ricevere ogni sorta di doglianza tesa all'accertamento di un determinato caso. E spesso si hanno forti delusioni.

Infatti, nonostante la carica e l'entusiasmo che gli Autori hanno riversato in questo volume diretto a quella che identificano come «autorità», quest'ultima spesso non si muove, o addirittura, dopo un certo tempo dalla proposizione della denuncia o dell'esposto, abbiamo notizia di inspiegabili archiviazioni o di procedure non portate a termine.

Intanto si può dire che il titolo e il contenuto di questa agile pubblicazione certamente non rientrano negli *standard* ordinari delle pubblicazioni in materia giuridico ambientale.

Si tratta infatti di un settore particolare, poco conosciuto e affatto affrontato in sede editoriale e seminariale; eppure rappresenta una materia importante, che coinvolge in modo diretto e profondo diversi settori cardine della disciplina della tutela giuridico ambientale nel nostro sventurato Paese.

A rigor di logica, se le cose andassero tutte nel giusto verso a livello amministrativo e politico, la materia qui trattata non avrebbe senso di esistere. In realtà, quando si parla di illeciti in materia ambientale, si pensa sempre a coloro che pongono in essere attività e realizzano opere e comportamenti violando le normative di settore; ipotizzando, sempre come regola ordinaria, che a loro carico comunque esiste un sistema di controllo amministrativo (prim'ancora che penale) in grado di contrastare e reprimere tali violazioni.

Pochi pensano che non sempre è così, perché in molti casi le violazioni di legge non sono poste in essere da soggetti privati che violano la normativa per perseguire la loro finalità, ma in modo incredibile e paradossale le violazioni di legge sono contenute in alcuni atti amministrativi che poi, a loro volta, autorizzano i privati e le società ad attuare comportamenti e realizzare opere che in se stesse sono in palese violazione di legge.

Citiamo il caso, ad esempio, della vicenda di «Punta Perotti», che costituisce un tipico caso di scuola, caratterizzandosi per la singolarità, sino al limite del paradossale, soprattutto, per citare la giurisprudenza della Cassazione, in forza della «assoluta disinvoltura con la quale si è svolto il complesso procedimento ammini-

strativo che ha portato all'improvvido rilascio dei provvedimenti autorizzatori e concessori (...) procedimento assolutamente illegittimo ai limiti dell'illiceità, con macroscopica ignoranza delle finalità rappresentative e di tutela della collettività intrinsecamente connesse alla funzione pubblica (...) tanto da fare sorgere il dubbio che la pubblica amministrazione avesse tutt'altre finalità da perseguire, e non certo a tutela di interessi pubblici, quali potrebbero essere quelle di consentire a tutti i costi la edificazione della zona in questione nonostante i divieti normativi».

Da quello che emerge dalla lettura del testo, insomma, apprendiamo che si tratta di una vera e propria nuova disciplina, da molti sconosciuta o sottovalutata, per lo più sviluppata nel campo dell'edilizia e dei vincoli paesaggistico-ambientali, ma ormai emergente anche nel settore delle acque e dei rifiuti; una realtà che sta determinando e causando una latente (e silenziosa) statistica di opere e attività realizzate in palese violazione di legge, ma nel contempo apparentemente intoccabili, in quanto coperte e avallate da atti amministrativi in se stessi illegittimi, in quanto a loro volta emanati in violazione di legge.

Un circolo vizioso apparentemente inespugnabile, e in ordine al quale sembra che nessuno possa fare nulla: la complessità e la rigidità dei ricorsi amministrativi blindano in pratica questi atti illegittimi, e apparentemente il sistema penale è impotente ed estraneo ad ogni intervento. Nascono così quelli che, secondo l'originale definizione degli Autori, i primi a coniare queste espressioni, possono definirsi come «illeciti ambientali in bianco», derivanti appunto da atti autorizzatori illegittimi delle pubbliche amministrazioni.

In questo testo, dunque, e per la prima volta in Italia, viene affrontata questa materia in modo organico, facendo il punto sulla situazione, e offrendo sia ai privati cittadini e alle associazioni ambientaliste e animaliste da un lato, sia agli organi di polizia giudiziaria deputati ai controlli sul territorio e materia ambientale dall'altro, validi e chiari strumenti giuridici per affrontare, anche e soprattutto in sede penale, questo emergente e pericoloso fenomeno.

Insomma, questo libro apre un vero e proprio fronte nel campo della disciplina giuridica della tutela dell'ambiente, schiudendo (finalmente!) una finestra su una realtà che finora è stata considerata come minore.

Abbiamo nelle mani, tradotti in termini concreti, pratici e accessibili a tutti, una serie di principi giuridici di base e di elaborazioni giurisprudenziali che consentono a tutti (privati, associazioni, forze di polizia) di poter intervenire in modo efficace e concreto contro gli «illeciti ambientali in bianco» e i connessi atti autorizzatori illegittimi delle pubbliche amministrazioni.

Fulvio Di Dio