

SOMMARIO

PARTE PRIMA

DOTTRINA

	<i>pag.</i>
ANTONIO SCIAUDONE, <i>Agricoltura, persona, beni (Una prospettiva per lo studio sulla qualificazione giuridica dei beni)</i>	147

RICERCHE E DOCUMENTAZIONI

ANTONIO JANNARELLI, <i>La segnalazione AS1266 del 22 marzo 2016 tra Politica agricola comunitaria e politiche dell'Autorità nazionale antitrust: cronache (amare) dal Bel Paese</i>	182
(In Appendice): AS1266 - Accordi relativi a prezzi di uve destinate alla produzione di vini DOCG e DOC	208
MARIAGRAZIA ALABRESE, <i>TIP e agroalimentare. Prime riflessioni a margine delle proposte dell'Unione europea nella negoziazione della Trans-atlantic Trade and Investment Partnership</i>	210

OSSERVATORIO EUROPEO E INTERNAZIONALE

GUNTHER HERNÁN GONZALES BARRÓN, <i>Propiedad agraria y función social en el derecho peruano</i>	243
---	-----

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

SENTENZE E MASSIME ANNOTATE

AMARILLIDE GENOVESE, <i>“Non piangere sul whisky versato”?</i> Note a margine di una recente decisione della Corte di giustizia europea sul prezzo minimo imposto delle bevande alcoliche	94
ALBERTO GERMANÒ, <i>Alla ricerca della certezza del diritto tra la forza della storia e la funzione normativa dei giudici. Una non persuasiva sentenza delle Sezioni unite sulla proprietà regoliera</i>	108
ALBERTO GERMANÒ, <i>Occupazione di demani civici e pagamento di indennità</i>	126

DOTTRINA

PARTE PRIMA

RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO

D O T T R I N A

ANTONIO SCIAUDONE

AGRICOLTURA, PERSONA, BENI

(Una prospettiva per lo studio sulla qualificazione giuridica dei beni)

SOMMARIO: 1. L'uso razionale dell'acqua ai fini agricoli. – 2. La nozione di bene in senso giuridico e i diritti fondamentali della persona. – 3. La *natura delle cose* e la inadeguatezza dei regimi proprietari. *Oltre* il binomio appartenenza-esclusione. – 4. La problematica individuazione di una categoria unitaria di *beni comuni*. – 5. La persona e i beni. Il lavoro quale strumento di *giustificazione* della proprietà privata. I beni *oltre* la proprietà. La razionalità propria delle risorse fondamentali (acqua e terra) quale strumento (concorrente) di qualificazione dei beni.

1. L'agricoltura, al pari, sembrerebbe di poter dire, di qualsiasi altra attività umana, postula la disponibilità dell'acqua.

È a tutti evidente, però, come l'acqua non sia soltanto uno dei fattori che concorrono alla produzione agricola, ma ne costituisca invece l'elemento fondante, diversamente da quanto avviene per altre attività produttive o commerciali, l'esercizio delle quali potrebbe svolgersi anche in difetto di utilizzazione di acqua, sia pure, in ipotesi, con un aggravio di costi. L'acqua, infatti, è necessaria per lo sviluppo della vita, e l'agricoltura altro non è se non un'attività diretta «alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine», secondo la definizione che di essa fornisce l'art. 2135 cod. civ.

È vero, peraltro, che la moderna tecnologia, pur pervenuta al risultato di rendere possibili attività agricole che non si avvalgano più dell'uso della terra, non ha elaborato forme alternative di agricoltura che possano fare a meno dell'acqua, ed è arduo immaginare che possa riuscirci dal momento che tutti gli esseri viventi, siano essi piante o animali, sono costituiti per la maggior parte di acqua.

L'acqua è dunque necessaria all'esercizio dell'agricoltura ancor più della terra coltivabile¹.

L'indissolubilità, almeno allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche, del rapporto tra agricoltura e acqua emerge con ancora maggiore evidenza ove si rifletta, da un lato, sul ruolo strategico, al fine della sicurezza e della stabilità delle nazioni, che l'agricoltura conserva, pur nella fase attuale di economia globalizzata, anzi ancora di più nell'attuale momento; dall'altro sulla ineludibilità dell'osservanza di regole di razionalità tecnica rivolte a consentire l'uso ripetuto nel tempo della risorsa indispensabile all'esercizio dell'attività produttiva agricola. Regole che, nell'agricoltura classica, erano soprattutto rivolte a garantire la idoneità produttiva costante nel tempo della terra coltivabile (basti, a solo titolo di esempio, ricordare l'applicazione del criterio della rotazione agraria), e che, dell'acqua, miravano ad assicurare la conservazione e il più efficiente utilizzo, piuttosto che la rinnovabilità della risorsa, considerata inesauribile; e che oggi, invece, devono essere rielaborate sulla scorta del rilievo della minaccia che alla supposta inesauribilità dell'acqua proviene dal previsto incremento demografico della popolazione del pianeta e dal timore di cambiamenti climatici, siano o meno questi indotti dall'uomo.

D'altro canto, non può sfuggire che la corretta applicazione di regole tese a rendere possibile la perpetuità dell'uso della terra a fini agricoli si iscrive entro il fascio degli interessi esclusivi del titolare del diritto dominicale, nel senso che il difetto di un uso razionale del bene si risolve, di regola, in una diminuzione delle potenzialità di reddito ricavabile e in una riduzione del valore di scambio del bene, ma in nessun caso incide sulla efficienza produttiva dei terreni che siano nella disponibilità altrui. Si tratta, dunque, di conseguenze che, colpiscono soltanto il proprietario, e che, solo indirettamente, nei casi più gravi, possono costituire fonte di danno per le esigenze della

¹ Di intimo rapporto dell'acqua con il fondo rustico, e quindi del rapporto tra agricoltura e acqua, discorre G. GALLONI, *L'agricoltura nella scala delle priorità sull'uso dell'acqua*, in *Acqua, agricoltura, ambiente. Atti del convegno* (Siena 24-25 novembre 2000), a cura di E. Rook Basile e A. Germanò, Giuffrè, Milano, pp. 57-58.

produzione nazionale; danno che, ai sensi dell'art. 838 cod. civ., può essere scongiurato attraverso un provvedimento di espropriazione ad opera dell'autorità amministrativa.

Al contrario, l'uso irrazionale dell'acqua a fini agricoli è destinato a irradiare i suoi effetti ben oltre il ristretto ambito del singolo agricoltore-utilizzatore, ed incide direttamente sull'efficienza dell'attività agricola, non soltanto dei coltivatori confinanti, ma su quella di tutti coloro, anche molto lontani, che attingono alla medesima risorsa; e, più in generale, sull'interesse della produzione.

La valutazione di un interesse all'uso razionale dell'acqua, tale da trascendere la cifra meramente proprietaria del conflitto tra distinti possibili utilizzatori rivali, anche quando si trattasse di "acque non pubbliche", non sembrava del resto estranea al codice civile del 1942, e nemmeno alle precedenti disposizioni contenute nel r.d. n. 215/1933 (nuove norme per la bonifica integrale) e nel r.d. n. 1775/1933 (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici).

Ed invero la dottrina non ha mai mancato di manifestare insoddisfazione per una ricostruzione dei diritti del singolo sull'acqua in termini dominicali, ben prima che la legge Galli provvedesse a dichiarare che «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà»².

Tuttavia, il superamento della considerazione dell'acqua quale risorsa inesauribile rende forse più immediatamente percepibile, quando il punto di riferimento sia costituito dall'esercizio di una attività agricola, la relazione tra il «razionale sfruttamento del suolo» e l'uso (che deve essere) altrettanto razionale dell'acqua. In entrambi i casi, l'adozione di comportamenti razionali è richiesta, prima ancora che per l'efficienza dell'attività produttiva, per la garanzia di perpetuazione dell'utilizzo della risorsa.

Ciononostante, ove pure si rilevi che l'agricoltura tradizionalmente rappresenta un'attività nella quale la considerazione della

² Art. 1, legge 5 gennaio 1994, n. 36.

possibilità della sua proiezione in un tempo futuro non è mai rimasta estranea né alla prassi degli operatori, né alle valutazioni del legislatore e del giurista, si dovrà convenire che la esigenza di protezione della risorsa idrica, funzione anche della più ampia platea dei soggetti e degli interessi coinvolti, può esser conseguita soltanto a condizione di un ripensamento finanche dei modelli di esercizio dell'attività agricola.

La esigenza della razionalità dell'uso, in vista dell'acquisizione della garanzia della futura, costante e generale disponibilità della risorsa, per scopi agricoli ed extra-agricoli, diventa in tal modo centrale ai fini della costruzione del modello giuridico di regolazione al quale devono essere ricondotte le relative "potenzialità" di sfruttamento (si preferisce per ora utilizzare un'espressione neutra), in termini di qualità, quantità, tempo e soggetti abilitati all'uso, e non solo; ed è egualmente decisiva, per l'interprete, ai fini dell'esame delle necessarie limitazioni, che una rinnovata disciplina della risorsa impone all'esercizio dell'agricoltura. Limitazioni che si spingono fino a determinare una diversa conformazione della proprietà del fondo rustico, vale a dire del bene che l'ordinamento assume quale paradigma della "cosa produttiva".

D'altro canto, acquisita, anche sul piano legislativo, la consapevolezza della incomprimibilità dell'acqua entro gli angusti schemi della proprietà privata borghese, è emersa poi, nelle riflessioni più recenti, la difficoltà di pervenire ad una soddisfacente sistemazione di una disciplina che, tesa al contemperamento di tutti gli eterogenei interessi che all'uso della risorsa sono collegati, non riesce, tuttavia, a liberarsi definitivamente dal pregiudizio proprietario.

Di tanto la prova è fornita dall'acceso dibattito, non privo di connotazioni ideologiche, sviluppatosi intorno alla possibile definizione dell'acqua quale bene comune³.

³ L'acqua, in quanto «simbolo forte di un legame stretto e imprescindibile fra risorse naturali e comunità umane» (M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, p. 103) assume «rilievo centrale nella riflessione volta alla elaborazione di una teoria giuridica del 'comune'» (V. DE OTO, *L'acqua 'bene comune'. Spunti ricostruttivi per uno statuto delle risorse idriche*, in corso di pubblicazione). La indisponibilità dell'uso dell'acqua, «bene finito da tutelare an-

Un dibattito che coinvolge, com'è noto, prima ancora della risorsa idrica, il contenuto della nozione di bene comune, la ammissibilità di una siffatta nozione nel nostro ordinamento, e finanche la sua utilità⁴.

Cosicché la qualificazione dell'acqua in termini di bene comune impone una preliminare analisi tesa alla individuazione, sulla scorta degli indici normativi disponibili, di una possibile definizione di bene comune; analisi che deve essere necessariamente estesa al problema della delimitazione della ampiezza della categoria e a quello della effettiva rilevanza della nozione. Si tratta di questioni evidentemente collegate al profilo della utilità della costruzione di un modello di bene che sfugga all'alternativa pubblico-privato, la soluzione delle quali presuppone, pertanto, la individuazione degli interessi, normativamente giudicati meritevoli di tutela, per i quali le forme ordinarie del regime proprietario appaiono inadeguate. Del resto, il rinnovato interesse verso "altri modi di possedere" trae origine dalla rilevazione della insufficienza dei tradizionali strumenti del dominio reale, elaborati in attuazione dei principi delle libertà borghesi, a garantire la soddisfazione di interessi a titolarità diffusa, soprattutto quando sia in gioco la tutela dei diritti fondamentali della persona.

2. L'esame del rapporto che può istituirsi tra beni e tutela della persona consente forse di affrontare il tema dei beni nella logica del-

che per le generazioni future», secondo logiche di mercato, e l'accesso all'acqua come diritto umano inviolabile rappresentano i principi generali della proposta di legge di iniziativa popolare presentata dal *Forum* italiano dei movimenti per l'acqua. Sul tema, e sugli sviluppi conseguenti ai referendum abrogativi del luglio 2011, cfr. U. MATTEI-A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Roma, 2014.

⁴ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, cit.; S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, 2^a rist., Verona, 2015, p. 311 ss.; U. MATTEI-E. REVIGLIO-S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, il Mulino, Bologna, 2007; A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007; A. CIERVO, *I beni comuni*, Ediesse, Roma, 2013; M. HARDT-A. NEGRI, *Comune*, Rizzoli, Milano, 2012; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2012; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013; S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Einaudi, Torino, 2013.

la funzionalità che alcuni di essi assumono in quanto ritenuti “beni primari”, vale a dire beni necessari per garantire alle persone il godimento dei diritti fondamentali⁵. Tentare di esaminare il tema della tutela della persona attraverso la prospettiva dei beni, nei limiti ristretti della indagine qui condotta, significa verificare quanto la funzione di garanzia dei diritti fondamentali determini un mutamento della tradizionale disciplina e finanche della nozione di bene.

Non è neanche il caso di sottolineare che non si tratta affatto di una prospettiva nuova, dal momento che non è mai stata estranea alle valutazioni dei giuristi la considerazione del ruolo che i beni acquisiscono nella costruzione degli strumenti di difesa, promozione e sviluppo della persona.

La disciplina dei beni, del resto, è intimamente connessa con le scelte politiche di fondo degli ordinamenti costituzionali moderni e, se solo si pensa alla vicenda delle codificazioni successive alla esplosione degli ideali affermatasi sotto la spinta della rivoluzione francese, e innanzitutto al *Code Napoléon*, si dovrà convenire che la stessa idea

⁵ S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, cit., p. 313.

I beni comuni, nella proposta elaborata dalla Commissione Rodotà (commissione istituita con d.m. Giusto 21 giugno 2007, per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici) sono individuati, secondo la previsione di cui all'art. 1, comma 3°, lett. a, quali cose che esprimono utilità funzionali alla effettiva realizzazione dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona.

Com'è noto, la proposta non si è tradotta in una norma. Tuttavia, osserva L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, I, p. 44, la proprietà di esprimere «utilità funzionali alla realizzazione dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona» non corrisponde ad un dato di realtà, ma «può essere integrata solo attraverso la mediazione dell'interprete, al quale spetta il compito, assai delicato, di concretizzare il significato di ‘diritti fondamentali’ e di ‘libero sviluppo della persona’». Un'operazione non facile (in particolare nel secondo caso), tipica delle fattispecie a formazione aperta, nelle quali, attraverso l'impiego di una clausola generale, viene devoluto al giudice il compito di concretizzare i presupposti fattuali della regola, o dell'insieme delle regole, previste dal legislatore». Ne consegue che, salvo che per quelli espressamente contemplati nella disposizione, per tutti gli altri «lo status di bene comune viene rimesso alla discrezionalità del giudice». Ciò che, secondo l'A., implica un evidente problema di costituzionalità della disposizione, in ragione degli stringenti limiti posti al diritto di proprietà dalla disciplina ivi prefigurata.

La preoccupazione è probabilmente eccessiva, in quanto l'opera di qualificazione di una qualsiasi entità in termini di bene comune non consegue alla conformazione della proprietà, ma la precede.

borghese della libertà sarebbe inconcepibile senza la coeva affermazione di quel diritto di proprietà pieno ed esclusivo, sconosciuto alla tradizione del diritto comune e finanche al diritto romano.

La stessa proclamazione della inviolabilità e della sacralità della proprietà contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino si comprende soltanto ove si colga nella sua complessità il rapporto che, nella logica della nuova classe emergente, viene istituito tra la pienezza e l'esclusività del diritto dominicale e le libertà politiche, di talché la proprietà acquista il suo carattere sacro per esser stata essa stessa posta a presidio e quale baluardo della libertà⁶. L'*homo novus*, libero dai pesi che la disciplina medievale della proprietà imponeva sull'oggetto del dominio, e che costituivano la espressione della piramide del potere, può finalmente esprimere la energia necessaria per la costruzione di una diversa organizzazione sociale.

È tuttavia indiscutibilmente vero che, nella attuale fase storica, il problema della distribuzione delle risorse sia divenuto cruciale in ragione dei cambiamenti profondi che investono una più ampia dimensione sociale, economica, culturale e politica, nella quale la tutela della persona, lungi dall'esaurirsi nel solo riconoscimento formale della libertà, e nella protezione dei diritti ad essa funzionali, si è arricchita di valori altri idonei a costituire nel loro insieme il fondamento di un rinnovato statuto della cittadinanza. Statuto alla definizione del quale non rimane estranea la valutazione del rapporto che si istituisce tra le persone, i loro bisogni primari e quei beni che possono soddisfarli, e nel quale, pertanto, vengono fatte rifluire tutte le entità ritenute necessarie alla realizzazione dei diritti fondamentali degli individui.

Si tratta di beni, la caratteristica principale dei quali sembra essere la eterogeneità, funzione della varietà degli interessi che sono potenzialmente in grado di contribuire ad attuare, e che, pertanto, non appaiono suscettibili di essere facilmente inquadrati in una uni-

⁶ La concezione della proprietà individuale quale manifestazione della libertà viene notoriamente fatta risalire a Locke. Sul tema, da ultimo, C. SALVI, *Da Tommaso a Locke: il lungo Medioevo della proprietà privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, I, p. 23 ss.

ca categoria, se non in quella estremamente generica dei *beni comuni*, espressione di contenuto prevalentemente descrittivo, con la quale viene colto il profilo, sicuramente decisivo, ma non esaustivo, della necessità di assicurarne, anche oltre gli schemi della titolarità formale, modalità di gestione tali da garantirne la fruizione da parte dei membri di una determinata collettività, più o meno ampia.

È noto che la riflessione dalla quale sembra emergere la categoria dei beni comuni abbia tratto origine, da un lato, proprio dalla affermazione, nelle moderne costituzioni, dei valori propri della persona, declinati nella logica di diritti fondamentali, in armonia, peraltro, con le dichiarazioni di principio formulate in testi di rilievo internazionale, elaborati, in particolare, a partire dal periodo immediatamente successivo alla conclusione del secondo conflitto mondiale; dall'altro, dalla necessità di garantire la realizzazione di quei valori, per loro natura riconosciuti in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento, attraverso il ricorso a risorse, l'accesso alle quali è invece, di regola, limitato soltanto ad alcuni attraverso modelli costruiti nella forma della appartenenza-esclusione. Modelli, a giusta ragione, ritenuti insufficienti, pur dopo l'attribuzione di una funzione sociale alla proprietà e il riconoscimento della irriducibilità di quest'ultima ad un unico, monolitico, schema⁷.

In realtà, la tensione verso nuove categorie di beni si è andata alimentando, sul piano ideologico, a misura della diffusione, soprattutto nel mondo occidentale, del convincimento della natura di per sé salvifica del mercato, e della rilevata inattitudine dei sistemi pubblici di gestione delle risorse; ragioni, (anche) queste, del conseguente ritorno della proprietà privata «al centro del sistema»⁸.

⁷ La pluralità degli statuti proprietari è un dato definitivamente acquisito dalla scienza giuridica e la letteratura sul tema è sterminata. Basterà qui richiamare O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889 (ried. a cura di di E. Wolf, Berlin, 1948); L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1923, e *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1920; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, I, 3^{ème} ed., Paris, 1938; F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, nel volume *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939; S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà in La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni*, 3^a ediz., Bologna, 2013.

⁸ L'espressione è tolta da S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 11.

Ma, come osserva Rodotà, «la storia non è finita, e nuovi conflitti accompagnano la proprietà, riproponendo l'interrogativo intorno alla possibilità di ritenerla l'unica misura del mondo». Diventa così ineludibile la questione capitale, che le rivoluzioni tecnologiche, dell'informatica, della biologia, della genetica sollevano, «di ciò che può essere affidato a logiche proprietarie e ciò che deve essere sempre più saldamente fondato su un retroterra non proprietario»⁹.

In effetti la soluzione del problema di assicurare l'accesso e di regolare il godimento delle risorse indispensabili alla difesa e alla promozione dei diritti fondamentali dell'uomo a fasce quanto più estese possibili di popolazione, se non all'umanità intera, in una dimensione che trascenda le generazioni, appare condizionata da una serie di elementi eterogenei. Elementi tra i quali deve essere annoverata, in misura non trascurabile, non tanto l'affermazione, almeno nell'ordinamento italiano, secondo la quale i beni costituiscono oggetto soltanto di proprietà pubblica o privata, affermazione della correttezza della quale, come non si è mancato di rilevare, è lecito dubitare¹⁰, quanto la riconduzione a logiche di risoluzione dei conflitti, comunque svolte sulla alternativa appartenenza-esclusione.

Pregiudiziale è, tuttavia, il tentativo di ricomporre il complicato mosaico dei profili intorno ai quali si va costruendo la categoria dei beni comuni, non senza anticipare che il maggior ostacolo alla elaborazione di una categoria unitaria sembra essere costituito, come già si è rilevato, dalla estrema diversità dei beni che, in astratto, nella categoria dovrebbero essere ricompresi.

Sarà qui sufficiente ricordare che sono stati considerati beni comuni l'acqua, l'aria, la scuola, l'università, la conoscenza, la cultura, la sanità, la poesia, il lavoro, la democrazia, la legalità, il paesaggio,

⁹ *Ibid.*

¹⁰ O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, rileva che: «la limitazione della categoria dei beni a ciò che è suscettibile di appropriazione individuale non si giustifica affatto e quindi la categoria dei beni comprende tutte le utilità attuali o potenziali che possono esistere indipendentemente da una condotta umana specifica le quali possono essere sfruttate dagli uomini sia come singoli sia come gruppi organizzati».

il clima, internet (o l'accesso ad esso), le realizzazioni dell'intelletto, il genoma.

Il fatto è che il solo elemento effettivamente unificante, il solo elemento in grado di “tenere insieme” beni o (se si vuole per ora adottare una terminologia quanto più “neutrale” possibile) “utilità” suscettibili di rappresentare oggetto di interesse da parte di comunità, l'estensione delle quali non sempre è previamente determinabile, in vista della soddisfazione di bisogni “fondamentali” o dell'affermazione di diritti (altrettanto) fondamentali, è proprio lo specifico legame tra il bene e la persona, nel senso che la realizzazione del valore della persona non è (compiutamente) attuabile se non attraverso la fruizione della risorsa, alla garanzia della quale l'ordinamento non può rimanere estraneo¹¹.

Il collegamento tra i diritti fondamentali della persona e i beni rende del tutto evidente come al legislatore non possa essere riservato soltanto il compito di determinare le regole destinate a risolvere i possibili conflitti tra i privati o a configurare l'ambito di intervento della potestà pubblica. In ordine all'uso di beni fortemente implicati nel processo di costituzione della persona, l'ordinamento non può dunque limitarsi a definire le regole del gioco e a garantirne la corretta applicazione. Stabilita la indispensabilità dell'accesso a particolari categorie di beni ai fini della garanzia della pari dignità sociale, dello sviluppo della persona umana e della affermazione dei diritti di partecipazione di ciascuno e di tutti i soggetti dell'ordinamento, ne consegue che la conformazione di quei beni debba essere funzionale all'obiettivo della promozione della persona fatto proprio dalla Carta costituzionale.

In questa logica è possibile dubitare che un obiettivo siffatto possa essere raggiunto esclusivamente attraverso un'opera di conformazione della proprietà, o meglio dei beni in proprietà, fosse pure quest'ultima il risultato di quelle interpretazioni del testo costituzio-

¹¹ Sul fenomeno di «costituzionalizzazione della persona», cfr. S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 25; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ediz., Napoli, 2006; L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *www.Rivistaaic.it*, 2015, 2, p. 5.

nale che, a proposito della funzione sociale, enfatizzano gli aspetti “personalistici” emergenti dalla lettura combinata dell’art. 42 Cost. e delle disposizioni nelle quali sono consacrati i principi fondamentali; è possibile, cioè, ipotizzare che al legislatore ordinario sia assegnato il compito di fornire una disciplina dei beni, orientata all’affermazione dei valori della persona, che possa svolgersi *anche* al di fuori delle regole del regime proprietario, e cioè *oltre* le logiche tradizionali che individuano nel modello proprietario quello idoneo a garantire il livello di protezione più alto riconoscibile al portatore di un interesse.

Il tentativo che si intende compiere è quello di verificare se, dall’articolato complesso delle disposizioni normative variamente riferite ai beni, sia possibile pervenire alla costruzione di una rinnovata nozione di bene in senso giuridico, definitivamente liberata dal pregiudizio proprietario, e tale da superare gli effetti negativi che la configurazione delle tradizionali forme di appropriazione, pubbliche e private, ribalta sull’attuazione dei diritti fondamentali della persona.

D’altro canto, l’accresciuto interesse per i beni comuni, e per la loro difesa, se appare originato dalla necessità di contrastare gli effetti negativi derivanti dai processi di privatizzazione imposti dallo smantellamento dello stato sociale e dall’affermazione di politiche neoliberiste, in realtà trova la sua causa remota nella insoddisfazione verso le politiche pubbliche di gestione delle risorse indispensabili a garantire i diritti di cittadinanza dei partecipi di gruppi sociali, la consistenza dei quali può essere variamente determinata¹².

Eppure non può sottacersi il dubbio in ordine alla effettiva rintracciabilità di un fondamento normativo idoneo a giustificare la elaborazione di una nozione giuridica autonoma di bene comune, che superi il profilo puramente descrittivo della idoneità a soddisfare interessi primari della persona.

Nel tentativo di ricostruire un possibile statuto giuridico dei beni comuni, si rileva in dottrina come, pur nella «pervasività della dicotomia pubblico/privato, tuttora struttura portante, insieme alla dicotomia soggetto/oggetto, di un diritto che è in larga parte il pro-

¹² Nello stesso senso, M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 9.

dotto del pensiero liberale», la dimensione del comune non sia affatto assente¹³. Di là dalle esperienze di proprietà collettive presenti in molte parti d'Europa, «percepite dal diritto liberale come corpi estranei e in larghissima parte ridotte sotto la pressione della forza espansiva della proprietà privata individuale, da una parte, della proprietà pubblica, dall'altra»¹⁴, indici del possibile riconoscimento del superamento dell'alternativa pubblico/privato vengono individuati innanzitutto nella previsione contenuta nell'art. 43, in forza della quale possono essere affidate «a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale»¹⁵. Norma, quest'ultima, che consente non solo ad enti pubblici, ma anche a comunità di cittadini di diventare gestori di imprese di interesse generale, al di là dell'opposizione pubblico/privato¹⁶, e, non a caso, fortemente evocata a sostegno della qualificazione dell'acqua in termini di bene comune.

L'adozione di una «logica istituzionale che svincola l'interesse non individualistico per determinati beni dal riferimento obbligato alla proprietà pubblica, alla tecnica delle nazionalizzazioni» consente così alla dottrina maggiormente attenta alla individuazione del fondamento giuridico della nozione di bene comune di individuare nelle disposizioni costituzionali una possibile terza via tra proprietà pubblica e privata, la cui portata si chiarisce meglio non soltanto ove si consideri il ruolo attribuito alla funzione sociale della proprietà privata, ma soprattutto ove si fornisca una lettura attualizzata della previsione secondo la quale alla legge è riservato il compito di rendere la proprietà privata accessibile a tutti¹⁷.

Si osserva, così, che se al tempo in cui la Costituzione fu scritta con il riferimento all'accesso si intendeva alludere alla necessità per tutti e ciascuno di poter divenire titolari del diritto su un bene secon-

¹³ *Ivi*, p. 12.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia contro lo human divide*, cit., p. 313.

¹⁶ M.R. MARELLA, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷ S. RODOTÀ, *Beni comuni*, cit., p. 313.

do il modello della proprietà solitaria, la riflessione più recente «ha progressivamente fatto emergere una nozione di accesso che non è necessariamente e strumentalmente collegata all'acquisizione di un titolo di proprietà. Accesso e proprietà si presentano come categorie autonome e, in diverse situazioni, potenzialmente o attualmente in conflitto. Si può accedere a un bene, e goderne delle utilità, senza assumere la qualità di proprietario. In questo senso, l'accesso costituzionalmente previsto ben può essere inteso come strumento che consente di soddisfare l'interesse all'uso del bene indipendentemente dalla sua appropriazione esclusiva»¹⁸. E diventare esso stesso un diritto del quale può non essere improprio ragionare in termini di bene comune.

E tuttavia la possibilità di individuare una nozione giuridica autonoma di bene comune sembra scontrarsi con difficoltà non facilmente superabili.

Se si tenta di compilare un catalogo delle entità che la dottrina annovera nella categoria dei beni comuni è possibile osservare come i profili rilevanti della disciplina che ad essi si ritiene debba esser riservata attraversino problemi molto diversi tra loro ed anche estensioni concettuali molto ampie. Innanzitutto, viene in evidenza il tema della individuazione della titolarità, che, di là dalla alternativa tra proprietà pubblica o privata, tocca il profilo della delimitazione della consistenza della comunità di riferimento, e quello della possibile scissione tra titolarità e gestione.

Nient'affatto secondario è il rilievo della diversa qualità dei beni, suscettibili di "uso comune", potendo rientrare nella categoria beni materiali, immateriali, artistici, culturali, ambientali, fino alla diffusione della conoscenza o della informazione.

È interessante notare poi come la categoria si presenti sostanzialmente "aperta", nel senso che singoli beni possano esservi inclusi o esclusi, o in ragione del progresso scientifico, tecnologico, sociale o economico, oppure soltanto a fini limitati.

Di alcuni di essi, non essendone in discussione la deperibilità,

¹⁸ *Ivi*, p. 314.

deve essere assicurato il più ampio godimento possibile solo all'attualità, altri, invece, devono essere oggetto di protezione e tutela, anche in vista della necessità di garantirne il godimento alle generazioni future.

Sotto questo aspetto decisivo diventa il profilo della razionalità dell'uso, e della scala, o, se si preferisce, del significato nel quale la nozione di razionalità viene assunta.

D'altro canto, posto che il comune retroterra di qualsiasi riflessione intorno ai beni comuni sia costituito dalla relazione indissolubile che lega questa categoria di beni all'affermazione della libertà della persona, è possibile ipotizzare che proprio questa relazione possa oggi essere ripensata, a prescindere dal legame con l'istituto della proprietà.

3. Allo scopo di verificare la tenuta di un modello nel quale la distribuzione delle utilità, indispensabili all'affermazione dei valori fondamentali della persona, assicurate dall'uso di un bene, avvenga al di fuori delle logiche proprietarie tradizionali, potrebbe forse essere utile ricordare come, con riferimento alle vicende che hanno riguardato la proprietà privata dall'acqua, sia affermazione ricorrente e incontrovertita quella secondo la quale il tradizionale schema proprietario, fondato sulla dicotomia appartenenza-esclusione, mal si presti ad essere applicato a cose che, per la loro stessa natura, possono esser fatte oggetto di usi plurimi, ad opera di soggetti diversi, non soltanto in successive sequenze temporali, ma anche simultaneamente. E, del resto, con riferimento alla disciplina in vigore prima della promulgazione della legge Galli, la dottrina affermava che: «è principio generale che le acque private appartengano al fondo solo entro i limiti in cui servono al fondo e siano utilizzabili, e di fatto utilizzate, nell'esercizio produttivo del fondo». Da tale premessa si deduceva che «la proprietà delle acque si risolve, quindi, in un diritto di utilizzazione in funzione dei bisogni del fondo». Più che come un diritto soggettivo, si riteneva dunque che il diritto sull'acqua si configurasse «come un potere esercitabile solo in funzione del soddisfacimento di un bisogno oggettivo riconducibile alla coltivazione del fondo». La ricostruzione del diritto sull'acqua in termini di potere rendeva così

del tutto plausibile che l'uso dell'acqua fosse condizionato «da un lato dal pubblico generale interesse e, dall'altro, dall'interesse e dai bisogni concorrenti degli altri fondi»¹⁹.

Il richiamo alla nozione di potere consente, peraltro, di porre in luce un aspetto che non appare di secondaria importanza. L'esercizio del potere non lascia libero il soggetto di determinarsi in autonomia rispetto all'oggetto sui cui il potere stesso è esercitato; non consente la selezione dell'interesse perseguibile; e non legittima, per la realizzazione di quell'interesse, l'adozione di un qualsivoglia comportamento, liberamente scelto. Al contrario, il potere può essere esercitato solo per la realizzazione di uno specifico interesse predeterminato e solo entro i limiti propri di una scelta discrezionale, vale a dire una scelta indirizzata verso una azione esattamente proporzionale e funzionale allo scopo perseguito. Il che equivale a dire che l'esercizio del potere postula l'adozione di un comportamento razionale (sul punto si tornerà in seguito).

In realtà, superati gli schemi del vecchio assolutismo proprietario e riguardato il rapporto tra uomo e cose «non più dall'alto del sogget-

¹⁹ G. GALLONI, *Lezioni sul diritto dell'impresa agricola*, Liguori, Napoli, 1980, p. 144. In altra occasione (*L'agricoltura nella scala delle priorità sull'uso dell'acqua*, cit., p. 58), l'A. non ha peraltro mancato di rilevare come, in relazione almeno al rapporto tra acqua e fondo rustico, e quindi al rapporto tra agricoltura e acqua, «la natura giuridica privata dell'acqua era già stata sin dai tempi antichi messa seriamente in discussione». E, nonostante la dottrina dominante ammettesse l'esistenza di acque di proprietà privata, «sia pure con l'eccezione di De Martino, il quale disse che si trattava di proprietà *sui generis*, molti autori già in costanza del vecchio codice (Scialoja, De Cupis, Simoncelli, Bonfante) ritenevano che i diritti dei proprietari dei fondi rustici fossero limitati nella sostanza al semplice uso delle acque». D'altro canto, già nel 1916, Vittorio Scialoja affermava che «l'acqua è un bene di natura tale che il diritto non può lasciarne l'utilizzazione all'arbitrio individuale» (*La legislazione sull'acqua*, Roma, 1916).

M. TAMPONI, *Aspetti privatistici del regime delle acque* in *Acqua, agricoltura, ambiente. Atti del convegno* (Siena 24-25 novembre 2000) a cura di E. Rook Basile e A. Germanò, Giuffrè, Milano, 2002, p. 36, rileva come la pluridecennale convivenza tra acque pubbliche e acque private non sia segno di una pacifica e consolidata tradizione. Così, la formula in forza della quale, ai sensi dell'art. 540 cod. civ. 1865, chi ha una sorgente sul suo fondo «può usarne a piacimento», di per sé ampia, è «certamente ben più ristretta del 'diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta' di cui all'art. 436 stesso codice (...). In altre parole, il proprietario ha il godimento delle acque cc.dd. private, ma non la disposizione; esse non vengono dominate dal fondo, ma spingono la loro forza oltre i tradizionali confini dominicali».

to, bensì ponendosi al livello delle cose», secondo la felice espressione dello Storico, fin dagli anni trenta del secolo scorso, era parso chiaro alla dottrina dell'epoca che le cose rivelavano «di essere strutture non generiche, ma specifiche, con assetti specifici e diversificati che richiedevano diversi e peculiari costruzioni giuridiche»²⁰. La forza della realtà riprendeva il sopravvento, imponendo l'accoglimento di regimi di appropriazione differenziati, in ragione della natura dei beni.

Sotto questo aspetto è forse interessante notare come, con specifico riferimento alla terra, della quale pure non è mai stata in discussione la suscettività di costituire oggetto di proprietà privata, la dottrina avesse sempre riconosciuto la necessità di una disciplina che tenesse conto della natura del bene; di una disciplina cioè che, nel regolare i rapporti tra i possibili diversi utilizzatori del bene, fosse fondata sulla esigenza di assicurare la migliore gestione produttiva dei suoli, in vista della realizzazione di un interesse generale²¹.

D'altro canto, ove si convenga che al processo di qualificazione dei beni in senso giuridico non è estranea la considerazione delle finalità ultime cui tende l'ordinamento, non è affatto azzardato ritenere che l'acquisito rilievo della persona nel nuovo ordine costituzionale, modificando la gerarchia dei valori fondamentali e modificando altresì lo spazio ed i confini entro i quali l'opera di conformazione dei diritti soggettivi deve essere esercitata, imponga una diversa valutazione delle caratteristiche *naturali* del bene, in funzione delle utilità che da questo si possono trarre; e imponga soprattutto una diversa rimeditazione di ciò che deve essere inteso corrispondere all'*interesse generale*. Il che rimanda, ancora una volta, in qualche misura, al tema della razionalità dell'uso della risorsa.

La idoneità a soddisfare, in via diretta o quantomeno indiretta, un interesse che trascenda l'ambito del singolo individuo, del resto, può essere riconosciuta, in linea di principio, in qualsiasi cosa o bene immateriale. Si tratta così di costruire degli statuti giuridici diffe-

²⁰ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1988, p. 361 ss.

²¹ Sul punto, cfr. A. SCIAUDONE, *Il fondo rustico nella proprietà e nell'impresa*, Napoli, 1996, p. 37 ss.

renziati per i diversi beni non tanto sulla scorta di una dicotomia interesse generale-interesse individuale, quali termini di una relazione necessariamente contrapposta e conflittuale, quanto piuttosto in vista della realizzazione di un equilibrio che consenta di conseguire entrambi al più elevato livello possibile. Il che si è tradotto, ad esempio, in altre fasi storiche, nell'attribuzione di una funzione sociale alla proprietà privata²². E tuttavia, non deve mancare la consapevolezza, che, oltre un determinato limite, il sacrificio dell'interesse individuale impedisce ugualmente la soddisfazione di quello generale²³.

4. In questo senso si dovrà convenire che la stessa costruzione della categoria dei beni comuni, alla quale pure si riconducono nelle riflessioni, non soltanto recenti, della dottrina, «altri modi di possedere», presenti margini di ambiguità nient'affatto trascurabili, non soltanto a causa della eterogeneità delle «utilità» che vi vengono fatte confluire. Ed infatti non si manca di osservare non soltanto che la nozione classica di proprietà, foss'anche pubblica, mal si coniuga con l'attribuzione di un godimento diffuso all'interno di comunità delle quali non sempre è facilmente definibile l'estensione e che, in

²² È interessante notare che, già sotto il vigore del codice del 1865, apparisse evidente come, con riferimento alla disciplina dell'affitto, non fosse in discussione esclusivamente la tutela da accordarsi, in maggiore o minor misura, ai conduttori (o ai proprietari), ma, come pure si diceva, l'*interesse generale*, in vista del quale andava riconosciuta e potenziata la *funzione sociale* della proprietà (L. ABELLO, *Trattato delle locazioni*, Napoli-Torino, 1915, II, p. 366). D'altro canto, la convinzione che la proprietà dovesse assolvere una funzione sociale, soprattutto se oggetto ne fosse un fondo rustico, era sufficientemente diffusa. Ne è testimonianza il dibattito che si agitava in tema di miglioramenti fondiari, in relazione ai quali la opportunità di mantenere integro il diritto di proprietà del locatore di fronte alla realizzazione dei miglioramenti era messa in dubbio da chi, in vista di risultati di utilità sociale, mostrava minore interesse alle conseguenze che si sarebbero riversate sulla posizione del proprietario. Sul punto, cfr. A. SCIAUDONE, *Il fondo rustico*, cit., p. 38 ss.

²³ La difficoltà di individuazione del punto di equilibrio tra interesse individuale e interesse generale è ben nota, così come sono note le difficoltà di chi sia chiamato ad apprestare delle forme di regolazione idonee a soddisfare platee quanto più ampie possibili di soggetti interessati al godimento delle utilità che le risorse disponibili possano offrire.

Sul tema, sarà, per ora, sufficiente richiamare gli studi di G. HARDIN, *The tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, pp. 1243-1328; M.A. HELLER, *The tragedy of the Anticommons: property in the transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, vol. 111, 3, 1998, pp. 621-688; E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006.

linea tendenziale, possono coincidere con l'intera popolazione del pianeta; ma anche che la riconduzione di molti tra quelli che vengono individuati quali beni comuni alla definizione giuridica di "bene", consegnataci dalla tradizione giuridica degli ultimi due secoli, può apparire problematica.

Il fatto è che la definizione di bene comune, della quale non sembra potersi affermare la formalizzazione, appare oggi ancora più elastica di quanto non apparisse, nell'altro secolo, la proprietà²⁴.

Si è già ricordato che si tratta di una categoria tendenzialmente aperta, potendo in essa essere ricompresi beni che soltanto a seguito della evoluzione storica, sociale, economica o politica hanno acquisito la idoneità a soddisfare interessi non rinchiusi nella sfera della soggettività individuale; oppure beni in relazioni ai quali, per le medesime ragioni o per sopraggiunte contingenze, solo in tempi più o meno recenti, si è posto il problema di un uso rivale o, almeno, e ciò appare riferibile particolarmente all'acqua, beni per i quali i tradizionali modelli di regolazione dell'uso rivale non sono più apparsi funzionali alla realizzazione dell'interesse generale. In questo senso si può ricordare come l'agricoltura sia divenuta una potenziale fonte di inquinamento della risorsa idrica, quasi esclusivamente, per effetto del mutamento delle tecniche di coltivazione e dello sviluppo di modalità di allevamento intensive, e come questa circostanza abbia generato una tensione verso la protezione della risorsa, a sua volta generatrice di un rinnovata regolazione dell'esercizio dell'attività produttiva, prima sconosciute.

I margini di incertezza si accrescono poi ove si consideri che non sempre è possibile distinguere un interesse generale da un interesse comune, tendendo, questi, in alcuni casi a coincidere, in altri a rima-

²⁴ È nota l'affermazione di L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, I, Paris, 1938, p. 839, secondo il quale «*le droit de propriété est un des plus souples et des plus nuancés qui figurent dans les différentes catégories juridiques: sa plasticité est infinie*». Ma già alcuni decenni prima V. SCIALOJA aveva osservato che la qualità che ha la proprietà è quella di essere "un diritto eminentemente elastico ed indefinito di poter crescere e diminuire sino a massimi e minimi" (*Nota a sentenza C. d'a. Catania, 1° settembre 1880, in Foro it., 1881, I, c. 1123*).

Per U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015, p. 32, è più facile «dire cosa *non sono* i beni comuni».

neri ben differenziati. E ciò non soltanto perché l'interesse di una comunità potrebbe non collimare con quello generale o che tale può essere assunto (di una comunità più vasta, della comunità statale o dell'intero genere umano), ma anche perché, più semplicemente, si potrebbe registrare, fuori della comunità di riferimento, un sostanziale *dis-interesse*.

La vera, o supposta, disponibilità illimitata della risorsa non è poi sufficiente ad evitare che se ne possa regolare l'utilizzo o che, in relazione ad essa, si possano definire fattispecie dalle quali sorgano diritti azionabili in giudizio: si pensi all'inquinamento dell'aria o dell'acqua del mare (diverso è il caso dello sfruttamento dell'etere quale mezzo di trasmissione di onde elettromagnetiche, poiché in questo caso la risorsa, sia pure a fini specifici, è limitata). Si intende dire che non può escludersi che le stesse *res communes omnium*, tradizionalmente *extra-commercium*, possano costituire "oggetto di diritti", e quindi attratte nella nozione di bene. E forse non è immaginabile che perfino le *res nullius* possano, foss'anche indirettamente, costituire oggetto di protezione, e, pertanto, essere assunte esse stesse quali beni²⁵. Si potrebbe, così ipotizzare una definitiva scissione del rapporto di interdipendenza tra la nozione di bene e quella di appartenenza. Insomma essere oggetto di diritti potrebbe non necessariamente significare essere oggetto di un diritto che postula una titolarità esclusiva. Sul punto si dovrà necessariamente ritornare più avanti, pur avvertendo che non sarà questa la sede per sviluppare, in maniera compiuta, una analisi intorno ai risultati cui la scienza giuridica è pervenuta a proposito della irriducibilità della nozione di bene a semplice possibile oggetto di proprietà.

Di là dalle difficoltà, cui si è già fatto cenno, di individuazione delle comunità di riferimento, vi sono poi due ulteriori aspetti sui quali

²⁵ Osserva T.O. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 62: «l'ordinamento (...) è sollecitato a qualificare come beni determinate entità, esclusivamente quando sulle medesime si appuntano interessi umani che richiedono tutela, che pertanto vengono dalla norma formalizzati in una situazione soggettiva»; e p. 90: «un'entità diviene oggetto di disciplina giuridica, quando sulla stessa si appuntano interessi umani di qualsiasi natura, che in un determinato contesto storico-culturale vengono giudicati meritevoli di tutela».

può essere utile fissare l'attenzione. Il primo, di carattere puramente spaziale; l'altro riguarda invece la considerazione del tempo. Mentre la dimensione spaziale di un bene che si può assumere comune appare di immediata evidenza, non sempre il tempo entra nella riflessione dei giuristi sul tema. Qui non ci si riferisce al generale dovere di salvaguardia delle risorse a beneficio delle generazioni future, in forza della riconosciuta affermazione di un principio di solidarietà transgenerazionale. Si tratta invece di valutare come il tempo incida direttamente sugli aspetti regolativi dell'uso della risorsa: si pensi, ad esempio, all'obbligo di procedere all'irrigazione in determinati momenti della giornata, o entro determinati limiti orari, posti da alcuni consorzi idrici, al fine della salvaguardia del principio del pari beneficio per tutti, oppure al fermo biologico della pesca in determinati periodi dell'anno; oppure alla possibilità che il semplice decorso del tempo sia condizione sufficiente a mutare la natura giuridica del bene (ciò che avviene tipicamente con il diritto di autore per le opere artistiche o con i brevetti, tema particolarmente delicato quando si discuta di farmaci).

5. Ora, volendo provare a riordinare gli elementi disponibili, è forse possibile partire dalla considerazione della mutata percezione, nel mondo contemporaneo, del rapporto tra i beni e la persona e dalla rilevazione dei principi che presiedono al riconoscimento, in capo ai distinti soggetti dell'ordinamento, della facoltà di volgere a proprio beneficio le utilità che dai beni possono derivare.

È noto che a fondamento della idea moderna di proprietà, perlomeno a partire dalla compiuta formulazione che di essa ha fornito John Locke, vi sia la convinzione che essa costituisca la migliore garanzia dell'efficienza dello sfruttamento della risorsa, altrimenti destinata all'abbandono, e che il titolo giustificativo dell'appropriazione individuale sia costituito dal lavoro: «Quanto terreno un uomo zappa, semina, migliora e coltiva, e di quanto può usare il prodotto, tanto è di proprietà sua. Col suo lavoro egli lo ha, per così dire, recinto dalla terra comune»²⁶.

²⁶ J. LOCKE, *Trattato sul governo*, trad. it., Roma, 2006, p. 26, per il quale, però,

In una logica non diversa, d'altro canto, in tempi molto più recenti, Pugliatti rilevava come il frutto del lavoro, sotto forma di reddito, o se si vuole di risparmio, tenda a stabilizzarsi, per così dire, a solidificarsi, nell'acquisto della proprietà²⁷.

In una siffatta visione, la garanzia della persona è costituita dai risultati che il lavoro consente di acquisire ove si applichi ad un bene che abbia una precisa consistenza materiale e sia idoneo, o sia stato reso idoneo, alla produzione; e quindi, in ultima analisi, è data dalla riconosciuta possibilità del lavoro di evolversi in proprietà. Il riferimento è ancora, evidentemente, alla proprietà della terra²⁸.

Senonché, già quando si osservi, pur all'interno delle medesime dinamiche capitalistiche, il fenomeno della dissociazione tra proprietà e impresa, tra titolarità e gestione, si può legittimamente dubitare della saldezza del binomio proprietà-lavoro, quale strumento effettivo di difesa e promozione dei diritti fondamentali²⁹. Ove poi si

il principio può trovare applicazione a condizione che restino per gli altri uomini beni «sufficienti e altrettanto buoni».

²⁷ S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 262 ss. Secondo l'A., la proprietà deve essere considerata per sé sola «come titolo di acquisto di (altra) proprietà: cioè come condizione necessaria e sufficiente per l'espansione o l'incremento, o se si vuole, per un nuovo acquisto di proprietà»; appartengono, perciò, al proprietario i frutti naturali provenienti dalla cosa, indipendentemente dal concorso dell'opera dell'uomo. In tal caso il titolo per l'acquisto della proprietà è costituito esclusivamente dalla qualità di proprietario. Tuttavia «si tratta (...) di situazioni eccezionali. Di solito la cosa produce frutti o incrementi per l'opera umana». Nel pensiero dell'A. la naturale potenzialità produttiva della terra diviene attuale produzione per il lavoro dell'uomo; non è più solo la proprietà, nel suo aspetto statico e nel suo profilo formale, che fa acquistare i frutti, bensì con essa, *ed anche senza di essa*, il lavoro. E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto*, Torino, 1895, p. 190, nota 146, aveva del resto chiarito che «il lavoro com'è causa costitutrice del diritto di proprietà (...) ne è pure la misura».

²⁸ A. GAMBARO, *La proprietà. I beni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1990, p. 23, ricorda come in «Europa i terreni più produttivi quali la Padania e le Neederlands sono in realtà terreni agricoli artificiali. In misura decrescente rispetto a questi picchi, la campagna inglese, quella francese, tedesca, etc. esistono nel loro aspetto attuale come prodotti di un lavoro secolare». L'A., a proposito della distinzione tra beni mobili ed immobili, rileva pure che sotto il profilo economico-sociale la terra e gli edifici si prestano ad incorporare in sé il lavoro delle generazioni passate

²⁹ M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 15 rileva come «la stessa remunerazione del lavoro (insieme all'idea della produttività dei beni e del loro razionale sfruttamento) incontra, nella genealogia della proprietà, letture differenti. In una fase del liberalismo diversa da quella presente, la fase in cui l'attenzione per la realtà sociale

consideri lo spostamento dell'asse di produzione della ricchezza dai beni materiali ad una pluralità disarticolata di mezzi, privi di consistenza materiale, e nemmeno più soggetti ad una regolazione uniforme, poiché distribuiti sull'intera superficie del pianeta, non è difficile concludere che la tutela proprietaria diventi del tutto inefficace, o addirittura, diventi essa stessa ostacolo alla affermazione della piezza della persona.

In questo modo, la funzione di garanzia della persona che, in una diversa fase dello sviluppo della civiltà umana, è stata affidata a logiche proprietarie, sembra oggi invece doversi sfuggire; sembra cioè doversi sottrarre alla dimensione totalizzante del mercato. Soprattutto, poi, quando non è più neanche ipotizzabile un uso rivale del bene; quando cioè di un bene sia possibile, in astratto, la fruizione, finanche contestuale e planetaria, da parte di tutti i soggetti

ha dominato la legislazione e l'opera dei giuristi, il riconoscimento del lavoro è servito per portare a termine un'operazione di segno opposto rispetto a quella che Locke vuole legittimare: la compressione delle facoltà del proprietario e la disaggregazione delle utilità che discendono dal bene, in vista della scissione fra la titolarità del bene stesso, e i suoi effettivi uso, godimento e gestione».

In proposito non è forse privo di rilievo il richiamo alla disciplina che regola, nell'affitto di fondo rustico, la distribuzione dei poteri di organizzazione e di gestione del bene tra il titolare della proprietà (concedente) e il titolare dell'impresa (affittuario). È questo il punto di maggiore incisione dell'intervento del legislatore sull'assetto complessivo delle relazioni tra proprietario e affittuario ed è anche il punto in cui direttamente entra in gioco, insieme con le garanzie tradizionalmente riconosciute alla proprietà privata, la garanzia di libertà di iniziativa economica espressamente contemplata nell'art. 41 Cost. Il discorso sui poteri dell'affittuario assume quindi un immediato (diretto) rilievo "politico". Com'è noto, gli artt. 10 e 11, legge 11 febbraio 1971, n. 11, avendo attribuito all'affittuario il potere di *prendere tutte le iniziative* di organizzazione e di gestione del bene, hanno reso del tutto impraticabile la strada della riconduzione al proprietario dei poteri di iniziativa economica esercitati dall'affittuario; conclusione, questa, avvalorata dalla attribuzione all'affittuario della facoltà di procedere alla esecuzione, sia pure attraverso una complessa procedura di legittimazione (modificata ora dalla legge 3 maggio 1982, n. 203, ma in modo irrilevante ai fini delle presenti osservazioni), di miglioramenti del fondo e dei fabbricati rurali. L'affittuario resta così titolare di un potere il cui esercizio può svolgersi *contro* le ragioni della proprietà. La scissione tra titolarità del bene e gestione è dunque definitiva, come, del resto dimostra la inesistenza di un divieto di esecuzione di miglioramenti non concordati, ma che si rilevino conformi alla razionale coltivazione del fondo e alla corretta gestione del bene (sul punto, v. anche Cass. 3 luglio 1989, n. 3171, in *Riv. dir. agr.*, 1990, II, p. 283, con nota di N. FERRUCCI).

dell'ordinamento, perché il godimento da parte di alcuni non ne impedisce l'accesso ad altri.

Al riguardo il riferimento immediato può essere fornito dalla informazione, l'accesso alla quale, proprio perché implicato nell'affermazione dei diritti fondamentali, e non condizionato da un uso rivale, ben potrebbe sottrarsi a logiche mercantili. Sennonché, è a tutti evidente che i meccanismi della produzione e della distribuzione dell'informazione condizionano non poco la ricostruzione del bene in questione quasi come una sorta di moderna *res communis omnium* e ripropongono ancora una volta il problema del senso che deve essere assegnato alla espressione "uso razionale della risorsa".

Ove le osservazioni che precedono siano ritenute condivisibili, non è forse azzardato ipotizzare che il problema dei criteri di qualificazione che devono essere assunti allo scopo di individuare la platea di coloro i quali l'ordinamento ritiene meritevoli della attribuzione delle facoltà di godimento delle utilità che da una qualsiasi risorsa possono trarsi non possa essere più risolto secondo i tradizionali schemi formali, che attraversano le nozioni di oggetto e di soggetto dei diritti.

Non sembra infatti discutibile che la nozione di bene, quale cosa che può formare oggetto di diritti, sia il risultato, sul piano oggettivo, della costruzione di un sistema che, alimentato dalla ideologia borghese, celebra nel diritto soggettivo il trionfo della propria prospettiva individualistica. Si intende dire che, fuori dalla dimensione storico-politica nella quale ha trovato alimento, la nozione di bene in senso giuridico, consegnata dalle codificazioni ottocentesche, non può non subire un profondo processo di trasformazione³⁰.

³⁰ In proposito è forse utile rilevare come finanche gli strumenti dell'interpretazione sono sottoposti a profonda revisione. Osserva P. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni, che «al fine di individuare la norma e la sua reale portata, bisogna evitare di affidarsi all'ermeneutica del positivismo giuridico, secondo la quale il senso delle proposizioni legislative non potrebbe in alcun modo essere individuato con riferimento 'a momenti extrapositivi', poiché il senso del testo sarebbe chiuso entro il testo stesso. L'oggetto del dare (il testo) è "dato"; il contenuto del testo, invece, non è 'dato' al destinatario come semplice soggetto passivo della consegna, ma perché egli lo possa 'afferrare'. Il contenuto non si forma nel momento della produzione del testo da

Processo di trasformazione che non può non spingersi a considerare come le categorie concettuali della appartenenza-esclusione possano non essere più sufficienti per risolvere i conflitti che intorno a particolari categorie di beni possono svilupparsi.

Se infatti si riguarda l'elenco dei beni che, nella accezione corrente, vengono ricompresi nella categoria del "comune", pur nella eterogeneità alla quale si è più volte fatto riferimento, non può fare a meno di rilevarsi che la più razionale distribuzione delle utilità che dai beni comuni si possono ricavare non è affatto compromessa dalla adozione di metodi di selezione dei possibili beneficiari diversi da quelli dell'attribuzione di una titolarità esclusiva³¹.

Non è questa la sede per procedere ad una compiuta analisi della letteratura che si è occupata del tema dei beni³². È però possibile ricordare come, attraverso processi di formalizzazione via via più so-

parte del legislatore: la produzione è una fase alla quale occorre affiancare una ulteriore, vale a dire la ricezione del testo da parte del destinatario, l'interprete». Secondo l'A., se il testo perviene ad acquisire un senso determinato, questo avviene perché l'autorità l'ha deciso e voluto, ma anche perché esso ha ricevuto interpretazione in un preciso contesto, cioè ha avuto la sua concretizzazione alla luce di fatti e nell'ambito di una certa comunità interpretativa. Dovrebbe essere così superata «la concezione meramente semantica o linguistica dell'interpretazione, come se quest'ultima consistesse unicamente nell'analisi del linguaggio, puramente formale, del legislatore. Se nessun testo è chiuso, giacché bisognoso dell'atto di ricezione dell'interprete, non si può omettere il momento extralinguistico. La parola è un segno che, al di là di sé stesso, rimanda a qualcos'altro che a sua volta possiede un carattere essenzialmente extralinguistico. Il 'senso' non è una qualità della parola, ma la sua 'relazione' a una cosa, ad un contesto materiale o ad un contesto di esperienza; sicché con la parola 'senso' si intende il contrassegno per la specifica relazione tra l'espressione linguistica e la relativa cosa, stabilita attraverso la definizione. Non vi è dunque un senso immanente alla parola: esso è la relazione (e null'altro) tra il testo e un oggetto al quale si riferisce. L'interpretazione deve tener conto di tale riferimento necessariamente esterno del testo, risultando sterile ogni interpretazione chiusa ad un 'significato proprio delle parole' (come invece si legge nell'art. 12 delle preleggi), quasi che esista un significato interno al testo, a prescindere dalla sua relazione con la realtà esterna».

³¹ Sotto questo profilo non è di scarso rilievo indagare le modalità attraverso le quali si riproduce la scissione tra titolarità della proprietà e gestione dell'impresa, quando si superano gli interessi dei privati ed entrano in gioco gli interessi del "comune".

³² L'analisi della copiosissima letteratura ha costituito oggetto di una mole ugualmente copiosa di studi molto approfonditi e argomentati. Basti qui richiamare, anche per i completi riferimenti bibliografici, O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit.; A. GAMBARO, *I beni*, cit.;

fisticati, si sia pervenuti ad estendere i modelli di tutela propriamente proprietaria, tipicamente costruiti in relazione a cose aventi consistenza materiale, ad interessi umani aventi quali punto di riferimento oggettivo beni immateriali e perfino diritti³³.

E si può anche ricordare come, soltanto in via di approssimazione, è possibile esprimere in termini proprietari le tutele che l'ordinamento appresta allo scopo di garantire ad un soggetto il godimento delle utilità che possono ricavarsi da una entità specifica, che non abbia consistenza materiale o per la quale non sia possibile l'attribuzione del tratto dello *ius excludendi*³⁴.

In realtà, in dottrina è acquisito il convincimento che non necessariamente la nozione di bene si esaurisca in quella di «cosa che può costituire oggetto di proprietà». E ciò non soltanto perché il riferimento alla proprietà, contenuto nell'art. 406 del codice del 1865, è scomparso dalla definizione contenuta nell'art. 810 del codice del 1942, ma soprattutto perché non sembra discutibile che la parola bene possa essere intesa in un triplice significato «e quindi presiede ad una triplice categoria quando sia usata nel contesto della teoria generale ove assume il ruolo di indicare l'aspetto oggettivo dei diritti soggettivi, quando è riferita ai diritti patrimoniali e quindi indica tutto ciò che è posto all'attivo di un patrimonio, come agli artt. 2740 e 2905 cod. civ., quando è usata nel contesto della disciplina dei diritti reali, come appunto all'art. 810 cod. civ.»³⁵.

³³ Osserva O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, cit., p. 145, come la dottrina da circa due secoli abbia, «più o meno esplicitamente, coltivato questa convinzione: ossia, ai fini dell'individuazione dei beni in senso giuridico, quello che conta è stabilire se un'entità è attualmente o è idonea a divenire oggetto di diritto di proprietà». Un tal modo di ragionare è stato applicato a tutte le forme di ricchezze, emerse nel corso della storia, ed elevate al rango di beni dall'ordinamento. «Ebbene in tutti questi casi la dottrina si è costantemente sforzata di riportare i nuovi beni e la relativa disciplina nella logica del diritto di proprietà», senza dare particolare importanza «al modo in cui si realizzava, a livello di fatto, il rapporto tra soggetto e bene (ossia l'appropriazione del valore d'uso) nei vari casi».

³⁴ O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, cit., p. 561: «l'ordinamento utilizza talvolta, per qualificare il bene, un criterio a cui è estraneo addirittura il tratto dello *ius excludendi*, configurando così una situazione finalizzata a consentire la contemporanea applicazione del bene a più soggetti».

³⁵ A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 34.

D'altro canto, nel linguaggio del codice, l'attribuzione di senso alla parola "bene", oltre il limitato ambito dei diritti reali, fino ad abbracciare genericamente i diritti patrimoniali, è resa manifesta, ancora più che dagli articoli appena richiamati, dall'art. 1977 secondo il quale la «cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti». In questo caso il riferimento diretto alle "attività" consente di superare ogni ipotetica contestazione³⁶.

Sembra dunque acquisito non solo che la nozione di bene non si esaurisca in quella di cosa che abbia il connotato della materialità; ma anche che non necessariamente debba costituire oggetto di proprietà o di diritti reali e nemmeno che debba incorporare il tratto della esclusività, potendo prevedersi ipotesi nelle quali l'uso di alcuni non impedisce il pari uso di altri³⁷.

Orbene, se le considerazioni sin qui svolte appaiono condivisibili, è forse possibile avanzare qualche ipotesi a proposito di quei beni che vengono fatti ricomprendere nella espressione beni comuni.

In primo luogo, è possibile dubitare del valore precettivo della formula, con la quale non viene individuata una categoria, ma soltanto si allude alla generica attitudine, che presentano alcune entità, del più vario genere, ad assicurare la realizzazione dei diritti fondamentali della persona ad indistinte platee di soggetti, più o meno ampie, e

³⁶ Nemmeno sembra contestabile, peraltro, che quando sia riferita a diritti patrimoniali «la parola bene non solo comprende, ovviamente i crediti, ma denota gli elementi attivi di un patrimonio; mentre quando il bene è oggetto di diritti reali esso può essere economicamente passivo». Così, A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 34.

³⁷ Sono note le difficoltà in cui si imbatte la dottrina quando tenta di fornire una spiegazione del fenomeno della comunione, in cui appunto non sembra presente il tratto della esclusività dell'uso in capo ad un unico soggetto. Non è questa la sede per una disamina del tema. È forse però il caso di ricordare, almeno, che secondo l'art. 1102 cod. civ. «ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri di farne parimenti uso secondo il loro diritto». Proprio la disposizione in esame consente alla dottrina di concludere che «nelle fattispecie di contitolari dei diritti (assoluti), a fungere da criterio di qualificazione del bene è la situazione complessa, che non è certamente suscettibile di essere del tutto dissolta nel concetto di proprietà o, più in generale, in una tradizionale situazione soggettiva caratterizzata dal tratto dello *ius excludendi*». Così O.T. SCOZZAFAVA, *I beni*, cit., p. 527.

non necessariamente identificabili in comunità. Ciò che infatti manca, e non sembra rinvenibile nemmeno nella Costituzione, è il nucleo duro di una disciplina che dovrebbe essere comune a tutti i beni ricompresi nella categoria³⁸. Il che vuol dire che difetta un comune criterio di qualificazione; ed anzi non è da escludere che qualsiasi criterio di qualificazione dovesse essere assunto non potrebbe non tener conto delle situazioni complesse specifiche di utilizzo³⁹.

Il riferimento a comunità di utilizzatori non è, d'altro canto, sufficiente a chiarire i contorni e i limiti della categoria. Intanto, il richiamo ad una comunità in capo alla quale andrebbe riconosciuta la titolarità del bene rimanda a logiche di appartenenza-esclusione che, se indiscutibilmente possono trovare applicazione in una gran parte di casi, non altrettanto sono sufficienti a decidere delle modalità di utilizzo in altri. La stessa delimitazione dell'ampiezza della comunità e la distinzione tra interesse generale e interesse comune non sembrano peraltro trovare sicuri elementi di definizione.

Al contrario, del tutto irrilevante, ove si tratti di cose idonee a costituire oggetto di proprietà privata, appare essere il profilo della titolarità reale del bene, potendo coesistere forme di godimento comune con la titolarità, pubblica o privata, in capo ad un unico soggetto. In tal caso, la realizzazione dell'interesse comune viene assicurata attraverso forme di limitazione del diritto di proprietà e quindi è conseguenza di un'opera di conformazione della proprietà, per la quale la Costituzione non manca di fornire indicazioni al legislatore ordinario⁴⁰.

³⁸ La mancanza di un regime comune è un dato non contestato in dottrina. Per tutti, cfr. M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 20

³⁹ Alla diversità delle strategie «da eleggere caso per caso nell'affermare e difendere la natura di *commons* di una risorsa» si richiama M.R. MARELLA, *op. loc. cit.*, la quale rileva pure che «in alcuni casi il carattere di bene comune può trovare conferma in un regime giuridico che semplicemente neghi la costituzione di diritti di esclusiva sul bene stesso: questo è quello che sta accadendo (o che può accadere) per i geni (...). Ma in molti casi questa via non è sufficiente a affermare il carattere comune di una risorsa; e in alcuni altri, forme di esclusiva in capo ad una comunità (...) possono essere un utile strumento per impedire un'indesiderata *commodification* di simboli, saperi, ecc., laddove un regime di *open access* apre invece la strada all'appropriazione di utilità (e ad un'eventuale commercializzazione) da parte di chiunque)».

⁴⁰ Osserva A. JANNARELLI, *Relazione generale. I "beni comuni" tra vecchi e nuovi paradigmi*, in *Agricoltura e beni comuni. Atti del convegno IDAIC*, Lucera-Foggia, 27-28

Non diversamente è possibile ipotizzare diversi livelli di utilizzo della risorsa. L'esempio più immediato è costituito dall'aria che, com'è noto, viene di regola ricompresa tra le *res communes omnium*, insuscettibile di uso rivale, eppure oggetto di specifica regolamentazione quanto viene in evidenza come mezzo di propagazione di onde (sonore, magnetiche). E, del resto, non sembra nemmeno discutibile l'affermazione di un interesse, anche individuale, alla salubrità dell'aria e dell'acqua. In questo senso non sembra azzardato ritenere che la stessa entità materiale possa presentare caratteristiche tali da dover subire un'attività regolativa soltanto in funzione di specifiche utilità che se ne possono trarre, fuori da qualsiasi logica di appartenenza-esclusione.

Del resto, se la ricchezza è ormai incorporata in strumenti del tutto privi di materialità, e, nella prassi dei commerci, il valore d'uso dei beni sembra ormai porre in ombra il valore di scambio⁴¹, ne consegue che non è forse più nella proprietà privata lo strumento di conservazione e trasmissione della ricchezza.

E, sotto un diverso profilo, se la garanzia della persona non è più data esclusivamente dalla quantità di beni materiali dei quali può disporre, ma dal godimento di un fascio di facoltà che contribuisce all'attuazione dei diritti fondamentali, è forse possibile immaginare che la nozione di bene debba necessariamente inglobare un siffatto profilo.

ottobre 2011, p. 22, che «la configurazione moderna del diritto di proprietà evidenzia, dunque, che, se una medesima entità materiale può fornire una molteplicità di utilità, ciò non significa che tutte sono catturate dal proprietario privato e comprese nel fascio di utilità a lui spettanti in esclusiva. La conformazione del diritto in relazione alla specificità del bene è in grado di assicurare la coesistenza di quella medesima porzione della realtà materiale di 'beni' giuridici diversi in relazione alle utilità diverse che questi segnalano, per cui è ben possibile, ad es., che un quadro sia di proprietà privata, ma, nello stesso tempo, costituisca un bene collettivo facente parte del patrimonio culturale di una comunità: è la legge a definire la coesistenza tra la tutela del valore di scambio e di uso spettante al suo proprietario privato, e la conservazione, in termini di fruizione e di accesso, del valore di uso collettivo del medesimo quadro, in termini di bene collettivo».

⁴¹ La vicenda della concessione di mutui *interest only* appare particolarmente significativa, laddove si rammenti che mutui siffatti, concessi con scadenze molto lunghe e finanche per tutta la vita del debitore, e per i quali pure è prevista la estinzione alla scadenza, mercé il pagamento in una unica soluzione del capitale, fin dalla stipula scontano in realtà il rischio di rimanere insoddisfatti, con la conseguente sottrazione del bene, solo formalmente acquisito in proprietà privata dal debitore.

Si intende dire che, superata la visione “solida” della ricchezza, fondata sulla terra come principale fattore della produzione, visione che si rifletteva direttamente nella nozione di bene come cosa che può formare oggetto di proprietà, ed emersa invece una diversa concezione della pienezza della considerazione della persona, è possibile pervenire ad una configurazione, per così dire, “liquida” di bene, che consenta il simultaneo godimento da parte di più soggetti di tutte le utilità che un’entità, materiale o immateriale, sia in grado di fornire, in vista della realizzazione di obiettivi di promozione e sviluppo della persona⁴².

⁴² Sembra peraltro informata a considerazioni non in contrasto con quanto si viene qui esponendo la decisione resa dalle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 3665 del 14 febbraio 2011. Secondo la Suprema Corte «non è più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o demaniali, all’esame della sola normativa codicistica del ’42, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell’ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali. La Costituzione, com’è noto, non contiene un’espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ma si limita a stabilire alcuni richiami che sono, comunque, assai importanti per la definizione del sistema positivo. Tuttavia, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell’ambito dello Stato sociale, anche nell’ambito del ‘paesaggio’, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della ‘proprietà’ dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell’intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività». Dal quadro normativo-costituzionale, «fermo restando il dato ‘essenziale’ della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante ‘adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale’, emerge l’esigenza interpretativa di ‘guardare’ al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. Ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato-apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termini di sola dicotomia di beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l’ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati. Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi,

In questa prospettiva, la disarticolazione degli statuti proprietari può essere assunta come prima tappa di un percorso evolutivo ben più ampio e consente di individuare una serie di indici normativi idonei a fondare una diversa ricostruzione della nozione di bene, che, svincolato dall'assolutismo proprietario, potrebbe essere "nuovamente" concepito come il punto di incidenza di una molteplicità di interessi, risolti con distinti strumenti di titolarità (individuali, comuni, collettive, pubbliche), ed essere pertanto oggetto di "domini" plurimi, replicando, in una chiave aggiornata, gli schemi che in altre epoche, e sotto l'influenza di altre coordinate ideologiche, costituivano il fondamento non soltanto di *altri modi di possedere*.

Nella nozione di bene vengono quindi inglobati i valori costituzionali della persona e ciò consente di superare la tradizionale concezione dell'uso razionale della risorsa.

Deve infatti escludersi che i modelli di gestione dei beni comuni possano soffrire della pregiudiziale produttivistica nella quale viene declinata l'esigenza di un uso razionale della risorsa. Nella logica del capitale all'espressione non può essere assegnato significato altro che quello di efficienza produttiva, il che si traduce nell'affermazione della necessità dell'ottenimento del massimo risultato produttivo al minimo costo possibile (laddove, generalmente, tendono a non essere considerati i costi sociali). Si tratta dunque di una razionalità dell'avere e dell'immediato.

Al contrario, per beni come l'acqua e la terra coltivabile l'uso razionale non si attua affatto nell'ottenimento della massima produzione realizzabile, così come, in ragione dei medesimi principi, non è nella massima quantità possibile di pescato che si misura la razionalità dell'attività di pesca. Negli esempi proposti, la tensione verso la massima produttività, mettendo a rischio l'esistenza stessa della risorsa, si traduce nell'attuazione di comportamenti del tutto privi del tratto della razionalità. D'altro canto, l'uso irrazionale della terra coltivabile non manca di produrre i suoi effetti negativi in tempi suf-

al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, 'comune' vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini».

ficientemente brevi da essere apprezzati dall'agricoltore⁴³. È questa la ragione per la quale la tecnica agronomica, nel corso dei secoli, ha elaborato regole rivolte, prima ancora che alla realizzazione della massima produzione ottenibile, alla conservazione nel tempo della idoneità produttiva del bene terra. Obiettivo la necessità del perseguimento del quale non è sfuggita al legislatore, ove solo si rammenti, ad esempio, la complessa trama della disciplina che, in materia di affitto di fondo rustico, è dedicata al tema della distribuzione, tra affittuario e concedente, dei poteri di gestione e di controllo⁴⁴.

Non è peraltro assente dalle riflessioni della dottrina, e nemmeno dall'opera del legislatore, il rilievo secondo il quale «l'esercizio razionale dell'agricoltura dà luogo ad esternalità positive»⁴⁵. Si osserva in proposito come, fin dalle prime leggi forestali, la disciplina riservata al bosco sia stata caratterizzata, più ancora che dal perseguimento di scopi produttivi, dalla necessità di garantire la funzione di conservazione del territorio che una corretta gestione del bosco indiscutibilmente assicura⁴⁶. Funzione di conservazione del territorio, nell'ampia accezione che deve oggi essere riconosciuta alla espressione, alla quale (anche) è ormai consacrata la nuova agricoltura *multifunzionale*⁴⁷.

Non è un caso, dunque, che le più recenti letture dell'art. 44 Cost. abbiano posto in luce come la «clausola di razionalità» possa essere intesa come «principio essenziale per adeguare il dettato dell'art. 44 alle esigenze e ai problemi di oggi»⁴⁸. Esigenze che non sono più emi-

⁴³ È interessante rilevare come perfino il legislatore europeo abbia reagito di fronte agli esiti nefasti delle dinamiche produttivistiche imposte nei primi anni alla agricoltura con un mutamento radicale della PAC.

⁴⁴ Sul tema, anche per le indicazioni bibliografiche, cfr. A. SCIAUDONE, *Il fondo rustico*, cit..

⁴⁵ A. GERMANO, *Dalla multifunzionalità ai beni comuni*, in *Agricoltura e beni comuni. Atti del convegno IDAIC*, cit., p. 116.

⁴⁶ *Ivi*, p. 116.

⁴⁷ *Ivi*, p. 118, ricorda come gli agricoltori, nell'esercizio della loro attività, realizzano paesaggi, mantengono la biodiversità, tutelano il suolo dai disastri e dal fuoco e, come, per questa ragione possano essere considerati produttori di "public goods".

⁴⁸ Il rilievo è tolto da E. CRISTIANI, *La disciplina dell'agricoltura biologica fra tutela dell'ambiente e sicurezza alimentare*, Torino, 2004, p. 30, che appunto osserva come «di fronte alla scottante necessità di una tutela dell'ambiente naturale che coinvolge, prepotentemente e a pieno titolo, anche il mondo agricolo la dottrina ha inevitabilmente

nentemente produttivistiche e che, forse, tali non erano nemmeno all'epoca in cui fu promulgato il testo costituzionale, se è vero che la formula «razionale sfruttamento del suolo» fu preferita all'altra, proposta dall'on. Einaudi, secondo la quale la finalità avrebbe dovuto essere quella di «conseguire un più elevato prodotto della terra»⁴⁹. Ed infatti, a ben vedere, perfino il termine “suolo” adoperato nella

‘riscoperto’ nella clausola della razionalità il principio essenziale per adeguare il dettato dell'art. 44 alle esigenze e ai problemi di oggi».

In argomento, cfr. S. RODOTÀ, *Commento all'art. 44 Cost.*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, p. 217; ID., *Giurisprudenza sull'affitto e nozione della proprietà: la posizione della Corte Costituzionale*, in *Nuovo dir. agr.*, 1978, spec. pp. 145-147, secondo il quale le due formule che nell'art. 44 esprimono le finalità assegnate agli interventi nello stesso articolo elencati non sono da intendere come fondamento, l'una, della prospettiva produttivistica e, l'altra, di quella solidaristica, ma vanno interpretate in stretto coordinamento. E. CAPIZZANO, *I miglioramenti agrari nella teoria dell'impresa e dell'azienda (Qualificazione e disciplina)*, Milano, 1984, p. 108, ritiene che il «razionale sfruttamento del suolo» previsto dall'art. 44 Cost., ove fosse erroneamente inteso «in termini di maggiore produttività», potrebbe contrastare «con le esigenze di un miglioramento qualitativo della produzione agricola» e quindi con quelle di «tutela dei bisogni alimentari e di una sana alimentazione». Secondo L. FRANCARIO, *Le destinazioni della proprietà a tutela del paesaggio*, Napoli, 1986, spec. cap. I, anche la circostanza che l'art. 44 Cost., nell'additare le finalità da perseguire, adotti il termine “suolo” in luogo di *terra* o *territorio*, autorizza l'interprete a considerare il “criterio di razionalità” stabilito dalla citata norma costituzionale idoneo a «presiedere innanzitutto alla medesima individuazione dei beni paesistici». R. ROSSI, *Vecchie e nuove tecniche di ricomposizione e riordino fondiario*, in *Giur. agr. it.*, 1989, pp. 270-272, ritiene che l'obbligo incombente allo Stato, in virtù dell'art. 44, di predisporre strumenti adeguati ad una utilizzazione razionale del suolo mira alla salvaguardia non del mero interesse all'incremento della produzione, ma dell'*idoneità funzionale* del bene-terra coltivabile a soddisfare l'intero arco di interessi costituzionalmente garantiti e senza pregiudizio della tutela poizore spettante a quelli legati agli aspetti esistenziali della persona umana. Per A. DI MAJO e L. FRANCARIO, *Proprietà e autonomia contrattuale*, Milano, 1990, p. 25, «Una lettura dell'art. 44 Cost. che portasse a configurare i beni fondiari quali beni a finalità produttiva predeterminata (in quanto destinati all'agricoltura, salvo poi registrare la scarsa capacità di tenuta sul mercato di tale destinazione rispetto a quelle spesso ben più lucrose di natura extra-agricola) finirebbe per contrastare inevitabilmente con l'art. 9 Cost., in quanto sanzionerebbe la subordinazione della tutela paesistica alla realizzazione di obiettivi produttivi, il che, oltre a essere irrispettoso della gerarchia di valori tracciata dalla Costituzione, che assegna una tutela preminente alla tutela del paesaggio, significherebbe precludere qualsivoglia possibilità di pervenire, tramite la disciplina urbanistica o quella paesistica, a quella ‘razionale utilizzazione del territorio’ che componga al meglio il contrasto tra le diverse esigenze sociali (produttive, ma anche colturali, etc.)».

⁴⁹ *Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, II, p. 1696.

norma costituzionale depone nel senso che il razionale sfruttamento non necessariamente debba consistere nell'esercizio di un'attività produttiva. Anzi la emersione di interessi per così dire ambientali, la necessità di una corretta utilizzazione delle risorse e del riequilibrio del rapporto tra città e campagna impongono di escludere, anche sulla scorta delle indicazioni che in tal senso provengono dall'Unione europea, che dal nostro ordinamento costituzionale possa discendere un obbligo di utilizzazione produttiva dei terreni⁵⁰.

Al contrario, non sembra ragionevole dubitare che la disciplina della proprietà della terra sia rivolta a salvaguardare innanzitutto la conservazione dell'*idoneità funzionale* dei fondi rustici, in una accezione che non si limita alla incentivazione della produzione, ma si estende a tutti i possibili benefici che dall'uso razionale del suolo, e innanzitutto dal suo mantenimento in buono stato, possono derivare, come, del resto, è testimoniato da quelle norme dirette a garantire la conservazione dei terreni in buone condizioni agronomiche e ambientali⁵¹.

La terra dunque sembra esprimere una razionalità sua propria, che si impone finanche agli imperativi della produttività ad ogni co-

⁵⁰ Sul mutamento di prospettiva della PAC, a partire dalla metà degli anni ottanta, cfr., per tutti, A. JANNARELLI, *Il diritto agrario comunitario alla fine degli anni ottanta*, nel volume di F.G. SNYDER, *Diritto agrario della Comunità Europea. Principi e tendenze*, Milano, 1990. Sui successivi sviluppi, cfr. A.GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Diritto agrario, in Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2006; D. BIANCHI, *La politique agricole commune. Toute la PAC, rien d'autre que la PAC*, Bruxelles, 2006; A. SCIAUDONE, *La dimensione europea delle politiche agricole in Federalismi.it*, 2012; F. DE FILIPPIS (a cura di), *La PAC 2014-2020. Le scelte dell'UE e le scelte nazionali*, Roma, 2014; A. GERMANÒ, *Sui regolamenti della commissione a completamento della normativa legislativa del Parlamento europeo e del Consiglio degli anni 2012 e 2013 nella materia agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, II, p. 232.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 94 reg. n. 1306/2013: «Gli Stati membri provvedono affinché tutte le superfici agricole, comprese le terre che, non più utilizzate a fini di produzione, siano mantenute in buone condizioni agronomiche e ambientali. Gli Stati membri definiscono, a livello nazionale o regionale, norme minime per i beneficiari in materia di buone condizioni agronomiche e ambientali sulla base dell'allegato II, tenendo conto delle caratteristiche peculiari delle superfici interessate, comprese le condizioni pedoclimatiche, i metodi colturali in uso, l'utilizzazione del suolo, la rotazione delle colture, le pratiche agronomiche e le strutture aziendali». La norma ripete, con qualche non irrilevante modifica, quanto già disposto dall'art. 5, reg. n. 1782/2003.

sto⁵². E ciò perché, «si rivela intrinseco alla terra quel mondo della vita – quella *Lebensform*, quel mondo comunitario – che precede i soggetti e viene alla luce come sostanza della terra»⁵³.

D'altro canto è proprio il legame con la vita che viene in evidenza nella gestione delle risorse della terra e dell'acqua, entrambe (soprattutto la seconda) indispensabili per assicurare la soddisfazione del diritto al cibo, nelle sue varie specificazioni, di cibo sicuro, sano, adeguato, sufficiente, accessibile anche alle fasce meno abbienti⁵⁴. Diritto la cui attuazione è messa in pericolo da tecniche di produzione aggressive⁵⁵. Ed infatti, modelli diversi di produzione dello stesso bene determinano diversi costi, in termini di consumo di acqua, per ragioni geografiche, tecnologiche, di funzionalità e di efficienza della rete; e, del resto, la disponibilità dell'acqua e il relativo costo incidono direttamente sul costo del cibo.

La razionalità propria dell'agricoltura è dunque una razionalità che, prima ancora dell'avere, appare come una razionalità dell'essere, dell'essere, indissolubile essendo la relazione tra il soggetto e il territorio al quale il soggetto appartiene. In questo senso, la preoccupazione della conservazione delle risorse a beneficio delle generazioni future non è mai stata assente dalle prassi degli agricoltori⁵⁶. E

⁵² È interessante notare come il profilo della razionalità tenda ad acquistare declinazioni del tutto nuove nelle riflessioni dei giuristi, sulla scorta dei risultati cui pervengono le teorie economiche dei giochi e della scelta razionale dell'individuo. Per interessanti spunti a proposito della capacità dell'uomo di determinarsi secondo modelli razionali di formazione della volontà, e sui possibili sistemi di condizionamento della volontà, cfr. E. BAFFI, *Le imperfezioni della razionalità dell'uomo reale (conosci te stesso) e l'adeguamento ad esse del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 2, p. 297 ss.

⁵³ G. LIMONE, *I molti nomi della terra, i molti nomi della verità. Riflessioni su una metafora nascosta*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, I, p. 76.

⁵⁴ Il diritto al cibo, configurato, nell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti umani, come uno degli elementi costitutivi del più generale diritto ad uno standard di vita adeguato, si risolve oggi innanzitutto nella garanzia dell'accesso ad una alimentazione che salvaguardi, oltre il benessere fisico, la dignità dell'uomo. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., p. 485 ss.

⁵⁵ Il problema della influenza (positiva o negativa) delle tecniche agricole di produzione viene ora particolarmente affrontato dalle disposizioni attraverso le quali la UE realizza la PAC, tese ad indirizzare, con una pluralità di strumenti diversi, l'attività degli agricoltori verso forme idonee a favorire pratiche di coltivazione eco-compatibili e tali da mitigare gli effetti dei cambiamenti climatici.

⁵⁶ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., rileva come

forse non è un caso che, dalla terra, solida per eccellenza, possano trarsi i fondamenti per una rimeditazione delle regole che valgano anche a rafforzare e promuovere il valore della persona.

E ciò perché «il rapporto con la terra», ma, si può affermare, anche con l'acqua, «diventa rapporto con la verità del fondamento, con la verità del lavoro, con la verità della salute alimentare, con la verità dell'equilibrio fra gli uomini, con la verità del rispetto dell'Essere da cui siamo emersi. La terra diventa, in questa luce, metafora di un problema di verità»⁵⁷.

nel modello delle proprietà collettive sia presente l'idea contro-individualistica per cui non è la terra ad appartenere agli uomini, ma sono gli uomini, nelle forme di vita della comunità, ad appartenere alla terra. In tal modo, secondo G. LIMONE, *I molti nomi della terra*, cit., p. 80, «emerge l'appartenere dell'uomo alla sua strutturale responsabilità verso la terra, verso la relazione interumana, verso l'equilibrio ecologico, verso il creato».

⁵⁷ G. LIMONE, *I molti nomi della terra, i molti nomi della verità*, cit., p. 80.

RICERCHE E DOCUMENTAZIONI

ANTONIO JANNARELLI

LA SEGNALEZIONE ASI266 DEL 22 MARZO 2016 TRA POLITICA AGRICOLA COMUNITARIA E POLITICHE DELL'AUTORITÀ NAZIONALE *ANTITRUST*: CRONACHE (AMARE) DAL BEL PAESE

SOMMARIO: 1. L'Autorità *antitrust* nazionale tra diritto interno e diritto europeo in materia di agricoltura: una persistente disattenzione. – 2. L'eccezionalismo agricolo nella disciplina *antitrust* ed il divieto di fissazione dei prezzi negli accordi interprofessionali nel settore del vino: dal rigoroso rispetto del diritto al minimalismo della “segnalazione” dell'Autorità *antitrust*. – 3. La programmazione della produzione vitivinicola permessa dal diritto europeo ed il massimalismo ingiustificato dell'*antitrust* nazionale. – 4. La “stabilità dei mercati” obiettivo della PAC nelle lenti deformanti della cultura *antitrust*.

1. L'attuale stagione in cui siamo immersi è caratterizzata da una significativa turbolenza dei mercati agricoli ed agroalimentari, da una ricorrente instabilità dei prezzi dei prodotti agricoli e, di conseguenza, da crescenti difficoltà soprattutto del mondo agricolo nel sostenere le proprie ragioni in un sistema agro-alimentare dominato dalle imprese alimentari e dalla grande distribuzione. È dunque inevitabile che le conseguenti tensioni socio-economiche emerse nelle relazioni di filiera si collochino innanzitutto nell'ambito applicativo della disciplina *antitrust*.

Come emerge chiaramente da una analisi, sia pure superficiale, di ciò che sta accadendo nelle esperienze dei Paesi ad economia di mercato, sono due fondamentalmente le linee su cui si orienta la prassi. Da un lato, soprattutto negli Stati Uniti, si è acuita l'esigenza di monitorare con maggiore attenzione i processi di ristrutturazione delle industrie presenti nel sistema agro-alimentare in cui si registra una progressiva concentrazione del potere economico intorno a pochi colossi industriali¹. Dall'altro, e il fenomeno

¹ Per l'esperienza nordamericana si v. *ex multis* D.A. DOMINA, C.R. TAYLOR, *The Debilitating Effects of Concentration Markets Affecting Agriculture*, in 15 *Drake J. Agric. L.*, 2010, p. 61 ss. Ma il processo incontra molte resistenze a causa delle fortissime pressioni delle lobbies coinvolte.

è più significativo in quanto si presenta ben più problematico nella esperienza europea, è emersa sempre di più la consapevolezza che la razionalizzazione delle relazioni nelle filiere agro-alimentari passi necessariamente e prioritariamente attraverso il rafforzamento del *countervailing power*² dei produttori agricoli da attuarsi mediante la promozione dell'associazionismo economico nonché della sua azione, quali antidoti fondamentali da utilizzare per fronteggiare la frantumazione dell'offerta agricola³.

In realtà, per quanto riguarda l'esperienza europea, la rilevanza della disciplina generale *antitrust* nel governo dei mercati agricoli è andata progressivamente crescendo, a mano a mano che le politiche agricole interventistiche sui mercati hanno registrato sia una contrazione ed una riduzione, in termini assoluti, sia, dal punto di vista qualitativo, un mutamento significativo nei contenuti: di qui il rischio sempre più palpabile che la politica della concorrenza finisca con lo svolgere una funzione di vera e propria supplenza e sostituzione a fronte della carenza di una concreta nuova politica agricola ovvero ne mortifichi tutte le potenzialità.

Ebbene, ciò sta già producendo effetti decisamente perversi atteso che nella prassi delle Autorità preposte in Europa alla tutela della concorrenza si registra tuttora un indubbio *deficit* di sensibilità e di attenzione proprio per le peculiarità del settore agricolo, a dispetto persino degli stessi indici normativi presenti nel diritto scritto che, viceversa, confermano la presenza e, soprattutto, la necessaria persistenza non solo, più in generale, del c.d. *agricultural exceptionalism*⁴, ma anche di una *agrarian-specific antitrust analysis*⁵.

Queste considerazioni critiche circa l'approccio che le Autorità *antitrust* europee, a partire dalla Commissione, adottano a proposito del diritto dettato per le relazioni di filiera nel settore agro-alimentare, coinvolgono, senza eccezione di sorta, anche la nostra Autorità.

² Sul punto, valga per tutti il richiamo al pionieristico lavoro di J.K. GALBRAITH, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Transaction publisher, 1968, che non a caso iniziò il suo percorso di economista occupandosi di agricoltura: si v. al riguardo S. PRESSMAN (a cura di), *The Legacy of John Kenneth Galbraith*, Routledge, London, 2013.

³ A proposito degli States si v. per tutti A.H. LEACH, *The Almighty Railroad and the Almighty Wal-Mart: Exploring the Continued Importance of the Capper-Volstead Act to the American Farmer and the Agricultural Marketplace*, in 32 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y*, 2010-2011, p. 261 ss.

⁴ Per una recente riflessione ed una disamina della versione nord-americana ed europea al riguardo si rinvia al nostro, *L'eccezionalità agricola e la catena alimentare nel futuro della PAC*, in *Riv. agroalimentare*, 2016, p. 61 ss.

⁵ Come auspicato per gli States in tempi non sospetti da J. LAUK, *Toward an Agrarian Antitrust: a New Directory for Agricultural Law*, in 75 *North Dakota L. Rev.*, 1999, p. 449 ss., in part. p. 508.

Analogamente a quanto è dato registrare anche negli altri Paesi, essa tende ad allinearsi alle indicazioni della Commissione europea⁶, in particolare, a favore di un'adozione acritica dei paradigmi economici che vengono utilizzati nelle analisi in materia di concorrenza, per di più anche a scapito di indici disciplinari, pur presenti nel diritto sostanziale, il cui scrutinio esigerebbe un'adeguata ponderazione e motivata valutazione cui, viceversa, non si sottraggono, per *forma mentis*, le Autorità giurisdizionali⁷. Si pensi, innanzitutto, alla disinvolta confusione tra le norme di favore dettate per l'agricoltura all'*interno della disciplina sulla concorrenza* e le norme aventi ad oggetto la politica agricola che, in ragione proprio dell'art. 42 del TFUE, sono e restano *fuori dalla disciplina antitrust* e dunque restano non configurabili o interpretabili come eccezioni alla disciplina generale sulla concorrenza⁸.

⁶ Il processo di conformazione delle Autorità nazionali della concorrenza agli orientamenti della Commissione, con la crescente condivisione nel bene e nel male di un comune orizzonte culturale, si è acuito a seguito sia del decentramento delle competenze in ordine all'applicazione della disciplina *antitrust* europea di cui al reg. n. 1 del 2003, sia della creazione di un vero e proprio sistema di cooperazione tra tali Autorità in forma di rete, denominata *European Competition Network*, sebbene le determinazioni adottate in tale sede non siano formalmente vincolanti: sul punto e sui rapporti tra le Autorità nazionali e la Commissione, a proposito dei provvedimenti di clemenza per le imprese che denuncino accordi conclusi in violazione dell'art. 101 TFUE, si v. la recente decisione della Corte di giustizia 20 gennaio 2016 nella causa C-428/14, adottata sulla base di una questione pregiudiziale sollevata dal nostro Consiglio di Stato con ordinanza 1° aprile 2014 (per un primo commento, si v. A.M. ROMITO, *I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e ECN: ulteriori chiarimenti della giurisprudenza*, in *Sud in Europa*, anno XVII, Bari, marzo 2016, p. 7 ss.).

⁷ Esempio, a tacer d'altro, il recente caso dell'"indivia", in cui la Corte di appello di Parigi ha rivisto severamente la decisione dell'Autorità *antitrust* francese e indotto la Corte di cassazione a sollevare una questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia: sul caso si v., rispettivamente il nostro saggio dal titolo *Le organizzazioni riconosciute dei produttori agricoli tra PAC e concorrenza: osservazioni a proposito di Cour de Cassation 8 dicembre 2015*, e quello a firma di C. DEL CONT, «*Affaire Endives*» *suite et bientôt fin: la Cour de cassation saisit la Cour de Justice de l'Union européenne - Réflexions sur l'arrêt du 8 décembre 2015*, 2016, I, p. 7 ss. in questa *Rivista*, 2016, I, rispettivamente a pp. 7 ss. e 44 ss..

⁸ Si fa riferimento all'equivoco di fondo per cui, a dispetto di quanto si legge nei Trattati istitutivi dell'Unione, si persiste, ormai quasi "dolosamente", nel ritenere la PAC un'eccezionale deroga rispetto alla tutela della concorrenza, assunta come *Grundnorm* della costituzione economica europea, laddove, per il settore agricolo, la concorrenza costituisce soltanto uno degli strumenti, per quanto di sicuro rilievo, di cui si avvale la politica agricola nel perseguire i suoi obiettivi: sul punto, ed in senso critico con gli orientamenti assunti dalla stessa Commissione europea non solo in sede ermeneutica, ma anche nella elaborazione di recenti interventi legislativi, si rinvia al nostro, A. JANNARELLI, *Comments on the draft Commission Guidelines on the application of specific antitrust rules to the agricultural sector*, Research for Agro Committee, Policy Department B: Structural and Cohesion Policies, Bruxelles 2015, rinvenibile anche con il titolo «*Agricoltura e concorrenza*» o «*concorrenza e agricoltura*»? (*Gli artt. 169, 170 e 171 del reg. n. 1308/2013 e il progetto di guidelines presentato dalla Commissione*) in questa *Rivista*, 2015, I, p. 3 ss.

Nel caso del nostro Paese, come si è avuto occasione di rimarcare da tempo, è lo stesso quadro legislativo nazionale che, per la verità, ha ambiguamente favorito tale risultato⁹. Infatti, la legge nazionale n. 287 del 1990, se da un lato colloca esplicitamente la disciplina *antitrust* municipale nel solco dei principi propri della legislazione europea, dall'altro, a differenza di quanto già emergeva ad es. nella legislazione anglosassone ed oggi anche in quella francese¹⁰, non presenta indici normativi destinati a fissare un percorso specifico e differenziato per il settore agricolo. Situazione questa, già di per sé singolare e bisognevole di una soluzione di ordine sistematico quanto all'interpretazione della sola disciplina municipale, atteso che sarebbe davvero paradossale se l'applicazione della disciplina nazionale portasse a valutare negativamente e, pertanto, a sanzionare condotte in grado di incidere soltanto nell'ambito del solo mercato interno, laddove le medesime condotte, ove incidenti anche nelle relazioni del mercato unico interno, fossero permesse e, dunque, compatibili con il quadro disciplinare di grado superiore, ossia quello europeo. In definitiva, pur nella distinzione tra la diversa area operativa delle rispettive discipline, quella interna e quella di fonte europea, il rispetto ed il primato dei paradigmi propri di questa ultima, peraltro richiamati nell'art. 1 della legge nazionale n. 287 del 1990, dovrebbero indurre a "sacrificare" l'applicazione della normativa interna ovvero a guidarne l'applicazione, ove questa normativa si rivelasse più rigorosa e restrittiva di quella europea. Come dire, dunque, che il *favor* per il settore agricolo in materia di concorrenza, quale emerge dall'art. 42 del TFUE e attualmente fissato nel reg. n. 1308 del 2013, non può non riverberarsi nei mercati nazionali e, dunque, nel nostro caso, dovrebbe essere sempre rispettato in sede di applicazione della legge n. 287 del 1990.

Conclusione, quest'ultima che, da risultare prospettabile in via ermeneutica grazie ad una lettura sistematica della disciplina, attualmente è da

⁹ Si v. ancora il nostro risalente contributo, *Il regime della concorrenza nel settore agricolo tra mercato unico europeo e globalizzazione dell'economia*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, I, p. 416 ss.

¹⁰ Per la esperienza francese, in particolare, si v. l'art. L420-4, par. I, n. 2 del *Code du Commerce* che tra le intese cui non si applica la disciplina *antitrust* comprende quelle «Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès» [il tondo è nostro].

ritenersi acquisita anche sul piano formale alla luce dell'art. 3 del reg. n. 1 del 2003 destinato a guidare l'intervento delle Autorità nazionali *antitrust* nell'applicazione della disciplina europea in materia di concorrenza e coordinarne l'azione con la Commissione. Infatti, l'art. 3, par. 2, del reg. n. 3 del 2003 dispone: «Dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 1, del Trattato, che soddisfano le condizioni dell'art. 81, par. 3, del Trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato». Questa disposizione, peraltro, non è contraddetta da quanto si legge nel prosieguo del medesimo paragrafo laddove si prescrive: «Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le *condotte unilaterali delle imprese*» [il corsivo è nostro]. Infatti, la salvaguardia prevista dalla norma si riferisce solo alla normativa avente ad oggetto «condotte unilaterali delle imprese» come tali diverse dalle situazioni riconducibili all'attuale art. 101 del TFUE. D'altro canto, a proposito dell'inciso sopra riprodotto, il *considerando 8* del reg. n. 1 del 2003 precisa che esso si riferisce «a disposizioni [nazionali] che vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti»¹¹.

Per altro verso, a prescindere dalle questioni relative al diritto sostanziale che l'Autorità nazionale della concorrenza è chiamata volta a volta ad applicare, resta indubbio che nel suo complesso la legge n. 287 del 1990 disciplina l'ambito operativo della nostra Autorità *antitrust* in ordine alle questioni aventi rilevanza nazionale, laddove, in sede di applicazione decentrata della normativa europea in materia di concorrenza, in particolare dell'art. 101 TFUE, l'Autorità nazionale è tenuta ad operare in conformità alle disposizioni di cui al reg. (EU) n. 1 del 2003.

Il punto merita un approfondimento che è preliminare per la corretta lettura delle vicende specifiche che qui si intende analizzare.

Come è noto, sino all'entrata in vigore del reg. n. 1 del 2003 l'applicazione della disciplina europea della concorrenza di cui agli originari artt. 81

¹¹ Inoltre il successivo *considerando 9* del medesimo reg. n. 1 del 2003 chiarisce il significato della disposizione e sostiene: «Gli Stati membri possono pertanto, a norma del presente regolamento, attuare nei rispettivi territori una legislazione nazionale che vieti o sanzioni pratiche commerciali sleali, siano esse unilaterali o contrattuali».

e 82 del Trattato di Roma spettava a livello europeo alla sola Commissione, ferma restando la possibilità di adire la giurisdizione ordinaria contro intese anticoncorrenziali ai sensi dell'originario art. 82 del Trattato. Con il reg. n. 1 del 2003 i poteri originariamente spettanti alla commissione sono stati conferiti anche a strutture statuali, tra cui rientrano fundamentalmente le Autorità nazionali *antitrust*, con opportuni coordinamenti con l'azione spettante alla Commissione, salva rimanendo pur sempre la competenza delle giurisdizioni nazionali quanto all'applicazione degli artt. 81 e 82 (art. 6, reg. n. 1 del 2003)¹².

Al riguardo, l'art. 5 del reg. n. 1 del 2003 ha espressamente stabilito che queste Autorità sono competenti ad applicare gli artt. 81 e 82 del Trattato in casi individuali ed aggiunge: «A tale fine, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia possono adottare le seguenti decisioni: ordinare la cessazione di una infrazione; disporre misure cautelari, accettare impegni, comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale». In definitiva, ove si è in presenza dell'applicazione della disciplina *antitrust* europea, la nostra Autorità nazionale, pur in difetto, peraltro, di interventi normativi adottati a livello nazionale a seguito del reg. n. 1 del 2003, è immediatamente stata legittimata ad operare, nei soli limiti e con tutte le modalità di intervento fissate da tale regolamento, in vista dell'applicazione del diritto europeo. Anzi, come si legge nel *considerando* 8 del reg. n. 1 del 2003, per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie nonché il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione tra Commissione ed Autorità *antitrust* nazionali, si è ritenuto «necessario imporre alle Autorità nazionali garanti della concorrenza e alle giurisdizioni degli stati membri di applicare agli artt. 81 e 82 del Trattato (...) ad accordi e prassi che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri»¹³.

Viceversa, per tutti i casi in cui non risulta coinvolto il mercato unico, ma solo quello interno o parte dello stesso, i poteri dell'Autorità nazionale restano soggetti alla disciplina di cui alla legge nazionale n. 287 del 1990: è

¹² Su questo regolamento si è accumulata una ampia letteratura. Quanto alla valutazione della sua applicazione, si v. il documento COM (2014) 453 *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*. Per una analisi più dettagliata e comparatistica si rinvia al *Commission Staff Working Document* dal titolo *Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues* che accompagna il documento della Commissione sopra richiamato.

¹³ Si tratta, dunque, di un vero e proprio obbligo per le Autorità nazionali: si v. al riguardo la sentenza 17 dicembre 2014 nella causa C-201/11, punto 56.

in questa linea che assumono rilievo fundamentalmente i poteri consultivi di cui agli artt. 21 e 22 della legge n. 287 del 1990¹⁴. Non è un caso che per colmare la distanza tra i maggiori poteri previsti a favore dell'Autorità nazionale dal diritto europeo (reg. n. 1 del 2003) e quelli originari contenuti nella legge nazionale del 1990, nel 2006 sia stato introdotto in questa ultima l'art. 14-*bis* per cui l'Autorità *antitrust*, anche per questioni puramente interne, è stata legittimata ad adottare misure cautelari.

In particolare, l'art. 21 si riferisce al potere di segnalazione al Parlamento e al Governo assegnato all'Autorità in presenza di «norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale» che a suo parere «determinano distorsioni della concorrenza o del concreto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale». A sua volta, l'art. 22 avente ad oggetto “attività consultiva” prevede: «L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati (...)».

Nel primo caso, dunque, l'intervento dell'Autorità ha come punto di riferimento norme giuridiche o provvedimenti a carattere generale già presenti nell'ordinamento e che appaiono, ai suoi occhi, distorsivi della concorrenza e non giustificate da esigenze di interesse generale¹⁵. Qui, in definitiva, si è in presenza di una vera e propria segnalazione avente ad oggetto il diritto scritto, ferma restando la piena autonomia del Parlamento e del Governo in ordine alla sue decisioni che ben possono disattendere le considerazioni dell'Autorità.

Nel secondo caso, ossia quello dei pareri, la disposizione da un lato fa riferimento ad iniziative legislative e regolamentari *in itinere*, per cui l'intervento dell'Autorità potrebbe contribuire a prevenire in sede di formazione del diritto scritto distorsioni della concorrenza, dall'altro, più in generale, a

¹⁴ Più di recente, il 1° comma dell'art. 35, decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 convertito con modifiche dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, ha aggiunto anche l'art. 21-*bis* il quale prevede una legittimazione ad agire in giudizio dell'*Antitrust* contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato: su questa disposizione, al centro di un ricco dibattito, ci permettiamo di rinviare al nostro *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 991 ss.; ivi ampi riferimenti bibliografici.

¹⁵ Su queste condizioni previste per l'esercizio del potere di segnalazione dell'Autorità *antitrust* si v. P.L. PARCU, *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, in *Temi e problemi*, n. 4 - dicembre 1996, p. 10.

«problemi riguardanti il mercato e la concorrenza» su cui l'Autorità interviene autonomamente o su sollecitazione di strutture istituzionali¹⁶.

In realtà è di tutta evidenza che, con il formale pieno coinvolgimento dell'Autorità nazionale *antitrust* in ordine all'applicazione decentrata degli artt. 101 e 102 ai sensi del reg. n. 1 del 2003, è sempre più frequente il determinarsi, anche per le ragioni sopra segnalate, della sovrapposizione della normativa europea su quella nazionale, per cui le segnalazioni ed i pareri di cui agli artt. 21 e 22 della legge n. 287 del 1990 ben possono comprendere anche tematiche in cui è coinvolto il diritto europeo¹⁷, fermo restando, è bene rammentarlo, per l'Autorità nazionale *antitrust* il rispetto del reg. n. 1 del 2003.

2. Le osservazioni fin qui svolte si rivelano utili per la corretta comprensione di alcuni recenti interventi della Autorità nazionale della concorrenza: ci si riferisce, in particolare, alla segnalazione AS1266 (“Accordi relativi a prezzi di uve destinate alla produzione di vini DOCG e DOC del 22 marzo 2016”)¹⁸. Essa coinvolge direttamente l'applicazione sia del diritto nazionale sia del diritto di fonte europea.

Nella specie, l'Autorità, a giustificare il suo intervento, parte dalla conseguita notizia circa «una serie di accordi di filiera, stipulati tra il 2010 e il 2014, nell'ambito di alcuni tavoli interprofessionali convocati dall'Assessorato all'Agricoltura, Caccia e Pesca della Regione Piemonte relativamente alle modalità di cessione delle uve 'Cortese' impiegate per la produzione di

¹⁶ In termini più restrittivi quanto all'interpretazione dei pareri *ex art.* 22 si v. F. DELL'AVERSANA, *Nota alla segnalazione dell'Autorità Garante della Concorrenza sulle recenti proposte di legge in materia di concorrenza e liberalizzazioni*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2012.

¹⁷ Sul punto e per una analisi della esperienza accumulatasi nel corso dei trascorsi decenni si v. F. MUNARI, *Poteri di segnalazione, legge per la concorrenza, dialogo fra Autorità garante e Istituzioni*, in C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, p. 295 ss.

¹⁸ Alla segnalazione indicata nel testo si accompagna anche l'altra contenuta nel documento AS1265 (“Attività di controllo per le denominazioni di origine protetta e le indicazioni geografiche protette nel settore vinicolo”) del 17 marzo 2016 che ha per oggetto fondamentalmente il ruolo della Camere di commercio tra gli enti di certificazione, alla luce della presenza delle medesime Camere nel capitale sociale dei principali organismi privati autorizzati i quali provvedono a certificazioni vinicole sull'intero territorio nazionale (sui compiti affidati alle Camere di commercio nel comparto vinicolo ai sensi dell'art. 13 del d.lgs n. 61 del 2010, v. per tutti A. ARMENTI, *Il ruolo della Camere di Commercio nei processi di certificazione dei vini a denominazione*, in S. MENGHINI e B. FABBRI, *Qualità e tracciabilità della filiera dei vini a denominazione*, Milano, 2013, p. 69 ss.).

I documenti sopra richiamati AS1265 e AS1266 sono pubblicati sul *Bollettino* dell'Autorità n. 9 del 29 marzo 2016, p. 106 ss.

due vini bianchi assoggettati a disciplinari DOCG e DOC, il ‘Cortese di Gavi’ e il ‘Cortese Piemonte’».

Prima di esporre i suoi rilievi, conseguenti, come si ricava dall’inciso sopra riportato, ad una notizia ricevuta più che da una sua iniziativa conoscitiva, e dunque, pur circoscrivendo le sue indicazioni al caso delle uve Cortese, l’Autorità lascia intendere di avere piena consapevolezza che il fenomeno oggetto della sua segnalazione è decisamente più ampio e diffuso essendo, a suo stesso dire, del tutto «ragionevole presumere che tavoli di questo genere si siano tenuti in altri contesti regionali con riferimento ad altri vini»¹⁹. Come dire, dunque, che il “messaggio” che l’Autorità affida alla sua segnalazione intende avere un bacino di incidenza nazionale su tutti i vini assoggettati a disciplinari DOCG e DOC, utilizzando come esemplificazione il caso uve Cortese.

Pur occupandosi espressamente degli accordi relativi appunto alla cessione delle uve Cortese, l’Autorità precisa di intervenire «ai sensi dell’art. 22 della legge n. 287/90, secondo cui l’Autorità può esprimersi sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno».

Sulla base di questa premessa, la segnalazione prende il via dalla constatazione secondo la quale anche nel settore dell’industria vitivinicola la disciplina di fonte europea, nel perseguire le finalità già indicate nell’art. 39 del Trattato di Roma del 1957 e rimaste inalterate nel testo dell’art. 39 TFUE, mira tra l’altro a *stabilizzare i mercati*. In questa prospettiva, secondo la sintetica narrazione dell’Autorità, lungo le diverse filiere di prodotto sarebbero «ricorse con relativa frequenza ‘catene pattizie’ tra agricoltori e acquirenti diversi, volte a esercitare un controllo più o meno ampio su una serie di variabili economiche anche significative, ivi comprese – attraverso il meccanismo noto come *blocage* (su cui v. l’art. 14 del d.lgs. n. 61 del 2010) – le quantità di uve e vini rese disponibili sul mercato».

In verità, continua la segnalazione, «con specifico riferimento agli accordi relativi alle modalità di cessione delle uve “Cortese”, oltre alla ricorrenza di simili criteri di controllo delle quantità delle uve, *risulta che siano stati anche determinati prezzi minimi di conferimento delle stesse, con il riconoscimento di incrementi annui costanti*» [il corsivo è nostro]. Alla luce di questa constatazione – prosegue la segnalazione –, «l’Autorità intende sottolineare con fermezza la necessità di circoscrivere rigorosamente le

¹⁹ A titolo esemplificativo è sufficiente richiamare l’accordo di filiera per le vendemmie 2014 e 2015 relative al moscato Asti DOCG nel quale ricorre tanto il riferimento alla fissazione della resa, in ossequio peraltro al disciplinare, quanto l’indicazione del prezzo.

intese di filiera a quanto consentito dalla normativa vigente, con l'espressa esclusione di accordi di prezzo delle uve e tanto più dei vini sfusi».

A voler limitarsi, per ora, alle sole considerazioni dell'Autorità da ultimo richiamate, non può non sorprendere l'approccio minimalista e cauto adottato dalla Autorità nazionale *antitrust* soprattutto se confrontato con gli interventi che in materia di accordi interprofessionali si riscontrano tanto a livello europeo, nella prassi della Commissione e della stessa Corte di giustizia, quanto a livello delle Autorità *antitrust* di altri Paesi dell'Unione, anche nel comparto dei vini.

Infatti, in linea di principio, se è, per certi versi, discutibile a livello della disciplina europea, il persistente tabù per il quale si vieta alle strutture collettive dei produttori agricoli di intervenire nella fissazione del prezzo di vendita del prodotto agricolo dei propri aderenti (nel nostro caso le uve) – tabù, per la verità già scosso, sia pure tra tante ambiguità, in recenti interventi della legislazione europea²⁰ – resta tuttora radicale il divieto in ordine alla fissazione del prezzo di cessione della materia prima in sede di accordi interprofessionali salvo che ciò non sia espressamente consentito dalla legislazione europea stessa in attuazione della PAC. Ci si riferisce, ovviamente, agli accordi interprofessionali di cui sono protagonisti da un lato organizzazioni di produttori agricoli, dall'altro organizzazioni ovvero imprese industriali e commerciali interessate all'acquisto della materia prima.

Non è un caso che la tradizionale ostilità più che diffidenza nei confronti degli accordi interprofessionali, ovviamente in riferimento alla fis-

²⁰ Sulle disposizioni di cui agli artt. 149, 169, 170 e 171 del reg. n. 1308 si rinvia al nostro saggio *Comments on the draft Commission Guidelines on the application of specific antitrust rules to the agricultural sector*, cit., rinvenibile anche con il titolo «Agricoltura e concorrenza» o «concorrenza e agricoltura»? (Gli artt. 169, 170 e 171 del reg. n. 1308/2013 e il progetto di guidelines presentato dalla Commissione), cit. Per quanto riguarda in particolare il settore del latte la possibilità per le organizzazioni dei produttori (come tali diverse e distinte dalle organizzazioni interprofessionali) di intervenire nella contrattazione della materia prima, anche attraverso la fissazione del prezzo, introdotta nel reg. n. 261 del 2012 e codificata nell'art. 148 del reg. n. 1308 del 2013, è condizionata soltanto al rispetto di tetti quantitativi percentuali rispetto alla complessiva produzione tanto nazionale quanto europea. Peraltro, la recente decisione di porre termine al sistema delle quote latte non ha coinciso con la eliminazione degli squilibri che da decenni hanno contraddistinto il comparto. È significativo che a fronte della decisione – per quanto non priva di margini di ambiguità – di permettere alle organizzazioni dei produttori di contattare il prezzo del latte in nome e per conto dei propri aderenti nei rapporti con gli acquirenti (sul punto si rinvia al nostro saggio sopra richiamato), i recenti regg. nn. 558 e 559 del 2016 hanno autorizzato accordi e decisioni in sede di organizzazione interprofessionali, associazioni di produttori e cooperative volte alla pianificazione della produzione. Il che conferma, a tacer d'altro, che la stabilità dei mercati, quale obiettivo strategico della PAC, non può che estrinsecarsi o in termini di fissazione dei prezzi a livello di contrattazione collettiva o in termini di controllo della quantità prodotta.

sazione di prezzi dei prodotti agricoli oggetto dello scambio, sia stata alla base delle ben più rigorose cautele adottate, laddove, a livello europeo, si è ammessa, dopo molte resistenze²¹, la possibilità di dare vita anche ad organizzazioni interprofessionali, ossia alla manifestazione più matura della strutturazione dei rapporti di filiera, per cui gli accordi interprofessionali o di filiera si trasformano in decisioni interne a siffatte strutture organizzate che vedono al loro interno la presenza di rappresentanti dei produttori agricoli e dei loro *partners* commerciali²².

Ai nostri fini è sufficiente rammentare che da molti decenni, in assenza di specifici interventi legislativi derogatori, l'applicazione della disciplina *antitrust* europea generale ha ricondotto gli accordi interprofessionali tra le intese vietate (anche dall'attuale art. 101 del TFUE), con particolare riferimento a quelle aventi per oggetto la fissazione del prezzo del prodotto oggetto dell'accordo; divieto confermato anche dalla disciplina speciale prevista per il settore agricolo salvo che non si dimostri la necessità dell'accordo stesso per il perseguimento di tutti gli obiettivi della PAC.

A partire dalla famosa vicenda relativa al cognac, al centro di una decisione della Commissione del 15 dicembre 1982 e di due sentenze della Corte di giustizia rispettivamente nei casi *Bureau National Interprofessionnel du Cognac/Guy Clair* del 30 gennaio 1985 causa C-123/83 e *Bureau National Interprofessionnel du Cognac/Aubert Yves* del 3 dicembre 1987 causa C-136/86²³ si è chiarito che gli accordi interprofessionali costituiscono decisioni di associazione d'impresae ai sensi dell'art. 85 CEE – l'attuale art. 101 TFUE. La loro validità è ammissibile solo in ricorrenza o della ipotesi di cui

²¹ Tra i Paesi europei è stata la Francia a spingere con insistenza per il riconoscimento di tali organizzazioni già introdotte nella sua legislazione dalla legge 10 luglio 1975 e poi modificata dalla successiva legge di "orientamento agricolo" del 1981.

²² La recente ammissione generalizzata accolta nel reg. n. 1308 resta pur sempre circondata da molte cautele. Premesso che tali organizzazioni interprofessionali non possono svolgere funzioni operative, esse sono ammesse "a condizione che non causino una compartimentazione dei mercati, che non nociano al buon funzionamento dell'OCM, che non abbiano effetti distortivi e non eliminino la concorrenza, che *non comportino la fissazione di prezzi* [il corsivo è nostro] o quote e che non creino discriminazioni": così il considerando 175 in premessa agli artt. 157 ss. del reg. n. 1308. È il caso di rammentare che la specifica disciplina che coinvolge le organizzazioni interprofessionali operanti nel comparto vitivinicolo (già oggetto di attenzione e promozione a partire dal reg. n. 479 del 2008) ribadisce, a sua volta, il divieto a che le decisioni di tali organizzazioni possano avere ad oggetto «la fissazione di prezzi, nemmeno orientativi o raccomandati»: sull'art. 167 del reg. n. 1308 si v. *infra* nel testo.

²³ Tali decisioni, al centro di un vivacissimo dibattito dottrinario a livello europeo (tra i primi commenti a caldo si v. per tutti il contributo di L. LORVELLEC, *Valeur juridique des accords interprofessionnels étendus en agriculture*, in *Revue Judiciaire de l'Ouest*, 1987, p. 35 ss.), costituiscono nella giurisprudenza in materia di concorrenza veri e propri *leading cases*.

all'art. 101, par. 3, ovvero, nel caso in cui abbia ad oggetto prodotti agricoli, che si provi la loro necessità al fine del perseguimento degli obiettivi della PAC, come costantemente disposto sin dall'art. 2 del reg. n. 26 del 1962 e oggi ribadito dall'art. 209 del reg. n. 1308 del 2013.

È bene altresì rammentare che la Corte di giustizia, occupandosi della questione, ha rimarcato che l'avvenuto inglobamento dell'accordo in un provvedimento adottato dalla pubblica Autorità non modifica il giudizio negativo sull'accordo medesimo, verificandosi, ove mai, anche una violazione a carico degli Stati posto che il trattato obbliga questi ultimi ad astenersi dall'emanare o dal mantenere in vigore provvedimenti che possano rendere praticamente inefficaci norme europee²⁴.

La linea inaugurata dalla Corte di giustizia nel caso degli accordi aventi ad oggetto il cognac ha avuto un impatto molto significativo in quanto nel settore dei vini di qualità, a partire dall'esperienza disciplinare francese, non solo il ruolo degli accordi interprofessionali è stato costante e legalizzato, ma fondamentalmente ha a lungo ruotato proprio sulla fissazione del prezzo minimo delle uve²⁵. Ed in effetti, la linea, rigorosamente sostenuta in sede europea da molti decenni, si è a lungo scontrata con le prassi seguite

²⁴ Così la decisione 3 dicembre 1987, cit., al punto 23. Il punto è stato ampiamente ripreso e sviluppato dalla Corte di giustizia nella decisione 9 settembre 2003, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) et Autorità garante della Concorrenza e del Mercato nella causa C-198/01, nella prospettiva dell'effetto utile. Infatti come si legge ai punti (50-51) della motivazione: (50) «Dal momento che un'Autorità nazionale garante della concorrenza, quale l'Autorità, è investita della missione di vigilare, in particolare, sul rispetto dell'art. 81 CE e che tale norma, in combinato disposto con l'art. 10 CE, impone un obbligo di astensione a carico degli Stati membri, l'effetto utile delle norme comunitarie sarebbe affievolito se, nell'ambito di un'inchiesta sul comportamento di imprese ai sensi dell'art. 81 CE, quell'Autorità non potesse accertare se una misura nazionale sia in contrasto con il combinato disposto degli artt. 10 CE e 81 CE e se, conseguentemente, non la disapplicasse. (51) A questo proposito, poco importa che, nell'ipotesi che la normativa nazionale imponga a delle imprese l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, non possa essere addebitata a queste anche una violazione degli artt. 81 CE e 82 CE (v., in questo senso sentenza Commissione e Francia/Ladbroke Racing, cit., punto 33). Infatti, gli obblighi incombenti agli Stati membri ai sensi degli artt. 3, n. 1, lett. g), CE, 10 CE, 81 CE e 82 CE, che sono distinti da quelli che scaturiscono a carico delle imprese dagli artt. 81 CE e 82 CE, continuano ad esistere, cosicché l'Autorità nazionale garante della concorrenza mantiene l'obbligo di disapplicare la misura nazionale di cui si tratta».

²⁵ Per preziosi riferimenti sulla esperienza d'oltralpe e l'impatto seguito agli interventi della Corte di giustizia a partire dalla metà degli anni ottanta sugli accordi interprofessionali aventi ad oggetto il cognac, si v. per tutti D. DENIS, *La vigne et le vin – regime juridique*, Paris, 1989, p. 203 ss. Sull'utilizzo dei meccanismi di regolazione dell'offerta in termini di *blocage* e *deblocage* pur in difetto della fissazione di prezzi pur anche indicativi a seguito dell'entrata in vigore del reg. n. 1493 del 1999 si v. S. GAUCHER, E. GIRAUD-HÉRAUD e H. TANGUY, *Analyse économique du marché du raisin en Champagne en l'absence de régulation*, Ecole Polytechnique, Cahier n. 2005-023.

in molti Paesi europei, nonché con scelte legislative presenti nelle esperienze nazionali, alla luce soprattutto di quel collaudato modello di politica economica, applicato a lungo prima dell'avvento del neoliberismo e però richiamato subito in servizio nei momenti di gravi crisi economiche e sociali, favorevole al coinvolgimento dei portatori di interesse nelle decisioni di politica economica anche settoriale²⁶ come tale oscillante tra il modello di economia amministrata e quello semiliberal.

A questo riguardo, è oltremodo esemplare il fatto che proprio nel momento storico in cui a livello comunitario, più esattamente con gli interventi della Commissione e della Corte di giustizia, si affrontava per la prima volta il problema degli accordi interprofessionali, da molti anni al cuore della politica legislativa francese nel settore agricolo, il nostro Paese non solo sentì il bisogno di adottare, nel 1988, la legge n. 88 sugli accordi interprofessionali, ma altresì di individuare espressamente all'art. 2, lett. d), quale loro compito specifico, anche quello di «determinare in anticipo i prezzi dei prodotti o i criteri per la loro determinazione onde fissare i programmi di coltivazione»: compito aggiuntivo rispetto a quello contenuto nella lett.a) del medesimo articolo, di «disciplinare la quantità della produzione agricola, per farla corrispondere alla domanda sui mercati interni ed esteri, e per perseguire condizioni di equilibrio e stabilità del mercato». Per altro verso, in ragione del clima culturale dell'epoca e della scarsa sensibilità per la concorrenza diffusa allora nell'esperienza italiana, non deve meravigliare se la nostra Autorità *antitrust* con il provvedimento n. 421 del 12 marzo 1992 (Biraghi), a fronte di una denuncia circa la violazione dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990 in presenza di un accordo interprofessionale avente ad oggetto la determinazione del prezzo del latte, deliberò di non avviare l'istruttoria, limitandosi a rilevare che «gli accordi interprofessionali in questione, stipulati in aderenza alla procedura stabilita dalla citata legge n. 88/1988, non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina di cui al citato art. 2»²⁷.

²⁶ Con riferimento alla esperienza francese, da sempre caratterizzata dall'incisivo coinvolgimento degli interessi costituiti nella gestione istituzionale della politica economica, non è mancato l'ironico rilievo da parte di un osservatore, sostenitore dell'eccezionalismo agricolo in materia di concorrenza, secondo il quale la «France est 'la championne' de la réglementation et de la législation des abus»: così B. PEIGNOT, *L'économie agricole a la lumière du droit de la concurrence européen et national*, in *XXII European Congress and Colloquium of Agricultural Law – Almerimar-El Ejido (Spain)* – 21-25 October 2003, p. 3.

²⁷ La soluzione accolta dalla Autorità nazionale sarebbe stata seccamente smentita dalla successiva pronuncia della Corte di giustizia del 26 settembre 2000 nella causa C-22/99: *Cristoforo Bertinetto c. Biraghi SpA* secondo la quale la fissazione di un prezzo uniforme del

Negli anni successivi, il progressivo affermarsi della cultura della concorrenza ha indotto anche la nostra legislazione ad allinearsi alle prescrizioni pur sempre vincolanti del diritto di fonte europea. Ai nostri fini è sufficiente qui rammentare l'art. 11 del d.lgs 30 aprile 1998, n. 173 "Disposizioni in materia di contenimento dei costi di produzione e per il rafforzamento strutturale delle imprese agricole, a norma dell'art. 55, commi 14° e 15°, della legge 27 dicembre 1997, n. 449" avente ad oggetto espressamente «gli accordi del sistema agroalimentare». Ebbene, l'art. 11, con l'esplicito richiamo all'art. 2 della legge n. 287 del 1990 sulla disciplina della concorrenza²⁸, nel prevedere un meccanismo di controllo ministeriale su accordi che vedevano come protagonisti organizzazioni dei produttori e organizzazioni interprofessionali che potevano intervenire anche nella programmazione della produzione, ribadiva espressamente il divieto di fissazione di prezzi, in palese rivisitazione di quanto contenuto nella legge n. 88 del 1988²⁹.

latte alla produzione, permessa dalla legge n. 88 del 1988 mediante accordi interprofessionali, si poneva chiaramente in contrasto con l'art. 3 del reg.n. 804/68 ossia con il regolamento base del settore lattiero caseario allora vigente. A ben vedere, già in precedenza la Corte di giustizia aveva raggiunto la medesima conclusione a proposito della legge italiana n. 306 del 1975 con la sentenza 6 novembre 1979 nella causa C-10/79, *Toffoli c. Regione Veneto*.

²⁸ Su questa disposizione si v. L. COSTATO, *Commento sub art. 12*, in AA.VV. (a cura di), *Commento al decreto legislativo n. 173 del 1998*, in *Riv. dir. agr.*, 1998, I, p. 499 ss.

²⁹ Anche in ragione degli sviluppi della nostra analisi, mette conto qui riprendere il testo dell'art. 11 del d.lgs n. 173 del 1998 secondo il quale:

«1. Gli accordi realizzati tra produttori agricoli o fra produttori agricoli ed imprese, che beneficino di una stessa denominazione di origine protetta (DOP), indicazione geografica protetta (IGP) e attestazione di specificità (As) riconosciuta ai sensi dei regolamenti (CEE) nn. 2081/92 e 2082/92 del Consiglio del 14 luglio 1992, o che siano integrati nella stessa filiera di produzione avente la dicitura di "agricoltura biologica" ai sensi del reg. (CE) n. 2092/91, del Consiglio del 24 giugno 1991, sono approvati dal Ministero per le politiche agricole. Tali accordi devono essere stipulati per iscritto, per un periodo determinato che non può essere superiore a tre anni e possono riguardare soltanto: a) una programmazione previsionale e coordinata della produzione in funzione del mercato; b) un piano di miglioramento della qualità dei prodotti, avente come conseguenza diretta una limitazione del volume di offerta; c) una concentrazione dell'offerta e dell'immissione sui mercati della produzione degli aderenti.

2. In caso di grave squilibrio del mercato, gli accordi realizzati fra produttori agricoli, o fra produttori agricoli ed imprese di approvvigionamento o di trasformazione e le disposizioni autolimitatrici, adottate dalle organizzazioni di produttori agricoli riconosciute ai sensi del reg. (CE) n. 2200/96 del Consiglio del 28 ottobre 1996 e del reg. (CE) n. 952/97 del Consiglio del 20 maggio 1997, e le organizzazioni interprofessionali di cui all'art. 12, destinati a riassorbire una temporanea sovracapacità produttiva per ristabilire l'equilibrio del mercato, devono essere autorizzati dal Ministero per le politiche agricole. Tali misure devono essere adeguate a superare gli squilibri e non possono in alcun caso riguardare la materia dei prezzi. La durata degli accordi non può eccedere un anno.

3. Gli accordi di cui ai commi 1° e 2° non possono in ogni caso prevedere restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento degli scopi indicati nei medesimi commi, né possono eliminare la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.

Nella nostra esperienza nazionale, si è dovuto attendere il 2005 perché l'assetto disciplinare consacrato nella legge n. 88 del 1988, passato indenne dalle osservazioni degli organi comunitari e assolto, disinvoltamente e con formula piena, anche dalla nostra stessa Autorità *antitrust* come sopra rammentato venisse cancellato con la conferma di quanto già introdotto nell'art. 11 del d.lgs. n. 173 del 1998. Infatti, il d.lgs. n. 102 del 2005 avente ad oggetto "Regolazioni dei mercati agroalimentari", nel rivisitare, abrogandola, la disciplina della legge n. 88 del 1988, non solo ha sostituito gli accordi interprofessionali con le "intese di filiera", ed i contratti quadro, ma ne ha anche, significativamente modificato il contenuto.

Invero, in linea con la persistente egemonia delle strutture sindacali presenti in agricoltura, da sempre "gelose" della possibile concorrenza da parte dell'associazionismo economico, l'art. 6 della legge n. 88 del 1988, nell'individuare i protagonisti degli accordi interprofessionali, aveva fatto riferimento da un lato alle unioni nazionali riconosciute delle associazioni di produttori agricoli e alle associazioni nazionali riconosciute di produttori agricoli, dall'altro alle imprese di trasformazione o commercializzazione o loro associazioni nazionali, a ciò delegate per statuto o per atto espresso. Al tempo stesso, però, aveva altresì precisato che in sede di stipula di tali accordi la parte agricola sarebbe stata comunque "assistita" dalle organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale³⁰, ai fini di quanto previsto dall'art. 9 della legge 8 novembre 1986, n. 752.

L'intesa di filiera introdotta nel d.lgs. n. 102 del 2005 all'art. 9, comma 2°, in sostituzione dell'accordo interprofessionale di cui alla legge n. 88 del 1988 2 «è stipulata nell'ambito del Tavolo agroalimentare, di cui all'art. 20 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, tra gli organismi maggiormente rappresentativi a livello nazionale nei settori della produzione, della trasforma-

4. Le disposizioni di cui ai commi 1° e 2° non costituiscono deroghe a quanto previsto dall'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287».

³⁰ Ai fini, proseguiva la norma, «di quanto previsto dall'art. 9 della legge 8 novembre 1986, n. 752». In linea con una politica agricola fondata sulla pianificazione dall'alto, tale norma prevedeva l'istituzione di un Comitato a livello del ministero dell'agricoltura «competente a pronunciarsi in materia di programmazione e regolazione dell'offerta di prodotti agricoli, nel quadro delle determinazioni del Piano agricolo nazionale» con la possibilità di articolarsi in «sottocomitati di settore a carattere interprofessionale, con opportune integrazioni dirette ad assicurare la presenza delle organizzazioni di settore maggiormente rappresentative»: sottocomitati che, alla luce degli indirizzi formulati dal Comitato, erano chiamati ad esprimersi «sugli aspetti settoriali dell'offerta di prodotti agricoli e indicano criteri e condizioni generali per la stipulazione di accordi interprofessionali». Su questa disposizione si rinvia al nostro risalente commento in *Commentario alla legge 8 novembre 1986, n. 752*, a cura di JANNARELLI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, sub art. 9, p. 954 ss.

zione, del commercio e della distribuzione dei prodotti agricoli e agroalimentari, presenti o rappresentati nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro», ma con la possibilità, come prosegue la disposizione, che: «A tale fine, i predetti organismi indicano la rappresentanza di filiera a livello nazionale per il settore di appartenenza. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delle politiche agricole e forestali, da adottarsi entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono definite le modalità per la stipula delle intese di filiera, nonché quelle di costituzione e di funzionamento dei tavoli di filiera».

Nell'ottica della presente riflessione è oltremodo significativo non solo che nel d.lgs n. 102 del 2005 manchi ogni riferimento alla fissazione del prezzo, quale compito specifico delle intese, ma anche che il legislatore nazionale si sia preoccupato espressamente di coordinare la normativa che andava disponendo con il rispetto del quadro disciplinare in materia di concorrenza. A tale riguardo, l'art. 9, comma 4°, dopo aver disposto in termini generali che «le intese non possono comportare restrizioni della concorrenza», alle luce del trattamento speciale di cui beneficia il settore agricolo, ha così puntualizzato: «ad eccezione di quelli [*sic*] che risultino da una programmazione previsionale e coordinata della produzione in funzione degli sbocchi di mercato o da un programma di miglioramento della qualità che abbia come conseguenza diretta una limitazione del volume di offerta»³¹.

In realtà, il concreto ambito operativo in precedenza spettante agli accordi interprofessionali di cui alla legge n. 88 del 1088 non si identifica con quello delle sole intese di filiera in quanto vanno tenuti presente anche i “contratti quadro” stipulati dalle organizzazioni dei produttori con le controparti economiche e che sono utilizzabili proprio in assenza di intese di filiera e sono disciplinati, quanto alle modalità di conclusione, con decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali, come dispone l'art. 10, comma 2°, del medesimo d.lgs. n. 102 del 2005. Orbene, la definizione dei contratti quadro presente nell'art. 1, lett. f), del medesimo d.lgs. n. 102 del 2005 non solo precisa che essi hanno per oggetto «la produzione, la trasformazione, la commercializzazione, la distribuzione dei prodotti, nonché

³¹ L'esigenza di monitorare le intese è evidente nel prosieguo della medesima norma secondo la quale: «Le intese sono comunicate al Ministero delle politiche agricole e forestali entro i quindici giorni dalla loro sottoscrizione che ne verifica la compatibilità con la normativa comunitaria e nazionale. Le intese di cui al comma 4° sono approvate con decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali». Sulle determinazioni attinenti alla quantità della produzione da programmare si v. *infra* nel testo.

i criteri e le condizioni generali che le parti si impegnano a rispettare», ma, in linea con il diritto comunitario e allo specifico fine di sgombrare il campo da equivoci, riprende la medesima formula accolta nei testi europei allora vigenti ed aggiunge «senza che derivi l'obbligo di praticare un prezzo determinato».

In definitiva, a fronte del quadro disciplinare di ordine generale che si è andato strutturando nel nostro ordinamento, del resto in linea con il diritto europeo, e senza bisogno, per ora, di analizzare più da vicino la disciplina dettata per i vini, beneficiari delle denominazioni regolate dal diritto europeo, si può sostenere a proposito degli accordi interprofessionali aventi ad oggetto prodotti agricoli, che, in assenza di un'esplicita eccezione normativa ovvero della comprovata loro necessità ai fini del conseguimento degli obiettivi della PAC, la fissazione negli stessi del prezzo del prodotto costituisce una palese violazione del diritto scritto nazionale ivi compresa, peraltro, la normativa *antitrust* nazionale ed europea che continua a collocarsi tra le restrizioni *hard core* alla concorrenza.

Sotto questo profilo, è sorprendente, dunque, che l'Autorità *antitrust* nazionale, a differenza di quella di altri Paesi europei, si sia limitata nel caso di specie, ossia a fronte di accordi interprofessionali in cui sono stati fissati i prezzi delle uve, ad una semplice segnalazione, peraltro, inviata al Ministro delle Politiche agricole e forestali, al Ministro dello Sviluppo economico ed ai Presidenti delle Regioni. Nei casi presi in esame dall'Autorità nella segnalazione AS1266 del 2016, la violazione della normativa nazionale e comunitaria è *in re ipsa* ed è peraltro direttamente imputabile ai soggetti privati che hanno posto in essere tali accordi, a nulla rilevando la veste istituzionale che ha accolto tali accordi ed eventualmente li ha avallati oltre che favoriti.

La severa reprimenda cui si riduce in concreto l'intervento dell'Autorità allo scopo di chiudere tutti e due gli occhi su quanto accaduto negli ultimi anni, nonostante il chiarissimo quadro disciplinare da rispettare, a nostro avviso resta, per certi versi, sconcertante.

Infatti, il margine di discrezionalità che caratterizza l'attività dell'Autorità, non riconducibile, per molte ragioni che qui non mette conto analizzare, ad attività amministrativa in senso stretto, non può spingersi sino al punto da permettere alla stessa, in presenza di una palese violazione della disciplina posta in essere da soggetti privati, di decidere se intervenire o non in funzione repressiva. Infatti, in presenza di violazioni del diritto di fonte europea, l'Autorità, come chiarisce il reg. n. 1 del 2003, ha l'obbligo di intervenire e assicurare il rispetto del diritto; per altro verso, non è am-

missibile che l'Autorità, limitandosi alla semplice segnalazione, favorisca la stessa prospettazione di un possibile trattamento diseguale, pur in presenza di un'identica violazione di legge. Nel caso di specie, l'Autorità, da essere chiamata, in una posizione terza, ad assicurare il rispetto della normativa *antitrust*, ha finito con il sottoporre alla sua discrezione lo svolgimento di tale compito con la conseguenza che scelte di politica agricola, sottese al quadro normativo vigente, restano subordinate, in concreto, a scelte *politiche* e di opportunità della stessa Autorità, in spregio alla ragione della sua esistenza e funzione. E, in ogni caso, è anche singolare che l'Autorità utilizzi strutture istituzionali, destinatarie della segnalazione, come braccio secolare per far sapere agli operatori interessati che nel futuro non tollererà più (bontà sua) che gli accordi interprofessionali fissino i prezzi dei prodotti.

3. In realtà, l'approccio "minimalista" adottato dall'Autorità che, pur riconoscendo correttamente l'inammissibilità alla luce del diritto vigente della fissazione del prezzo delle uve in un accordo interprofessionale, ha rinunciato, assai discutibilmente, ad intervenire con immediatezza in quanto si è limitata ad una semplice segnalazione (quasi a voler, generosamente, porre una pietra tombale su quanto accaduto negli ultimi anni), non esaurisce il contenuto programmatico del suo "messaggio".

A ben vedere, nella prosecuzione del testo della segnalazione, l'Autorità non si limita alla sola censura avverso il contenuto degli accordi interprofessionali relativa alla fissazione del prezzo, laddove avrebbe dovuto fare ben altro. A ben vedere, accanto al salvacondotto assicurato a tali accordi per il passato, si accompagna, viceversa, per il futuro una minaccia di intervento ben più ampia che, come si cercherà di chiarire, va oltre il segno del diritto scritto. In un sol colpo, dunque, l'Autorità da un lato disapplica il diritto vigente, dall'altro prospetta l'applicazione di un diritto che non c'è!

Infatti, la segnalazione così prosegue: «Pertanto, anche in coerenza con la maggiore sensibilità pro-concorrenziale da ultimo introdotta nel settore agroalimentare dalla nuova PAC, si richiamano gli enti competenti a un uso il più possibile circoscritto di meccanismi di controllo delle attività d'impresa – in primo luogo il *blocage-deblocage* delle uve di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 61/2010 – in quanto incidenti direttamente sulle disponibilità di prodotto (e prezzi conseguenti) nei mercati finali, pur nella consapevolezza della tipicità del prodotto uva, che può presentare un'elevata differenziazione qualitativa da un anno all'altro».

Nel richiamare in nota la sua precedente segnalazione contenuta nel documento AS318 del 2 dicembre 2005, in materia di latte, e in particolare

l'interpretazione dell'art. 9 del d.lgs. n. 102 del 2005 a proposito delle specifiche finalità che potrebbero giustificare *determinazioni concordate delle quantità* delle produzioni, la segnalazione così conclude: «Peraltro, l'Autorità ha già più volte avuto modo di criticare la determinazione concordata di quantità e prezzi di prodotti agroalimentari, tenuto conto della preminente opportunità di concentrare gli sforzi dei diversi operatori – anche nei momenti pattizi – sul miglioramento della qualità dei prodotti o su standard contrattuali comuni. Alla luce delle precedenti considerazioni, l'Autorità invita tutti gli enti, che possano aver adottato o favorito pattuizioni similari a quelle contenute negli accordi passati relativi alle modalità di cessione delle uve 'Cortese', a perseguire per quanto di propria competenza una gestione delle attività vitivinicole nell'armonica considerazione dei diversi interessi rilevanti, alla luce di tutti i vigenti principi dell'ordinamento».

In definitiva, l'Autorità della concorrenza da un lato sostiene che la determinazione della quantità delle produzioni, nella specie quella delle uve, assunta in sede di accordo interprofessionale, integri la violazione della disciplina *antitrust*, dall'altro richiama gli enti competenti ad un uso circoscritto del meccanismo di cui al *bloccage-debloccage* delle uve di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 61 del 2010.

Ebbene, questo passo della segnalazione evidenzia, a nostro avviso, la scarsa attenzione e sensibilità dell'Autorità: *a*) per lo specifico trattamento giuridico di favore che la legislazione europea e nazionale ha riservato ai prodotti agricoli, differenziandolo dal trattamento generale previsto per gli altri settori economici in materia di concorrenza dalla cui applicazione meccanica l'Autorità italiana ritiene, per carenza di attenzione o pigrizia, di non doversi discostare, sino al punto da contraddire la stessa missione alla cui attuazione è tenuta ai sensi del reg. n. 1 del 2003; *b*) per lo specifico trattamento previsto per il comparto vitivinicolo in cui il quadro normativo nazionale è, notoriamente, da decenni vincolato al rispetto di parametri europei.

Senza andare molto indietro nel tempo quanto alla disciplina dettata per il settore vitivinicolo è sufficiente ricordare che il comparto vitivinicolo, con particolare riguardo ai vini di qualità, presenta peculiarità strutturali che da sempre hanno giustificato un trattamento speciale³², come è possibile riscontrare già solo comparando le rispettive legislazioni nazionali presenti nel più importanti Paesi europei produttori (si pensi all'Italia e alla Francia)

³² Per una efficace sintetica illustrazione dell'area si rinvia ad A. GERMANÒ, *La disciplina dei vini. Dalla produzione al mercato*, in *Le regole del vino. Disciplina internazionale, comunitaria, nazionale*, Atti del convegno di Roma 23-24 novembre 2007, Milano, 2008, p. 11 ss.

alle soglie dell'introduzione della disciplina di armonizzazione di fonte europea. È sufficiente limitarsi a rimarcare che, a differenza di altri prodotti agricoli in cui è possibile annualmente decidere prospetticamente la produzione da perseguire, nel caso dei vigneti: *a*) ciò non è possibile, nel bene e nel male, potendosi andare incontro a stagioni oltremodo fruttuose ovvero caratterizzate dalle rese limitate; *b*) al tempo stesso, la resa quantitativa per ettaro non è indifferente alla resa qualitativa delle uve ai fini della vinificazione nel senso che l'aumento della produzione di uve ad ettaro va in ogni caso a scapito della qualità: di qui tra l'altro la previsione nei disciplinari relativi ai vini di qualità, cui si applicano attualmente le denominazioni ormai governate dalla disciplina armonizzata a livello europeo, di tetti di resa con opportuni correttivi e modulazioni tutte previste peraltro dalla disciplina di settore.

Ed infatti, a tacer d'altro, nella nostra legge nazionale n. 167 del 1992, a proposito dei disciplinari di produzione dei vini (allora configurati) in termini di DOCG e DOC, l'art. 10, lett. *c*) prescriveva che essi dovevano fissare «la resa massima di uva e di vino ad ettaro, sulla base dei risultati quantitativi e qualitativi del quinquennio precedente, di una documentata perizia giurata di tre esperti viticoli di chiara fama o di un documentato parere tecnico della Regione competente; i limiti di resa di uva e di vino ad ettaro possono essere differenziati per varietà, sottozone, comuni e frazioni. La tolleranza massima di detti limiti di resa non può superare il 20 per cento, oltre il quale tutta la produzione decade dalla denominazione (...). Le Regioni, su proposta dei *consorzi volontari* di cui all'art. 19, delegati ai sensi dell'art. 16, comma 3°, e dei *consigli interprofessionali* di cui all'art. 20 e sulla base di controlli effettuati dal competente ufficio dell'Ispettorato repressione frodi sulla compatibilità tra titolo alcolometrico volumico minimo naturale e produzione unitaria di uva, possono annualmente aumentare sino ad un massimo del 20 per cento le rese massime di uva e di vino stabilite dal disciplinare, ma solo in annate climaticamente favorevoli. Nelle annate sfavorevoli, le Regioni devono ridurre le rese massime consentite sino al limite reale dell'annata, sempre sulla base di dati oggettivi forniti dai competenti uffici dell'Ispettorato repressione frodi. Su proposta dei predetti consorzi volontari delegati e consigli interprofessionali, la Regione può annualmente ridurre la resa ad ettaro di vino classificabile come vino DOCG o DOC, *per conseguire l'equilibrio di mercato*» [il corsivo è nostro].

Come è facile osservare, e senza qui richiamare l'esperienza d'oltralpe, il ricorso alla tecnica del c.d. *blocage* e *deblocage* di parte della produzione nel settore dei vini di pregio è ormai collaudata da decenni e, per quanto governata dalle istituzioni pubbliche territoriali, ha sempre richiesto il

coinvolgimento dei soggetti economici interessati, sia pure in forme giuridiche diverse.

D'altro canto, il diritto di fonte europea intervenuto al riguardo non poteva non prendere atto di siffatte pratiche, dando loro un rilievo ai fini dell'armonizzazione delle discipline nazionali.

Al riguardo è sufficiente richiamare l'art. 41 del regolamento del Consiglio n. 1493 del 1999 con il quale si apre il capo II avente ad oggetto gli organismi di filiera³³. Ebbene, al fine esplicito di «migliorare il funzionamento del mercato dei v.q.p.r.d. e dei vini da tavola con indicazione geografica», la disposizione permetteva agli Stati «soprattutto nell'attuazione delle decisioni adottate dagli organismi di Filiera» di intervenire, in particolare «di stabilire regole di commercializzazione relative alla regolazione dell'offerta al momento della prima immissione sul mercato, purché queste regole riguardino la messa in riserva e/o l'uscita scaglionata dei prodotti». La disposizione, peraltro, fissava al riguardo alcune eccezioni (ossia divieti) due delle quali di sicuro rilievo ai nostri fini: a) «fissazione del prezzo anche a titolo indicativo o di raccomandazione»; «blocco di una *percentuale eccessiva* del raccolto annuo di solito disponibile e, in generale, qualunque *operazione anormale* di riduzione dell'offerta»³⁴ [il corsivo è nostro].

Ebbene, a prescindere dal ribadito divieto di fissazione dei prezzi di cui si è parlato in precedenza, è qui significativo sottolineare che la pratica del blocco di una percentuale del raccolto è vista con sospetto solo se essa risulti “eccessiva” e tale da portare ad una riduzione “anormale” dell'offerta. Come dire, dunque, che i margini di operatività del divieto sono affidati a valutazioni da effettuarsi in concreto e non già in astratto e per principi³⁵.

³³ Siffatti organismi di filiera, i cui compiti furono previsti dal medesimo art. 41, par. 4, finirono con il coincidere con le organizzazioni interprofessionali allora disciplinate, nel nostro Paese, dall'art. 12 del d.lgs. n. 173 del 1998.

³⁴ In rispondenza a questa disposizione il *considerando 46* del predetto reg. n. 1493 del 17 maggio 1999 precisava che «per migliorare il funzionamento del mercato per i v.q.p.r.d. ed i vini da tavola con indicazione geografica, gli Stati membri devono essere in grado di procedere all'applicazione delle decisioni adottate dagli organismi di filiera; che la portata di queste decisioni deve escludere talune pratiche concordate; è opportuno che la Commissione garantisca la conformità di tali decisioni al diritto comunitario; gli organismi di filiera devono svolgere taluni compiti tenendo conto degli interessi dei consumatori».

³⁵ Al riguardo si v. l'*arrêt* del Consiglio di Stato francese 12 giugno 2006 il quale, molto opportunamente, dopo aver richiamato la disposizione di cui all'attuale art. 42 TFUE, secondo la quale la normativa sulla concorrenza si applica al settore agricolo solo nella misura determinata dal Consiglio in vista del perseguimento degli obiettivi della PAC, non ha avuto difficoltà a riconoscere che: «*Celui-ci a clairement autorisé les Etats membres, par les dispositions de l'article 41 du règlement du 17 mai 1999, à imposer, les cas échéant, aux viticulteurs et négociants la mise en réserve d'une partie de la production*».

Il contenuto della disposizione adottata nel 1999 a livello europeo è stata successivamente ribadita nel reg. n. 1479 del 2008 che ha rivisitato tutta la disciplina relativa all'organizzazione agricola nel settore del vino³⁶. Già nel *considerando* che si riferisce alla disposizione di cui all'art. 67 è significativa la precisa attenzione che il legislatore comunitario ha da un lato rivolto alle strutture associative in ordine alla previsione di regole riguardanti la commercializzazione, dall'altro al richiamo al rispetto della concorrenza. Infatti, il *considerando 44* precisa che: «Per migliorare il funzionamento del mercato dei vini, gli Stati membri dovrebbero poter applicare le decisioni adottate dalle organizzazioni interprofessionali. Tuttavia, la portata di queste decisioni dovrebbe escludere le pratiche in grado di creare distorsioni della concorrenza». Su tale premessa, l'art. 67 puntando decisamente l'attenzione sugli organismi interprofessionali stabilì che: «Per migliorare e stabilizzare il funzionamento del mercato comune dei vini, comprese le uve, i mosti e i vini da cui sono ottenuti, gli Stati membri produttori, in particolare in attuazione di decisioni adottate dalle organizzazioni interprofessionali, possono stabilire regole di commercializzazione intese a regolare l'offerta». La norma prosegue e chiarisce che: «Tali regole sono proporzionate all'obiettivo perseguito: a) non riguardano le operazioni che hanno luogo dopo la prima commercializzazione del prodotto; b) non permettono la fissazione di prezzi, nemmeno orientativi o raccomandati; c) non rendono indisponibile una percentuale eccessiva del raccolto di un'annata che sarebbe altrimenti disponibile (...)».

Come è facile osservare, anche la disciplina adottata nel 2008 conferma in termini di diritto sostanziale il quadro preesistente. Il divieto, sulla base di un giudizio di non proporzionalità, continua a riferirsi a regole che fissino prezzi, ovvero determinino una contrazione dell'offerta fondata sul raccolto sempre che essa si manifesti in termini di una percentuale da considerarsi "eccessiva". Quest'ultima disciplina è tuttora vigente a livello europeo in quanto sostanzialmente trasfusa nel vigente art. 167 del reg. n. 1308 del 2013³⁷.

³⁶ Sulla riforma intervenuta con il reg. n. 479 del 2008 si v. F. ALBISINNI, *La OCM vino nel percorso europeo di riforma*, in *Le regole del vino. Disciplina internazionale, comunitaria, nazionale*, cit., p. 357 ss.; nonché E. POMARICI e R. SARDONE, *L'OCM VINO. La difficile transizione verso una strategia di comparto*, Inea Roma, 2009.

³⁷ Ovviamente, è solo in presenza di una determinazione eccessiva ai sensi della disposizione richiamata nel testo che legittimamente deve parlarsi di una violazione della disciplina *antitrust* in quanto si è in presenza pur sempre di una decisione privata, sebbene recepita in un provvedimento amministrativo. Viceversa, come ha avuto occasione di chiarire il *Conseil* francese sulla concorrenza, a proposito della distillazione obbligatoria *ex art.* 28 del reg. 1493

In definitiva, nel caso specifico del vino, la disciplina europea, cui risulta allineata nella sostanza quella nazionale, facoltizza gli Stati a fissare margini quantitativi nel raccolto da collocare sul mercato fissando come criterio limite in vista della sua conformità al diritto europeo il solo riscontro relativo alla entità della percentuale coinvolta che, dunque, esige una verifica sempre in concreto e, utilizzando a tal fine le determinazioni degli operatori economici coinvolti.

Quanto basta per smentire l'affermazione della nostra Autorità, carente di ogni fondamento, secondo la quale viceversa, a suo dire, il quadro disciplinare permetterebbe la regolazione del mercato vitivinicolo, nella specie fissare soglie quantitative, non già sulla base del rispetto di un limite quantitativo, l'“eccessiva percentuale” sopra richiamata, ma solo sulla base della loro rispondenza alla funzionale di salvaguardare la tutela della qualità del prodotto. Peraltro, l'Autorità richiama espressamente le intese di cui all'art. 9 del d.lgs n. 102 del 2005 non avvedendosi che il quadro di riferimento specifico per il settore vinicolo è quello contenuto nella normativa comunitaria sopra richiamata.

L'ossequio meccanico, quasi fosse un riflesso panvolvano, da parte della nostra Autorità alla visione, per di più unidimensionale, della disciplina a tutela della concorrenza in vista della salvaguardia dei soli consumatori, porta a conclusioni inaccettabili più che discutibili sino al punto da impedire alla stessa Autorità di analizzare compiutamente il quadro disciplinare di riferimento.

È sufficiente rileggere i *consideranda* alla base della normativa europea che è intervenuta nel corso del tempo e che, come si è evidenziato in precedenza, è rimasta sostanzialmente immutata, per comprendere che la “stabilità dei mercati” perseguita dalle disposizioni sopra richiamate è indirizzata alla tutela in primo luogo degli interessi degli operatori coinvolti nella filiera. Non è un caso, come emerge nel considerando di cui al reg. n. 1493 del 1999, che si sia sentito il bisogno esplicito di aggiungere l'opportunità di tener conto anche degli interessi dei consumatori. Ciò conferma, dunque, che la “stabilità dei mercati” agricoli, in linea di principio, ossia in mancanza di un puntuale riferimento ai consumatori, risponde alla esigenza di tutelare

del 1999 a proposito dell'*eau-de-vie de Cognac*, nella sua decisione n. 06-D-21 du 21 juillet 2006 relative à *des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des eaux-de-vie de cognac par le Bureau national interprofessionnel du cognac*, nel caso in cui la delibera adottata dal Bureau a proposito della «quantità normalmente vinificata» costituisse semplicemente un atto interno, come tale preparatorio dell'autonoma determinazione spettante all'Autorità amministrativa, non può ritenersi sussistente una violazione della normativa *antitrust*.

gli interessi degli operatori economici coinvolti nei rapporti di filiera. Ed è proprio in questa prospettiva di complessivo più ampio bilanciamento e di proporzionalità che, a partire dal regolamento del 1999, si è ritenuto sufficiente il riferimento al parametro della “eccessiva percentuale”, senza dare rilievo a discutibili e controvertibili finalità connesse con il richiamo all’inafferrabile nozione di qualità: richiamo che nel settore del vino con denominazioni risulta peraltro già strutturalmente acquisito in sede di originaria individuazione delle rese di uva e di vino ad ettaro previste nei disciplinari.

In assenza, dunque, del comprovato superamento della soglia dell’“eccessiva percentuale”, la prassi emersa a proposito delle uve, in particolare a proposito della fissazione di tetti quantitativi in sede di accordi interprofessionali, in termini di *blocage* e *deblocage*, non merita le censure di principio avanzate dalla nostra Autorità *antitrust* nella sua segnalazione. Questa ultima finisce con il generare dubbi ed incertezze sull’applicazione di una pratica che è strutturalmente presente nella cultura enologica, risulta collaudata da decenni nella prassi ed è confermata dalla stessa legislazione. Così facendo, la politica della concorrenza, quale peraltro individuata dall’Autorità, tende ad emanciparsi dalla politica agricola, come dettata dalla legislazione, in termini di una pericolosa autoreferenzialità.

4. Più in generale, e sullo sfondo, emerge peraltro la riproposizione acritica e di maniera circa la contrarietà alla disciplina *antitrust* di qualsiasi determinazione adottata dai produttori in ordine al controllo quantitativo della produzione: controllo assunto come manifestazione esemplare di violazione della libera competizione, quale che sia il settore economico di riferimento.

Al riguardo, è eloquente, e per la verità ciò vale non solo per la nostra Autorità, l’imbarazzo con cui le Autorità preposte alla tutela della concorrenza hanno da sempre guardato alla formula, presente nei paradigmi fondamentali della politica agricola, tanto nazionale quanto europea, in ordine alla salvaguardia ed al perseguimento della “stabilità dei mercati” da sempre assunto come obiettivo della PAC.

Infatti, dal punto di vista teorico, il modello della concorrenza perfetta, da sempre nel codice genetico dei tutori del libero mercato, soprattutto nella versione hayekiana della catallassi, pone l’accento sulle dinamiche del processo competitivo. In questo specifico contesto, l’“instabilità” dei mercati, in termini di uno squilibrio che si rinnova costantemente, è assunta come una componente strutturale e funzionale dei fenomeni economici a vantaggio dello sviluppo economico e dei consumatori finali.

Sicché, sempre in questa ottica, la “stabilità dei mercati”, assunta come obiettivo del legislatore, sembra immediatamente evocare il perseguimento di un ordine esogeno da attuarsi con interventi correttivi, controfattuali, adottati proprio per prevenire, limitare e tenere sotto controllo gli effetti socialmente negativi che potrebbero discendere, anche nel breve periodo, dall’instabilità dei mercati agricoli. A differenza del modo di pensare delle Autorità *antitrust*, la moderna riflessione economica sui mercati agricoli ha evidenziato da decenni che l’instabilità dei mercati agricoli è, a ben vedere, fonte di alti costi sociali e foriera di conseguenze negative a livello sistemico alla luce del peculiare rilievo che la produzione agricola ha svolto, svolge e continuerà a svolgere per il soddisfacimento dell’incomprimibile domanda alimentare umana.

In altri termini, la mancata consapevolezza nella cultura della sola concorrenza in generale, tuttora egemone a livello delle Autorità *antitrust*, circa le peculiarità strutturali dei mercati agricoli ed i pericoli che discendono dall’instabilità di siffatti mercati, induce tali Autorità a guardare con cautela e sospetto, se non con preconcetta ostilità, al paradigma adottato dalla politica agricola comunitaria e previsto nell’ambito del diritto scritto che è favorevole proprio a perseguire la “stabilità del mercato”³⁸. Nella cultura *antitrust*, questo obiettivo, infatti, viene considerato come intrinsecamente anticompetitivo e, dunque, da combattere o, comunque, da circoscrivere quanto più possibile. È in questa linea di pensiero che, a ben vedere, si

³⁸ La situazione è per certi versi schizofrenica. Infatti, le Autorità *antitrust* (sia quella comunitaria sia quelle europee) assumono un atteggiamento aprioristicamente ostile alle tradizionali tecniche indirizzate al perseguimento della stabilità del mercato sotto forma di «controllo dei prezzi e/o della produzione», come esige la PAC, pur nella consapevolezza che ciò costituisce una componente per certi versi strutturale della politica agricola europea. Al riguardo, è sufficiente riprendere la valutazione che la nostra Autorità nazionale della concorrenza ha prospettato nella adunanza del 5 maggio 2015 a proposito del reg. n. 261 del 2012 (ossia il regolamento che ha permesso alle organizzazioni dei produttori di intervenire nella contrattazione collettiva del prezzo del latte) nel dare avvio ad una indagine conoscitiva nel settore del latte poi conclusasi con il *Provvedimento n. 25899 del 2 marzo 2016*. Infatti in quel documento, l’Autorità prende atto del fatto che con quel regolamento «(...) la possibilità di effettuare, in deroga alle norme di concorrenza, accordi di prezzo tra produttori (nell’ambito di Organizzazioni o Associazioni di Produttori) per la negoziazione con l’industria di trasformazione» è in linea con «il precipuo obiettivo di contribuire, in vista dell’abolizione delle quote latte, alla stabilizzazione del mercato stesso e dei redditi dei produttori di latte, nonché al rafforzamento della trasparenza nel settore». Come dire, dunque, che, piaccia o non piaccia all’Autorità della concorrenza (sia essa comunitaria o nazionale) gli obiettivi della PAC, a partire dalla stabilità dei mercati, da un lato esigono strutturalmente il sacrificio del rispetto radicale dei principi della disciplina *antitrust*, dall’altro si prendono cura della tutela di una pluralità di interessi e non soltanto di quelli dei consumatori come, viceversa, si continua a sostenere a proposito della tutela della concorrenza.

inscrive l'indirizzo alla base della segnalazione sopra illustrata. Essa, in definitiva, tende discutibilmente ad una lettura decisamente restrittiva degli indici normativi presenti nell'ordinamento in ossequio, in definitiva, ad una propria visione della politica della concorrenza alla quale conformare anche gli orientamenti della politica agricola.

Peraltro, il tema alla base dell'approccio adottato anche dalla nostra Autorità *antitrust* nella segnalazione sopra illustrata e relativo alla possibilità di programmare la produzione da parte dei produttori agricoli va ben oltre l'ambito del comparto vitivinicolo. In questa sede, siffatto tema non può che essere segnalato in quanto merita una riflessione più ampia ed approfondita cui deve necessariamente rinviarsi.

AS1266 - ACCORDI RELATIVI A PREZZI DI UVE DESTINATE ALLA PRODUZIONE DI VINI DOCG E DOC

Roma 22 marzo 2016

Ministero delle Politiche Agricole e Forestali
Ministero dello Sviluppo Economico
Presidenti delle Regioni

L'Autorità ha avuto notizia di una serie di accordi di filiera, stipulati tra il 2010 e il 2014, nell'ambito di alcuni tavoli interprofessionali convocati dall'Assessorato all'agricoltura, caccia e pesca della Regione Piemonte relativamente alle modalità di cessione delle uve "Cortese" impiegate per la produzione di due vini bianchi assoggettati a disciplinari DOCG e DOC, il "Cortese di Gavi" e il "Cortese Piemonte". È ragionevole presumere che tavoli di questo genere si siano tenuti in altri contesti regionali con riferimento ad altri vini.

Ai sensi dell'art. 22 della legge n. 287 del 1990, secondo cui l'Autorità può esprimersi sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, con riferimento a questo tipo di accordi si rileva quanto segue.

L'industria vitivinicola risulta tradizionalmente caratterizzata da una pervasiva disciplina che, in linea con le finalità della Politica agricola comune a suo tempo indicate dall'art. 39 del Trattato di Roma del 1957 e mantenute sino all'art. 39 TFUE, mira tra l'altro a "stabilizzare i mercati". Ciò ha fatto sì che, lungo le diverse filiere di prodotto, siano sin qui ricorse con relativa frequenza "catene pattizie" tra agricoltori e acquirenti diversi, volte a esercitare un controllo più o meno ampio su una serie di variabili economiche anche significative, ivi comprese – attraverso il meccanismo noto come "bloccage" (su cui v. l'art. 14 del d.lgs. n. 61 del 2010) – le quantità di uve e vini rese disponibili sul mercato. Con specifico riferimento agli accordi relativi alle modalità di cessione delle uve "Cortese", oltre alla ricorrenza di simili criteri di controllo delle quantità delle uve, risulta che siano stati anche determinati prezzi minimi di conferimento delle stesse, con il riconoscimento di incrementi annui costanti.

Tutto ciò premesso, l'Autorità intende sottolineare con fermezza la necessità di circoscrivere rigorosamente le intese di filiera a quanto consentito dalla normativa vigente, con l'espressa esclusione di accordi di prezzo delle uve e tanto più dei vini sfusi. Pertanto, anche in coerenza con la maggiore sensibilità pro-concorrenziale da ultimo introdotta nel settore agroalimentare dalla nuova PAC, si richiamano gli enti competenti a un uso il più possibile circoscritto di meccanismi di controllo delle attività d'impresa – in primo luogo il *bloccage-debloccage* delle uve di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 61 del 2010 – in quanto incidenti direttamente sulle disponibilità di prodotto (e prezzi conseguenti) nei mercati finali, pur nella consapevolezza della tipicità del prodotto uva, che può presentare un'elevata differenziazione qualitativa da un anno all'altro.

Peraltro, l'Autorità ha già più volte avuto modo di criticare la determinazione concordata di quantità e prezzi di prodotti agroalimentari, tenuto conto della preminente opportunità di concentrare gli sforzi dei diversi operatori – anche nei momenti pattizi –

sul miglioramento della qualità dei prodotti o su standard contrattuali comuni¹ Alla luce delle precedenti considerazioni, l'Autorità invita tutti gli enti, che possano aver adottato o favorito pattuizioni similari a quelle contenute negli accordi passati relativi alle modalità di cessione delle uve "Cortese", a perseguire per quanto di propria competenza una gestione delle attività vitivinicole nell'armonica considerazione dei diversi interessi rilevanti, alla luce di tutti i vigenti principi dell'ordinamento.

p. Il Presidente
GABRIELLA MUSCOLO

¹ Ciò sin dalla segnalazione AS318 del 2 dicembre 2005, "Disposizioni per la costituzione dei tavoli di filiera", secondo cui: «la determinazione concordata delle quantità è idonea a determinare restrizioni concorrenziali non meno gravi di quelle derivanti dalla fissazione concordata dei prezzi, che contrastano con le regole comunitarie di concorrenza e, segnatamente, con l'art. 81 del Trattato CE. Né, d'altra parte, le restrizioni concorrenziali conseguenti alla determinazione concordata delle quantità sembrano potersi ritenere effettivamente necessarie al raggiungimento degli obiettivi propri delle intese di filiera, che l'art. 9, comma 1°, del d.lgs. n. 102/2005 identifica nella valorizzazione dei prodotti agricoli e agroalimentari. Invero, in un'ottica di salvaguardia di una sufficiente concorrenza nei mercati del comparto agricolo e agroalimentare, la ricerca concordata di una corrispondenza dell'offerta alle richieste della domanda dovrebbe concentrarsi sugli aspetti concernenti la qualità delle produzioni, senza limitare l'offerta sotto il profilo quantitativo». Con riferimento alla possibilità che accordi di filiera o interprofessionali possano, alla luce del quadro comunitario e nazionale vigente, arrivare a determinare il prezzo di cessione di un bene agricolo, cfr. anche IC51, *Indagine conoscitiva nel settore del latte*, decisa il 2 marzo 2016.

MARIAGRAZIA ALABRESE

**TTIP E AGROALIMENTARE.
PRIME RIFLESSIONI A MARGINE DELLE PROPOSTE
DELL'UNIONE EUROPEA NELLA NEGOZIAZIONE
DELLA *TRANS-ATLANTIC TRADE AND INVESTMENT
PARTNERSHIP***

SOMMARIO: 1. L'accordo commerciale che preoccupa. – 2. I *trend* della politica commerciale globale e il contesto dell'accordo. – 3. Le relazioni UE-USA nel commercio agro-alimentare – 3.1. (*Segue*) Variazioni sul terreno di scontro: dalla *farm policy* alla *food policy*. – 4. Rassegna delle proposte dell'UE nel negoziato transatlantico. *a)* La «cooperazione normativa». – 4.1. (*Segue*) *b)* OGM, ormoni, benessere animale: niente di nuovo all'orizzonte. – 4.2. (*Segue*) *c)* Etichette e indicazioni geografiche: i nodi vengono al pettine. – 4.3. (*Segue*) *d)* Il capo «Agricoltura». – 5. È davvero possibile una convergenza?

1. “Il trattato transatlantico. L'accordo commerciale USA-UE che condizionerà le nostre vite”¹ è il titolo della versione italiana di un recente *pamphlet* scritto da Alain de Benoist, nel quale il filosofo francese enumera le molte e gravi problematiche che l'accordo transatlantico porterà con sé qualora concluso e ratificato. Oltre che alle garanzie sociali in materia di lavoro, al settore farmaceutico e ai servizi pubblici, nel saggio un posto rilevante viene riservato al tema dell'agro-alimentare. Si paventa, tra altri fatti allarmanti, «l'arrivo massivo di prodotti a basso costo» e nocivi per la salute, quali la carne bovina agli ormoni, il pollame lavato con il cloro, prodotti contenenti pesticidi e additivi tossici il cui uso è vietato nell'Unione europea.

All'incirca le medesime preoccupazioni emergono dalle proteste dei movimenti “anti-TTIP” che si sono formati in Europa e che hanno un fronte abbastanza importante in Germania dove, ad esempio, nell'ottobre del

¹ L'opera tradotta in italiano è edita da Arianna Editrice, Bologna, 2015. Il titolo originale è: *Le Trait  transatlantique et autres menaces*.

2015 si è svolta quella che la stampa ha definito la più grande manifestazione degli ultimi venti anni in quel Paese².

La polemica, a tratti forse emotiva, che si è scatenata intorno ai negoziati, e che non investe e non ha mai investito con la medesima forza i molti altri accordi di libero scambio che pure l'Unione europea ha concluso recentemente (p. es. il Ceta³) o che sono in fase di negoziazione (p. es. UE-Giappone⁴), riflette probabilmente l'enorme portata del trattato che, se concluso, creerà la più grande area di libero scambio nel mondo, con un flusso pari a un terzo del commercio mondiale e che avrà, soprattutto, forti implicazioni geopolitiche⁵. Dal punto di vista che maggiormente ci interessa, quello giuridico, non si può negare d'altra parte che l'accordo potrebbe portare, come si vedrà più avanti, rilevanti cambiamenti non solo nei contenuti ma anche quanto alla procedura stessa di formazione degli atti normativi negli ordinamenti coinvolti.

Sebbene il negoziato, come noto, coinvolga molte aree⁶, tra i maggiori motivi di preoccupazione da parte dell'opinione pubblica emergono le questioni connesse al settore agroalimentare, legate in particolare alla tutela della salute e al mantenimento di elevati standard di qualità e sicurezza. Sull'altro piatto della bilancia si pongono le ragioni a favore di un accordo di libero scambio, fondate sull'evidenza che le riforme progressive della politica agricola comune hanno portato il settore agroalimentare a doversi

² Cfr. Internazionale, 23 ottobre 2015, p. 18 ss. Tra gli articoli che evidenziano la pericolosità dei risultati dell'accordo si veda, p. es., M. WEISS, J. MIDDLETON, T. SCHRECKER, *Warning: TTIP could be hazardous to your health*, in *Journal of public health*, n. 3, 2015, p. 367.

³ *Comprehensive Economic and Trade Agreement* concluso con il Canada che pure presenta problemi in parte simili a quelli che vengono posti per il TTIP. Si pensi ad esempio alla previsione della cosiddetta clausola ISDS, della quale si dirà brevemente nel testo, che avrebbe potuto bloccare l'approvazione dell'accordo da parte del Parlamento europeo e che è stata oggetto di modifica alla fine di febbraio 2016 con l'introduzione, al posto del collegio arbitrale inizialmente concepito, di un tribunale permanente. Si tratta di un nuovo approccio che l'Unione ha adottato nel recente Accordo di libero scambio concluso con il Vietnam (dicembre 2015) e che costituisce la proposta UE anche in sede TTIP. Alcune interessanti questioni e riflessioni sui tre accordi che vedono impegnati Canada, UE e USA sono contenute nel *Report del Canada-US Law Institute (CUSLI), Ceta, Tpp, Ttip, and The Canada-US Trade Relationship*, in *Canada-US Law Journal*, 2015, p. 202.

⁴ Lanciato nel 2013, il negoziato ha visto concludersi il 16esimo round nell'aprile 2016. Su questo v. <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/japan/>.

⁵ Si veda, fra gli altri, D.S. HAMILTON (a cura di), *The Geopolitics of TTIP. Repositioning the Transatlantic Relationship for a Changing World*, Center for Transatlantic Relations, Washington, DC, 2014, <http://transatlanticrelations.org/node/506>.

⁶ Come si vedrà più avanti, oltre al commercio dei beni, le aree oggetto di negoziato sono quelle dei servizi e degli appalti pubblici, i settori chimico, cosmetico, dei prodotti dell'ingegneria, ICT, dei dispositivi medici, dei pesticidi, dei veicoli, dei prodotti farmaceutici e tessili.

orientare in misura sempre più ampia al mercato internazionale, e sulla rappresentazione delle opportunità di esportazione come fattore decisivo per un segmento produttivo coinvolto in trasformazioni strutturali importanti.

Altre problematiche che rappresentano altrettante ragioni di protesta contro il Trattato, e che esulano dallo scopo di questo scritto, sono la mancanza di trasparenza dei negoziati⁷ e la ormai famigerata clausola ISDS (*Investor State Dispute Settlement*), già presente in molti accordi bilaterali e plurilaterali⁸, che consentirebbe all'investitore, che ritenga lesi i propri interessi a seguito dell'introduzione di un atto legislativo o amministrativo di uno Stato, di adire quest'ultimo dinanzi ad un collegio arbitrale. Preoccupazioni sulla reale imparzialità del collegio arbitrale hanno portato la Commissione europea, anche dopo aver avviato una consultazione pubblica sul tema⁹, a proporre l'introduzione di un organismo giudiziario permanente ed imparziale. Restano tuttavia, per i detrattori dell'accordo, i dubbi legati al rischio che uno Stato possa vedersi costretto a pagare ingenti indennità per avere introdotto discipline normative volte a proteggere l'ambiente e la salute dei propri cittadini. Sebbene la proposta europea contenga esplicite e dettagliate ipotesi di ricorso all'*Investment Court System*¹⁰, controversie

⁷ A questo proposito si deve dire che, probabilmente anche a seguito delle critiche provenienti dall'opinione pubblica e dell'intervento dell'*Ombudsman* (Caso OI/10/2014/RA), la Commissione europea ha reso pubblici i testi delle proposte e delle posizioni dell'UE. Tali provvedimenti non hanno fatto cessare i dissensi perché, ad esempio, si ritiene che i resoconti dei round negoziali non rendono esplicite le decisioni prese. Quanto alla possibilità, recentemente introdotta, che i membri del Parlamento europeo e dei Parlamenti degli Stati membri prendano visione dei testi consolidati, gli oppositori del trattato e alcuni membri del Parlamento europeo sollevano molte riserve circa le modalità di consultazione dei testi da parte dei parlamentari, v. su questo <http://www.tagesspiegel.de/downloads/11317374/1/access-rules-to-consolidated-texts.pdf>.

⁸ Secondo un *Report* del Servizio ricerche del Parlamento europeo del 21 gennaio 2014 sono oltre 3000 i trattati internazionali di investimento che fanno ricorso a meccanismi ISDS, con UE e Stati Membri parti di circa 1400 di tali accordi, cfr. *Investor-State Dispute Settlement (ISDS). State of play and prospects for reform*, <http://www.eprs.ep.parl.union.eu>.

⁹ La Commissione ha organizzato, tra il 27 marzo e il 13 luglio 2014, una consultazione pubblica i cui risultati sono stati elaborati nella Relazione SWD (2015) 3 draft, *Consultazione pubblica online sulla protezione degli investimenti e sulla risoluzione delle controversie tra investitore e Stato (ISDS) nell'accordo di partenariato transatlantico su commercio e investimenti*.

¹⁰ Su tale fenomeno con riferimento al TTIP si veda C. SALVI, *Trattato transatlantico, espropriazione indiretta e costo dei diritti*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2015, p. 41 che contiene un *excursus* interessante sulla figura della espropriazione indiretta negli USA e in Europa. Con riferimento alle polemiche nei confronti del sistema di soluzione delle controversie tra investitori e Stati, oltre ai movimenti anti-TTIP, si deve menzionare che recentemente anche l'Associazione dei magistrati tedeschi ha espresso forti critiche sull'introduzione di un organo giudiziario *ad hoc* che minerebbe i poteri e le competenze delle giurisdizioni nazionali senza fornire garanzie di imparzialità, cfr. <https://euobserver.com/economic/132142>. Una opinione contraria a tale visione si trova in R. QUICK, *Why TTIP should have an investment chapter including ISDS*, in *Journal*

recenti sono sovente prese ad esempio nel dare sostanza a questi dubbi, come nel caso dell'azione avviata da una società svedese contro la Germania per la decisione di dismettere l'uso dell'energia nucleare¹¹, o quella promossa dalla Philip Morris contro l'Australia per il *Tobacco Plain Packaging Act* del 2011 che prevedeva misure atte a limitare il consumo di sigarette¹².

Il presente lavoro, pur con le difficoltà di quando si vuole scattare una fotografia ad un oggetto in movimento, intende offrire qualche riflessione su un tema di ricerca che già oggi è al centro di rilevanti discussioni non solo tra i giuristi, e che presumibilmente attrarrà sempre più attenzione nei mesi a venire. Nel fare ciò si tratteggerà sullo sfondo lo scenario del commercio globale nel quale l'accordo si inserisce al fine di inquadrarne il contesto. Inoltre, restringendo l'analisi agli scambi transatlantici nel settore agroalimentare, si tratterà la traiettoria delle relazioni UE-USA, ripercorrendo le dispute tra le due parti sollevate dinanzi agli organi di soluzione delle controversie del GATT prima e, successivamente, del WTO. Si esamineranno poi le principali caratteristiche e i contenuti delle proposte negoziali dell'Unione europea e si tenterà di comprendere se tali testi offrono risposte alle questioni che hanno costituito negli anni, e rappresentano ancora oggi, motivo di tensione tra le due sponde dell'Atlantico in campo agricolo e alimentare. Infine, ci si interrogherà sulla possibilità di trovare un nocciolo duro di valori e interessi comuni alle due parti che consenta di costruire la convergenza di regole alla quale si tende con questo Trattato.

2. Gli accordi commerciali regionali (*Regional Trade Agreements – RTAs*)¹³ hanno assunto un ruolo sempre maggiore nell'ambito del commer-

of World Trade, 49, p. 199, secondo il quale UE e USA non dovrebbero perdere l'occasione di regolare lo strumento di decisione delle controversie tra investitori e Stati in modo nuovo tale da creare un precedente per tutti i successivi Accordi. In effetti pare che ciò stia già accadendo, almeno in seno all'UE, secondo quanto si è accennato *supra* nota n. 3.

¹¹ Come è noto la Germania, dopo il disastro nucleare di Fukushima in Giappone, ha adottato delle misure legislative volte a dismettere l'energia nucleare. Questa decisione ha portato la società svedese Vattenfall, nel maggio 2012, ad adire, ai sensi dell'*Energy Charter Treaty*, l'*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID), organizzazione della Banca Mondiale, per ottenere un risarcimento dei danni. Cfr. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, Caso n. ARB/12/12, disponibile su www.icsid.worldbank.org. Per un'analisi del caso si veda C. Li, *Energy Charter Treaty, German Nuclear Phase-Out and International Investment Arbitration. An Analysis on the Case Vattenfall v. Germany*, in *EurAmerica*, 2014, Vol. 44, Issue 3, p. 305.

¹² Tutti gli atti della procedura arbitrale, condotta secondo i regolamenti dell'*United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), sono resi disponibili dal Governo australiano al sito <https://www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging>.

¹³ Spesso ci si riferisce a questi accordi anche con l'espressione «*Free trade agreements*»

cio globale e sembrano riscuotere la manifesta preferenza degli Stati rispetto al sistema multilaterale del WTO¹⁴ soprattutto a seguito della stagnazione dei negoziati in seno al Doha Round. Il fenomeno degli accordi regionali è esploso soprattutto a partire dagli anni 2000 e rapidamente si è passati da 123 accordi notificati al WTO¹⁵ nel 1995 a ben 612 nell'aprile del 2015, dei quali 406 in vigore¹⁶. Le ragioni che si ascrivono a questo mutamento importante del panorama globale del commercio internazionale sono molteplici. Si fa riferimento a questioni strategiche legate, ad esempio, alla volontà di usare l'accordo regionale come *game-changer* al fine di stabilire

e, in effetti, essi contengono quasi sempre tale dizione che, tuttavia, ha lo svantaggio di escludere le unioni doganali, spesso sono istituite da questi trattati. Inoltre, secondo alcuni (S. LESTER, B. MERCURIO, L. BARTELS, *Bilateral and Regional Trade Agreements. Commentary and Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 5), parlare di «*Free trade agreements*» li pone sotto una luce totalmente positiva e quindi forse inaccurata, dal momento che non tiene conto del carattere discriminatorio che potrebbe essere ravvisato in tali accordi visto che attribuiscono preferenze ad alcuni Paesi. Per questa ragione un'espressione molto utilizzata è quella di *Preferential Trade Agreements* (PTAs), anche considerando che, come si dirà poco più avanti nel testo, essi non sono più limitati a Paesi di una determinata Regione geografica. Secondo F. COSTAMAGNA, *Accordi commerciali regionali e diritto dell'OMC*, in G. Venturini (a cura di), *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2015, p. 278, tuttavia, anche l'utilizzo del termine "preferenziale" potrebbe prestarsi a essere criticato dal momento che l'obiettivo di questi accordi non è più l'ottenimento di un trattamento (tariffario) preferenziale.

¹⁴ La proliferazione di accordi preferenziali in parallelo ai negoziati del Doha Round ha provocato un dibattito in dottrina riguardo alla compatibilità e ai potenziali conflitti tra l'approccio multilaterale e quello regionale. Su questo si rinvia a R. BALDWIN, P. LOW (a cura di), *Multilateralizing Regionalism: Challenges for the Global Trading System*, Cambridge University Press, 2009. Secondo P. BORGHI, *I Trattati sul commercio internazionale, il declino dell'utopia multilaterale e le prospettive per lo sviluppo*, in P. BORGHI, A. BRUZZO (a cura di), *Nutrire il pianeta? Il ruolo dell'Europa nello sviluppo economico e alimentare mondiale*, Napoli, 2016, p. 99, d'altra parte, «non è la prima volta, nella storia del *world trade law* (prima con il GATT, oggi con il WTO) che l'approccio negoziale multilaterale entra in grave crisi» e si può anzi «affermare che la genesi della stessa *World Trade Organization* è 'ereditariamente' bilaterale» se si pensa al fatto che l'Accordo multilaterale, dopo anni di negoziati fallimentari, «si raggiunse solo, in pratica, non appena (il 21 novembre 1992) nella residenza presidenziale statunitense di *Blair House*, i negoziatori USA e la Commissione UE raggiunsero bilateralmente l'accordo sull'agricoltura».

¹⁵ Come noto gli accordi regionali hanno come base giuridica l'art. XXIV GATT che contiene, a determinate condizioni, una clausola di eccezione alla regola della nazione più favorita. Sulle notevoli problematiche relative alla interpretazione delle disposizioni dell'articolo cfr. F. COSTAMAGNA, *Accordi commerciali regionali e diritto dell'OMC*, cit., p. 275 ss.

La notifica al WTO avviene in virtù del *Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements*, Decisione del 14 dicembre 2006, WT/L 671, pertanto tutti gli accordi notificati o per i quali è stata trasmessa al WTO un'informativa circa la loro negoziazione sono contenuti in un database consultabile su <http://rtais.wto.org>.

¹⁶ S. TANGERMANN, *Agriculture and Food Security: New Challenges and Options for International Policy*, E15 Expert Group on Agriculture, Trade and Food Security – Policy Options Paper, E15Initiative, World Economic Forum, 2016.

un precedente sul «se e come» regolare una questione non trattata sul tavolo dei negoziati multilaterali, all'esigenza di colmare il vuoto lasciato dai fallimenti delle trattative in sede multilaterale per giungere ad un accordo rapido. Altre ragioni appartengono invece alla sfera politico-economica domestica e riguardano la volontà di promuovere un certo settore economico o di proteggerne uno considerato sensibile¹⁷.

Alla crescita del numero dei RTAs ha corrisposto un mutamento nei contenuti. Essi, generalmente nell'ambito di un regime di reciprocità, sono rappresentati da accordi di libero scambio o unioni doganali con tariffe esterne comuni¹⁸. A ciò si sono aggiunte, via via in maniera sempre più frequente e incisiva, previsioni che vanno «al di là dei confini», e quindi delle misure tariffarie, e che sono tese ad una integrazione più profonda, finalizzata alla creazione di regole comuni, sia disciplinando in maniera differente aree regolate in sede WTO (in questo caso, come noto, si parla di previsioni WTO+) sia introducendo regole in settori non disciplinati dagli accordi multilaterali (in questo caso si parla di WTO x)¹⁹.

È accaduto inoltre che tali accordi abbiano coinvolto sempre più spesso Paesi appartenenti a Continenti e aree geografiche molto diverse, superando il carattere «regionale» o, come è stato detto con una espressione efficace, caratterizzandosi per una «regionalità allentata»²⁰. Negli ultimi anni, infine, interessando più Paesi con economie molto importanti a livello globale e non un partner più «grande» e una o più economie minori, come generalmente accadeva fino a poco tempo fa, sono diventati «mega-regionali».

I cosiddetti «*mega-regionals*» sono descritti come *partnership* tra Paesi o Regioni con grandi quote di mercato e di investimenti esteri finalizzate ad una integrazione profonda, che va oltre l'accesso al mercato e che attribuisce molta enfasi a una sempre maggiore standardizzazione delle regole al fine di facilitare e, quindi, favorire il commercio²¹. È in tale con-

¹⁷ Tra gli altri su questo si veda C. VAN GRASSTEK, *The Political Economy of Services in Regional Trade Agreements*, OECD Trade Policy Papers, OECD Publishing, No. 112/2011.

¹⁸ Cfr. *The WTO and preferential trade agreements: From co-existence to coherence*, World Trade Report 2011, p. 44.

¹⁹ Una disamina molto utile e chiara delle previsioni WTO+ e WTOx contenute negli accordi preferenziali conclusi da UE e USA e notificati al WTO fino all'ottobre 2008 si trova in H. HORN, P. C. MAVROIDIS e A. SAPIR, *Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements*, Volume II, Bruegel Blueprint Series, Belgio, 2009.

²⁰ S. LESTER, B. MERCURIO, L. BARTELS, *Bilateral and Regional Trade Agreements. Commentary and Analysis*, cit., p. 4, parlano appunto di «*loose regional trade agreements*».

²¹ R. MELÉNDEZ-ORTIZ, *Mega-regionals: What Is Going on?*, in *Mega-regional Trade Agreements. Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System?*, 2014, www.weforum.org.

testo che si colloca il TTIP, uno degli accordi mega-regionali che in questo momento sono in fase di negoziazione o appena conclusi. Altri, ben noti, negoziati riguardano il TPP (*Trans-Pacific Partnership*)²², il RCEP (*Regional Comprehensive Economic Partnership*)²³, e l'appena nato CFTA (*Continental Free Trade Area*)²⁴.

Con riferimento all'Unione europea, il TTIP, i cui negoziati sono stati lanciati nel 2013 e che nel momento in cui si scrive sono giunti al tredicesimo round²⁵, si inserisce nella nuova strategia commerciale, che emerge chiaramente dalla Comunicazione della Commissione del 2006 dal titolo "Europa globale: competere nel mondo"²⁶, volta alla conclusione di accordi con partner con grandi potenzialità di mercato. L'Unione tende dunque a negoziare nuovi trattati di libero scambio ampi e ambiziosi, finalizzati al massimo grado possibile di liberalizzazione, anche in materia di servizi e investimenti. Quel che è ancora più rilevante è che si riconosce come, con la progressiva eliminazione delle tariffe, il problema maggiore diventino gli ostacoli non tariffari, quali regole e procedure spesso restrittive degli scambi. Per tale ragione, i "nuovi accordi" sono chiamati ad affrontare in misura sempre maggiore le questioni connesse alle cosiddette «barriere non tariffarie», ove possibile mediante l'approdo alla convergenza normativa tra le parti dell'accordo. La Comunicazione "*Global Europe*", dunque, non solo sembra segnare chiaramente il passaggio della politica commerciale dell'UE

²² La *Trans-Pacific Partnership* – TPP coinvolge 12 Paesi (USA, Australia, Brunei, Canada, Cile, Giappone, Malesia, Messico, Nuova Zelanda, Perù, Singapore e Vietnam). I negoziati sono stati conclusi nell'ottobre 2015 e nel febbraio 2016 l'accordo è stato sottoscritto, si è aperta così la fase di ratifica.

²³ I negoziati del RCEP, iniziati nel 2013, sembrerebbero (ma non vi sono molte certezze visto l'assoluta segretezza che li coinvolge) ancora lontani dal giungere ad un accordo, anche se probabilmente la chiusura del TPP darà una spinta alle trattative tra i 16 Paesi coinvolti: i 10 Paesi ASEAN (Laos, Myanmar, Cambogia, Filippine, Indonesia, Thailandia, Brunei, Malesia, Singapore, Vietnam) e India, Sud Corea, Cina, Australia, Giappone, Nuova Zelanda.

²⁴ Si tratta dell'accordo di libero scambio che è stato lanciato dalla Commissione dell'Unione Africana nel giugno 2015 e che dovrebbe allargare a tutti i Paesi dell'Unione Africana il *Tripartite Free Trade Area* (TFTA) appena concluso tra le tre Comunità Economiche Regionali COMESA-EAC-SADC. Anche questo negoziato viene definito "mega-regional" forse più per l'impatto geopolitico che potrebbe avere che per la quota di commercio internazionale attualmente detenuta dai Paesi che ne farebbero parte.

²⁵ A seguito della grave crisi economica, nel novembre 2011, Europa e Stati Uniti concordarono la costituzione dell'*High Level Working Group on Jobs and Growth* incaricato di identificare politiche e misure che favorissero lavoro, crescita economica e competitività. Nel febbraio 2013 il rapporto finale di questo Gruppo di lavoro suggerì un *comprehensive agreement* che contribuisse allo sviluppo di regole globali.

²⁶ Comunicazione della Commissione "Europa globale: competere nel mondo", COM (2006) 567 def., del 4 ottobre 2006.

dal multilateralismo al bilateralismo, come confermato anche dai fatti, visti i molteplici negoziati aperti a partire dal 2006²⁷, ma apre evidentemente la strada a una integrazione sempre più profonda come esito di tali negoziati.

Alcuni anni dopo la Comunicazione del 2006, la strategia *Trade for All*, dell'ottobre 2015, segna un nuovo, interessante cambiamento nell'approccio dell'Unione al commercio internazionale. Essa è, infatti, ancora più orientata ad utilizzare la *trade policy* dell'Unione per creare regole globali che riflettano i valori e i principi del modello europeo, quali lo sviluppo sostenibile, i diritti umani, il commercio equo ed etico, nonché la lotta contro la corruzione. Sono di grande rilievo, dunque, le nuove funzioni che il commercio internazionale è chiamato a svolgere, e che sono non più solo economiche di stimolo alla crescita, all'occupazione e all'innovazione, ma anche (e forse soprattutto) politiche e sociali, di garanzia della diffusione, a livello internazionale, dei principi di matrice europea. In tale contesto, se progressivamente insieme agli obiettivi commerciali si persegue quello di guidare l'elaborazione di regole globali in linea con determinati valori, gli Stati Uniti sono visti come uno dei partner ideali per conseguire questo scopo, in considerazione – è legittimo pensare – di una base ampia di scelte sociali condivise (e opposte a quelle di assetti culturali non “occidentali” o non “occidentalizzati”). Il TTIP dunque, nella strategia «*Trade for All*», viene definito come «il negoziato commerciale più ambizioso e strategico che l'UE abbia mai intrapreso». E di esso si dice che «rafforzerà le relazioni dell'Europa con gli Stati Uniti, il nostro alleato politico più importante e il principale mercato per le esportazioni europee, e rappresenterà un vero e proprio laboratorio per lo sviluppo di norme globali»²⁸.

Tali regole globali riguarderanno, per quanto qui interessa, anche settori, quali quello agricolo e alimentare, che, come si vedrà, si sono imposti tra i due partner del futuro accordo come aree tutt'altro che pacifiche di svolgimento delle reciproche relazioni commerciali.

3. Le tensioni tra UE e USA in campo agro-alimentare sono esistite, si potrebbe dire, fin da quando è nata la Comunità economica europea. La creazione della Politica agricola comune, in effetti, oltreoceano fin da subito

²⁷ Si pensi, tra gli altri, a quelli con Sud Corea, Singapore, Colombia, Perù ed Ecuador, Ucraina, Georgia, e Moldavia, Canada, e Vietnam.

²⁸ Comunicazione “Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile”, pubblicata dalla Commissione nell'ottobre 2015 e disponibile su <http://ec.europa.eu/trade/policy>, p. 50.

fu considerata troppo protezionistica²⁹. Un esempio dell'irritazione statunitense riguardo a questo è la c.d. *chicken war*, la battaglia commerciale che portò gli USA a contestare il regime di sostegno alle carni di pollame introdotto dalla PAC³⁰ (che aveva in effetti causato una notevole riduzione delle esportazioni statunitensi in Europa e in particolare nel mercato tedesco) e a pianificare, come contromisura, un aumento dei dazi su alcuni prodotti, anche non agricoli, che i Paesi europei avevano interesse ad esportare³¹.

Indipendentemente dalla loro portata economica, le questioni attinenti al settore agricolo sono sempre state considerate degne di grande attenzione dal punto di vista politico. In un interessante studio sulle controversie tra CEE e USA nell'ambito del GATT tra il 1960 e il 1985 viene rilevato come l'area di maggiore litigiosità tra le due parti sia stata proprio quella agricola³². Negli anni si è peraltro avuto un progressivo aumento nel numero di controversie che coinvolgevano la CEE o i suoi Stati membri e che avevano come controparte gli Stati Uniti. Facendo riferimento ai soli contenziosi per i quali si è giunti ad una decisione, e quindi è stato presentato un rapporto finale dei *Panel*, si evidenzia come da due controversie negli anni sessanta³³,

²⁹ Sebbene anche gli interventi statunitensi in materia di agricoltura fossero orientati a supportare gli agricoltori (si pensi ad esempio, al sistema del *Common credit corporation* su cui cfr. D. ORDEN, R. PAARLBERG, T. ROE, *Policy Reform in American Agriculture: Analysis and Prognosis*, University of Chicago Press, Chicago, 1999), da un'analisi comparata dei sussidi all'agricoltura in Europa e in America emerge come dopo l'introduzione della PAC nel vecchio Continente il divario è diventato molto rilevante, cfr. K. ANDERSON (a cura di), *Distortions to Agricultural Incentives: A Global Perspective – 1955-2007*, Palgrave Macmillan e World Bank, Washington DC, 2009, disponibile su www.worldbank.org. Sulla politica del diritto nord-americano in materia di agricoltura v. A. JANNARELLI, *Il diritto agrario e le trasformazioni della società industriale: l'esperienza nord-americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, in particolare p. 742; sugli sviluppi della politica agricola e il sostegno al mercato dei prodotti agricoli cfr. P. BORGHI, S. MANSERVISI, L. RUSSO, *Diritto agrario statunitense*, Milano, 2001.

³⁰ Regolamento CEE 22/1962 «Règlement n° 22 portant établissement graduel d'une organisation commune des marchés dans le secteur de la viande de volailles».

³¹ *US/EEC – Panel on Poultry*, L/2088, 21 November 1963, in *BISD* 12S/65. Sul tema v. H. WALKER, *Dispute settlement: The chicken war*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 58, No. 3, 1964, p. 671. A sottolineare gli strascichi commerciali di quella battaglia ancora visibili negli anni Duemila, ad esempio nel settore automobilistico, uno studio molto interessante di D. IKENSON, *Ending the "Chicken War"*. *The Case for Abolishing the 25 Percent Truck Tariff*, Cato Institute, giugno 2003.

³² R.E. HUDEC, *Legal issues in US-EC trade policy: GATT litigation 1960-1985*, in R.E. BALDWIN, C.E. HAMILTON, A. SAPIR (a cura di), *Issues in US-EC trade relations*, Chicago University Press, Chicago, 1989, p. 17. Secondo l'analisi di Hudec, delle 80 controversie presentate dinanzi agli organi di soluzione delle controversie del GATT tra il 1960 e il 1985, 26 intercorrevano tra CEE e USA delle quali 16 riguardavano questioni agricole e in particolare erano relative a quella che viene definita «*the ever-present Ec Common Agricultural policy*».

³³ Si tratta, oltre che della menzionata *chicken war* del 1963, di una controversia del 1962 sollevata dagli Stati Uniti contro la Francia (*French Import Restrictions*, L/1921, adopted

si passa a tre negli anni settanta³⁴, arrivando a sette negli anni ottanta³⁵. Al di là di questo esercizio numerico, quello che emerge dall'analisi dei casi è che essi hanno ad oggetto per lo più misure tariffarie, restrizioni alle importazioni, misure di aiuto per favorire la vendita di produzioni europee eccedentarie (come nel caso del concentrato di pomodoro o delle sostanze proteiche del latte nei mangimi) e sovvenzioni alle esportazioni (come nel caso della farina di frumento e della pasta)³⁶. Un ulteriore elemento degno di nota è dato dalla circostanza che le controversie di questi anni vedono in genere la CEE come parte convenuta e gli USA come ricorrente, a riprova

14 November 1962, in *BISD* 11S/94) per restrizioni quantitative su alcuni prodotti alimentari sui quali la CEE nel Dillon Round aveva fatto concessioni tariffarie agli USA, che si è conclusa con un impegno ad eliminare la misura.

³⁴ Di queste una è la riapertura della controversia contro la Francia che non aveva posto rimedio alle restrizioni quantitative lamentate nel '62 (*Income Tax Practices Maintained by France, L/4423 adopted 7 December 1981*, in *BISD* 23S/114). Gli altri due casi risalgono entrambi al 1976 e riguardano misure di breve periodo introdotte dalla CEE per porre rimedio a produzioni eccedentarie causate dalla PAC. In una ipotesi si fissava il prezzo minimo alle importazioni per il concentrato di pomodoro e nell'altra si prevedeva l'uso del latte in polvere come sostanza proteica nei mangimi. Le misure furono ritirate prima che la procedura di soluzione delle controversie fosse completata, ma la decisione fu comunque formalmente adottata con l'intento di evitare, per il futuro, misure «lampo» di tal genere, cfr. *EEC – Measures on Animal Feed Proteins, L/4599, adopted 14 March 1978*, in *BISD* 25S/49; *EEC – Programme of Minimum Import Prices, Licences and Surety Deposits for Certain Processed Fruits and Vegetables, L/4687, adopted 18 October 1978*, in *BISD* 25S/68.

³⁵ Nel caso *United Kingdom Application of EEC Directives to Imports of Poultry from the United States, L/5155, adopted 11 June 1981*, in *BISD* 28S/90, gli USA, che nel maggio 1981 ritirarono l'istanza, contestavano la normativa del Regno Unito di recepimento delle direttive comunitarie sulla carne di pollame perché imponeva ai fornitori stranieri requisiti non richiesti a quelli domestici. Subito dopo, tra dicembre 1981 e luglio 1982 gli Stati Uniti risultano ricorrenti in quattro contenziosi riguardanti il settore agricolo nei confronti della CEE. Di questi, tre riguardavano sovvenzioni alle esportazioni di prodotti agricoli (farina di frumento: *EEC – Subsidies on Export of Wheat Flour, SCM/42, 21 March 1983, unadopted*; pasta: *ECC – Subsidies on Export of Pasta Products, SCM/43, 19 May 1983, unadopted*; frutta in scatola: *EEC – Production Aids Granted on Canned Peaches, Canned Pears, Canned Fruit Cocktail and Dried Grapes, L/5778, 20 February 1985, unadopted*) e uno il regime preferenziale sui prodotti a base di agrumi concesso ad alcuni Paesi del Mediterraneo (*ECC – Tariff Treatment on Imports of Citrus Products from Certain Countries in the Mediterranean Region, L/5776, 7 February 1985, unadopted*). In tutti questi casi i *Report* dei *Panel* non furono adottati perché rigettati da una delle parti (come noto per l'adozione della decisione è necessario il *consensus* e ai tempi del GATT 1947 valeva anche il dissenso della parte soccombente). Nel 1989 ci fu un altro ricorso da parte degli USA (*EEC – Restrictions on Imports of Apples – Complaint by the United States, L/6513, adopted 22 June 1989*, in *BISD* 36S/135) che lamentavano restrizioni sulle importazioni di mele adottate da parte della CEE che furono effettivamente considerate in violazione dell'art. XI GATT. La CEE risulta ricorrente in un caso sull'imposizione di dazi compensativi sul vino (*United States Definition of Industry Concerning Wine and Grape Products, SCM/71, adopted 28 April 1992*, in *BISD* 39S/436).

³⁶ Su questo si rinvia all'analisi di A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Il diritto dei mercati dei prodotti agricoli nell'ordinamento internazionale*, Torino, 2010, p. 31.

del fatto che i secondi tentavano, probabilmente, di incidere sulla posizione della Comunità europea in materia di politica agricola utilizzando anche la via giudiziale. La parte americana d'altro canto era certamente spinta da diverse ragioni, a cominciare dal fatto che iniziava a vedersi rubare fette di mercato dalle esportazioni agricole europee, passate dall'autosufficienza alla sovrapproduzione. Aveva inoltre assistito ai fallimenti dei vari Round negoziali multilaterali³⁷ e cominciava a misurare la distanza che, almeno inizialmente, la separava dalla visione europea anche al tavolo dei negoziati dell'Uruguay Round³⁸.

Nella prima parte degli anni novanta le relazioni tra le due sponde dell'Atlantico sono più distese. La decisione relativa alle restrizioni alle importazioni nel settore dello zucchero del 1990 è evidentemente ancora uno strascico del decennio precedente³⁹. L'Europa adotta la "riforma MacSharry" e questo, insieme alla soluzione del contenzioso sull'olio di semi, anch'esso avviato negli anni ottanta, sblocca la situazione, portando all'intesa di Blair House⁴⁰ nell'ambito dell'Uruguay Round. I due noti casi *Oilseed I*⁴¹ e *Oilseed II*⁴² sono abbastanza rappresentativi di come i motivi di attrito tendessero a dissolversi con le riforme avviate in seno alla CEE. Promosse entrambe dagli USA, le due dispute si pronunciano sulla regolazione comunitaria in materia di semi oleosi. Nel primo, tra le altre cose, viene censurato il regime che concedeva sovvenzioni ai trasformatori a condizione che acquistassero semi prodotti in Europa, vanificando, di fatto, l'eliminazione dei dazi alle importazioni che era stata oggetto di un accordo USA-CEE nel Dillon Round. Nel secondo *Report*, che non fu adottato dal Consiglio Generale del GATT, alcune modifiche apportate alla normativa da

³⁷ In quegli anni si erano svolti il Dillon Round (1960-61), il Kennedy Round (1964-67) e il Tokyo Round (1973-79) che avevano visto la CEE non fare molte concessioni in materia di agricoltura. Su questo si rinvia a P. BORGHI, *L'agricoltura nel Trattato di Marrakech. Prodotti agricoli e alimentari nel diritto del commercio internazionale*, Milano, 2004, pp. 24-28.

³⁸ Gli Stati Uniti, come noto, presentarono la c.d. "zero option" che prevedeva la completa uscita nell'arco di dieci anni dal sistema delle sovvenzioni dirette e indirette all'agricoltura, mentre la CEE presentò una proposta molto più conservatrice.

³⁹ *US – Restrictions on the Importation of Sugar and Sugar-Containing Products Applied under the 1955 Waiver and under the Headnote to the Schedule of Tariff Concessions*, L/6631, adottato il 7 novembre 1990, in *BISD* 37S/228, in questo caso il *Panel* trovò le restrizioni giustificate dal regime di esenzioni concesso agli USA nel 1955.

⁴⁰ Cfr. quanto già evidenziato in nota n. 14.

⁴¹ *EEC – Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, L/6627, adottato il 25 gennaio 1990, in *BISD* 37S/86.

⁴² *EEC – Follow-Up on the Panel Report "Payments and Subsidies Paid to Processors and Producers of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins"*, DS28/R, 31 marzo 1992, in *BISD* 39S/91.

parte comunitaria (ad esempio l'eliminazione del sistema di sovvenzioni ai trasformatori) furono giudicate positivamente, nondimeno il regime di sostegno nel suo complesso fu considerato ancora in violazione dell'accordo. La modifica apportata a quel regime in seno alla riforma della PAC del '92 sopì definitivamente quel focolaio di contesa.

La seconda metà degli anni novanta è dominata dalle controversie sul regime di importazione delle banane introdotto dalla CE nell'ambito della relativa OCM⁴³ e considerato restrittivo e discriminatorio dai ricorrenti. Si tratta di una questione durata molti anni e terminata con due accordi, uno con gli USA e uno con i Paesi dell'America latina, parti del contenzioso, che pongono fine alle molte procedure aperte contro l'Europa⁴⁴. Nel noto caso di specie il bersaglio dei ricorsi era rappresentato dal sistema di concessione delle licenze necessarie per esportare le banane nel mercato unico europeo. Tali misure introdotte nell'ambito della politica comunitaria in materia di agricoltura risultano invise ai ricorrenti in quanto considerate finalizzate a favorire le ex colonie di alcuni Stati membri nei Paesi ACP⁴⁵ e le società esportatrici europee a discapito di quelle americane. Ancora una volta, dunque, gli Stati Uniti sono spinti ad ingaggiare una battaglia contro la CEE colpevole, agli occhi dei primi, di adottare politiche agricole protezionistiche.

3.1 La fine del secolo scorso segna un mutamento nell'oggetto dei dissacordi tra Europa e America di grande rilevanza ai fini del discorso sul TTIP. I contrasti sulle questioni tariffarie e, in generale, di accesso al mercato, dopo Marrakech, si sono ormai in gran parte smorzati e forse lo stesso abbassamento dei dazi ha iniziato a far emergere altri ostacoli al commercio internazionale, rappresentati dalle misure non tariffarie. Tali barriere non doganali ma dovute per lo più a regole e standard che variano da Paese a Paese, inoltre, si sono rivelate tanto più sgradite agli operatori del settore

⁴³ Una dettagliata descrizione dell'OCM banane è contenuta in S. MANSERVISI, *L'OCM nel settore delle banane*, in L. COSTATO (a cura di), *Trattato breve di Diritto Agrario italiano e comunitario*, Padova, 2003, pp. 887, ss.

⁴⁴ *Ec – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS16/1 (1995); WT/DS27/R (1997); WT/DS27/AB/R (1997); WT/DS27/AB/RW/USA (2008). Su questa controversia e il Report dell'Organo di Appello del '97 cfr. S. MANSERVISI, *La Relazione dell'Appellate Body e l'adeguamento dell'OCM delle banane agli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 427.

⁴⁵ Su questo si veda A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Il diritto dei mercati dei prodotti agricoli nell'ordinamento internazionale*, cit., pp. 165 ss., che oltre alla c.d. "guerra delle banane" fanno riferimento alla evoluzione della cooperazione europea allo sviluppo dei Paesi ACP.

alimentare quanto più il commercio internazionale è divenuto parte sostanziale della loro attività, in virtù del modello della *global value chain* che trova piena applicazione ormai anche nel sistema agro-alimentare e che vede le relative filiere intensificare a monte e a valle gli scambi internazionali. Sono questi gli anni in cui le battaglie transatlantiche sulla *farm policy* lasciano il posto alle tensioni sulla *food policy*, che risultano quanto mai attuali. Alcune delle questioni portate dinanzi agli organi di soluzione delle controversie del WTO già dalla fine degli anni novanta, in effetti, sono ancora tra le più discusse nell'ambito dei negoziati del partenariato USA-UE. Si fa riferimento in particolare ai casi, ai quali nell'economia del presente lavoro sarà riservato solo un breve cenno, relativi alla carne agli ormoni, ai prodotti *biotech*, alle sostanze ammesse per il lavaggio del pollame e alle indicazioni geografiche.

Il caso della "carne agli ormoni"⁴⁶, come noto, prese avvio dal ricorso degli Stati Uniti contro la normativa comunitaria⁴⁷ che vietava l'uso di talune sostanze ad azione tireostatica ed ormonica nelle produzioni animali e che, conseguentemente, costituiva una limitazione alle esportazioni di carne da parte degli USA dove quelle sostanze erano consentite e normalmente utilizzate. Le carni provenienti da animali ai quali erano stati somministrati gli ormoni erano bandite dalla CE sulla base della pericolosità delle stesse, circostanza quest'ultima che avrebbe richiesto, secondo il *Panel* e l'Organo d'appello, evidenze basate su una valutazione del rischio perché la normativa comunitaria fosse conforme alla disciplina dell'Accordo SPS. L'Organo di appello WTO, dunque, ritenne illegittime le misure europee per mancanza di adeguate prove scientifiche circa i rischi derivanti dalla presenza di residui ormonali nelle carni. Nonostante ciò l'UE non eliminò il divieto (mantenendo il bando sulla carne agli ormoni) e, di conseguenza, gli USA furono autorizzati ad aumentare i dazi come contromisura⁴⁸, per bilanciare il danno inflitto alla loro economia dalle misure europee. Dopo varie vicende che hanno visto la modifica della normativa comunitaria nel 2003⁴⁹, considerata comunque non sufficiente dalla controparte ad adempiere a quanto prescritto dagli organi WTO, i due litiganti hanno trovato

⁴⁶ *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/R/USA (1997), il *Report* dell'Organo di appello è il seguente: WT/DS26/AB/R (1998). Tra gli altri su queste decisioni cfr. M. M. SLOTBOOM, *The Hormones Case: an Increased Risk of Illegality of Sanitary and Phytosanitary Measures*, in *Common Market Law Review*, 1999, 36, p. 471.

⁴⁷ Direttive n. 81/602/CEE, n. 88/146/CEE, n. 88/299/CEE abrogate e sostituite dalla direttiva n. 96/22/CE.

⁴⁸ Sulla sospensione statunitense di alcune concessioni commerciali come contromisura cfr. WT/DS26/ARB (1999).

⁴⁹ Direttiva n. 2003/74/CE di modifica della direttiva n. 96/22/CE.

un accordo nel 2009 che consente all'Unione di mantenere il bando sulla carne agli ormoni impegnandosi ad applicare un dazio contingente pari a zero per una determinata quantità annua di carne americana non trattata con ormoni, mentre gli USA interrompono gradualmente l'applicazione dei dazi ritorsivi. Si tratta di un accordo che è evidentemente non risolutivo del problema, ed è per questo che il tema della carne agli ormoni è posta tra le questioni che il TTIP sarà chiamato a dirimere.

Ciò che rileva inoltre in questo caso per il discorso sul Trattato Transatlantico è il fatto che la CE aveva fondato i propri provvedimenti sul principio di precauzione che asseriva essere «una norma generale di diritto internazionale consuetudinario o almeno un principio generale di diritto», dotato dunque del carattere della vincolatività, mentre gli USA lo consideravano più un “approccio” che un “principio”, dunque senza alcuna efficacia vincolante nell'ambito del diritto internazionale. La qualificazione della precauzione nell'uno o nell'altro modo, d'altra parte, fu irrilevante per il giudicante che attendeva dalla CE una qualche evidenza scientifica, seppure non definitiva, della pericolosità delle sostanze in questione secondo quanto previsto dalle disposizioni dell'accordo in materia sanitaria e fitosanitaria. Ma al di là degli assunti dell'Organo d'appello in relazione alla fattispecie concreta e della disciplina europea sull'uso degli ormoni, merita sottolineare che alla importante divergenza che emerge da questo caso, quella appunto del principio di precauzione, si sogliono connettere diversità politiche, sociali e culturali fra Europa e Stati Uniti⁵⁰. Mentre le regole europee sono disegnate attenendosi a questo principio che attribuisce rilievo ai rischi potenziali (per la salute umana e per l'ambiente) anche in attesa di acquisire certezze scientifiche consolidate, negli USA il principio più diffuso è sempre stato quello dell'analisi costi-benefici che quindi attribuisce maggiore rilievo a rischi fondati su evidenze scientifiche certe. Su questa distinzione, espressa in maniera molto schematica, si tornerà più avanti allo scopo di riflettere sulla sua attuale validità. Per il momento appare utile menzionare come la logica precauzionale venga evocata anche con riferimento ad un'altra questione, che costituisce una fondamentale divergenza regolatoria tra UE e USA: quella del settore delle biotecnologie.

⁵⁰ Sulla differente visione che caratterizza le due sponde dell'Atlantico la letteratura è molto ampia, si veda, *ex pluribus*, J.B. WIENER, M.D. ROGERS, J.K. HAMMITT, P.H. SAND, (a cura di), *The Reality of Precaution: Comparing Risk Regulation in the United States and Europe*, RFF Press/Earthscan, Washington DC, 2011; D. VOGEL, *The politics of precaution: regulating health, safety, and environmental risks in Europe and the United States*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2012.

Anche in questo campo gli USA si sono rivolti nel 2003 all'organo di risoluzione delle controversie WTO perché tra il 1999 e il 2003 la CE aveva di fatto sospeso tutte le procedure di autorizzazione per l'immissione in commercio e l'emissione nell'ambiente di prodotti costituiti, contenenti o ottenuti a partire da OGM (asseritamente con l'intento di chiudere il mercato a tali beni). Aveva fatto ciò attraverso una complessa procedura autorizzatoria in base alla quale nel periodo in questione nessun prodotto era stato approvato pur non essendo stato neppure formalmente respinto. Il *Panel* considerò questo atteggiamento una moratoria *de facto*: la CE, con la decisione di sospendere tutte le procedure di autorizzazione in corso quindi omettendo di decidere, violava, secondo il rapporto del *Panel*, le disposizioni sostanziali e procedurali dell'Accordo SPS. Alcuni Stati membri, inoltre, avevano adottato misure di salvaguardia inibendo la commercializzazione di alcuni prodotti che erano stati autorizzati dalle Istituzioni europee senza un'adeguata valutazione del rischio posta a fondamento di tali decisioni. Anche in questo caso il *Panel* ha trovato contrari alle previsioni dell'Accordo SPS i comportamenti degli Stati⁵¹.

Prescindendo dal caso concreto, quello che va messo in evidenza, e che permane anche dopo le modifiche della disciplina UE⁵², è la generale, sostanziale differenza nel modo di concepire gli OGM. Mentre in Europa si guarda alla tecnica attraverso la quale il prodotto è ottenuto, negli USA si considera il prodotto e, in determinati casi in cui sia in tutto assimilabile al prodotto non-OGM per composizione, struttura, funzione, non c'è in genere⁵³ una disciplina differente quanto all'autorizzazione per l'immissione in commercio. I prodotti OGM sono sottoposti alla disciplina generale in materia alimentare, quindi ad esempio, non devono essere etichettati in maniera differente⁵⁴. I due modelli, quello fondato sulla convinzione che

⁵¹ *Ec – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R (2006). Per un commento di questo caso, tra gli altri, cfr., D. BEVILACQUA, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012, p. 201.

⁵² Ci si riferisce ai ben noti: direttiva n. 18/2001/CE sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e regolamenti n. 1829/2003/CE relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati; e n. 1830/2003/CE concernente la tracciabilità e l'etichettatura di organismi geneticamente modificati.

⁵³ È previsto, ad esempio, l'obbligo di preventiva approvazione per i prodotti con proprietà pesticide, come evidenziato da M.P. BELLONI, *Nel limbo degli OGM: tra divergenze interpretative e disciplinari, alla ricerca di un accordo tra Stati Uniti e Unione europea. È questione di etichetta, ma anche di etica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, pp. 129 ss., che traccia il quadro della disciplina sugli OGM vigente in UE e negli Stati Uniti.

⁵⁴ Sull'etichettatura positiva e negativa in Europa è illuminante lo studio di E. SIRSI, *A proposito degli alimenti senza OGM. Note sulle regole di etichettatura di alimenti e mangimi*

non possano farsi distinzioni sulla base del processo di produzione, e quello che prende a presupposto l'adozione di una tecnologia specifica, che si fronteggeranno nel negoziato transatlantico, corrispondono dunque a scelte differenti nelle modalità di regolazione in Europa e negli Stati Uniti⁵⁵.

Ancora in tema di *food safety*, un'altra controversia che si ritiene utile menzionare è quella relativa alle sostanze ammesse per il lavaggio del pollame⁵⁶. Il problema sollevato dagli USA concerne i trattamenti chimici di riduzione dei patogeni usati oltreoceano per lavare le carcasse di pollo. Nel territorio dell'Unione la carne di pollo non può essere trattata con alcuna sostanza diversa dall'acqua⁵⁷, quindi risulta di fatto vietata l'importazione di carne trattata chimicamente e questo divieto tocca virtualmente tutte le importazioni di pollame dagli USA. Si tratta di una questione che ha portato gli Stati Uniti alla richiesta di consultazioni con l'Unione e che al momento non ha dato luogo alla pronuncia di un *Panel* in sede WTO, ma che merita ugualmente un cenno dato che il tema rientra tra quelli dibattuti quando si fa riferimento ai negoziati per un trattato di libero scambio tra Europa e Stati Uniti⁵⁸. Peraltro, si deve menzionare a questo proposito una recente opinione scientifica⁵⁹ dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare richiesta dalla Commissione a seguito della domanda, da parte del *Us Department of Agriculture* (USDA), di approvazione di alcune di queste soluzioni per il lavaggio delle carni. In tale parere l'Autorità europea ha rilevato la

costituiti contenenti e derivati da OGM con particolare riferimento all'etichettatura negativa, in *Riv. dir. agr.*, 2005, p. 30 ss.

⁵⁵ Cfr. in questi termini E. SIRSI, *Le regole per gli OGM nello spazio globale: un'agenda per i governanti del futuro*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, p. 471.

⁵⁶ *Ec – Certain Measures Affecting Poultry Meat and Poultry Meat Products from the United States*, WT/DS389/1 (2009). Per un commento sul caso, dal quale emerge tutta la frustrazione statunitense nei confronti delle rigide regole europee, cfr. R. JOHNSON, *US-EU Poultry Dispute*, Congressional Research Service Report R40199, 2010, reperibile su <http://www.fas.org/sgp/crs/row/R40199.pdf>.

⁵⁷ Tale previsione è contenuta in particolare nell'art. 3, par. 2, reg. (CE) n. 853/2004 che dispone: «Gli operatori del settore alimentare non usano sostanze diverse d'acqua potabile – o, ove il reg. (CE) n. 852/2004 o il presente regolamento ne consenta l'uso, dall'acqua pulita – per eliminare la contaminazione superficiale dei prodotti di origine animale, salvo che l'uso sia stato approvato dalla Commissione. (...)».

⁵⁸ Oltre alla stampa comune, vi fanno riferimento T.E. JOSLING – S. TANGERMANN, *Transatlantic food and agricultural trade policy. 50 Years of conflict and convergence*, Edward Elgar publishing, 2015, p. 177.

⁵⁹ EFSA BIOHAZ Panel (EFSA Panel on Biological Hazards), 2014. *Scientific Opinion on the evaluation of the safety and efficacy of peroxyacetic acid solutions for reduction of pathogens on poultry carcasses and meat*, EFSA Journal 2014; 12 (3): 3599, 60 pp. doi:10.2903/j.efsa.2014.3599 disponibile su www.efsa.europa.eu/efsajournal. Questo parere si aggiunge ad altri precedenti (menzionati da R. JOHNSON, *US-EU Poultry Dispute*, cit., p. 3) che tuttavia non pare abbiano finora scalfito le posizioni dell'UE.

sicurezza tossicologica delle soluzioni in questione⁶⁰ per gli esseri umani e la loro efficacia nella riduzione di alcuni patogeni. Ha considerato improbabile lo sviluppo di una resistenza agli antimicrobici a seguito dell'uso di questi prodotti, mentre non del tutto sicuri, in relazione all'inquinamento delle acque, sono stati ritenuti i reflui degli stabilimenti che utilizzano talune di queste sostanze. Nonostante ciò, non pare esserci grande apertura da parte dell'UE che si dichiara attenta a tutte le fasi di produzione delle carni, come regolate dalla normativa in materia di igiene degli alimenti di origine animale, ritenendo che l'uso di sostanze di tal genere alla fine del processo, eliminando eventuali contaminazioni superficiali, possa portare all'adozione di pratiche meno rigide nelle fasi precedenti.

Un ulteriore esempio emblematico dei problemi che il TTIP dovrà affrontare è rappresentato dalla disputa in materia di indicazioni geografiche⁶¹ che prese avvio nel 1999. In questo caso gli Stati Uniti lamentavano la violazione da parte dell'allora in vigore reg. n. 2081/92 del principio del trattamento nazionale e la insufficiente protezione, da parte del medesimo regolamento, dei marchi anteriori simili o identici a indicazioni geografiche.

Il *Panel* nel 2005, con riferimento alla violazione del principio del trattamento nazionale, in effetti accertò che le norme comunitarie rendevano nei fatti più difficile la registrazione di indicazioni geografiche di Paesi terzi, anche perché questi ultimi erano tenuti a dimostrare di possedere un sistema di protezione equivalente a quello europeo. Questo evidentemente rendeva più complesso per gli extra-europei ottenere la registrazione delle proprie indicazioni geografiche.

Con riferimento, invece, alla seconda allegazione relativa alla protezione dei marchi anteriori simili o identici alle DOP o IGP, il rapporto del *Panel* evidenziò che, sebbene il regolamento comunitario permettesse a determinate condizioni la registrazione di indicazioni geografiche anche in presenza di marchi anteriori, questa eventualità era concepita dalla normativa europea come una eccezione molto limitata quindi non contraria alle previsioni dell'Accordo TRIPS⁶². Sebbene la disciplina europea sulle in-

⁶⁰ Si tratta di preparati contenenti acido paracetico (PAA) come principio attivo in soluzioni contenenti altre sostanze.

⁶¹ *EC – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS174/R (2005), per un ampio commento del *Report* si rinvia, tra gli altri, ad A. GERMANÒ, *Il Panel WTO sulla compatibilità del regolamento comunitario sulle indicazioni geografiche con l'Accordo TRIPS*, in *Agricoltura, istituzioni, mercati*, 2005, p. 279.

⁶² In questo caso, dunque, l'art. 14, par. 2 del reg. (CE) n. 2081/92 fu ritenuto conforme a quanto previsto dall'art. 17 dell'Accordo TRIPS. Quello della coesistenza tra marchi e indicazioni geografiche è un tema molto intricato sul quale si veda F. ALBISINNI, *Marchi e*

dicazioni geografiche sia cambiata due volte nel frattempo (con i ben noti regolamenti nn. 510/2006 e 1151/2012), il diverso sistema di protezione nelle due aree rappresenta, come si vedrà, una delle maggiori sfide al centro dei negoziati transatlantici.

4. Quanto emerge dalla rapida rassegna delle maggiori controversie che hanno visto contrapposti il vecchio e il nuovo Continente, in particolare negli ultimi venti anni, è assai chiaro. Le divergenze nella disciplina del settore agroalimentare rappresentano un grande ostacolo alla creazione di un'area di libero scambio in questo campo⁶³, e ciò non solo, come sembrerebbe dai casi citati fino qui, a discapito degli operatori americani che si scontrano con la rigida normativa alimentare europea, ma vale anche per gli esportatori europei. Tale assunto pare confermato da un rapporto⁶⁴ pubblicato nell'aprile 2015 dalla Commissione che evidenzia le problematiche più rilevanti per le piccole e medie imprese (PMI) europee, che esportano o vogliono esportare negli Stati Uniti. Con riferimento all'agro-alimentare, questo *dossier* indica come le PMI del settore contribuiscano per quasi l'88% del valore totale delle esportazioni negli USA e sottolinea che adeguarsi alle regole americane in materia di qualità e sicurezza alimentare è considerata la maggiore barriera al commercio. Ciò non tanto, sembrerebbe, per i contenuti di quella normativa, ma per il fatto stesso che si tratta di regole diverse da quelle alle quali i soggetti economici sono tenuti per la vendita nel territorio dell'Unione, circostanza che, date le dimensioni delle imprese in questione, vale a impedire o rendere molto onerose le iniziative di esportazione.

Principalmente per ovviare a questo tipo di ostacoli al libero scambio, uno dei pilastri del Trattato in corso di negoziazione sarà dedicato alla «cooperazione in campo normativo»⁶⁵. Le ulteriori due parti delle quali si

indicazioni geografiche: una coesistenza difficile, in A. GERMANÒ, V. RUBINO (a cura di), *La tutela dell'origine dei prodotti alimentari in Italia, nell'Unione europea e nel commercio internazionale*, Atti del Convegno di Alessandria del 21-22 maggio 2015, Milano, 2015, p. 189, ed E. TIBERTI, *Geographical indications and trademarks: space for coexistence as an equitable solution*, in *Riv. dir. alim.*, n. 3, 2013.

⁶³ Questo è quanto messo in luce anche dal Rapporto Ecorys del dicembre 2009, studio condotto su incarico della DG Trade della Commissione europea dal titolo “*Non-Tariff Measures in EU-US Trade and Investment – An Economic Analysis*”.

⁶⁴ Report “*Small and Medium Sized Enterprises and the Transatlantic Trade and Investment Partnership*”, Commissione europea, aprile 2015, reperibile su http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153348.pdf.

⁶⁵ Questa, secondo lo schema dell'Unione, sarebbe la Parte II, composta da capi orizzontali dedicati a «coerenza normativa», «ostacoli tecnici agli scambi», «sicurezza alimentare

dovrebbe comporre l'accordo, che complessivamente si prevede sia formato da 24 capi, sono intitolate "norme"⁶⁶ (per rendere più facile ed equo esportare e investire), e "accesso al mercato"⁶⁷. Per avere una visione generale della posizione dell'Unione nel settore agroalimentare si procederà di seguito alla descrizione dei tratti principali delle proposte pubblicate dalla Commissione europea.

Il rafforzamento della compatibilità tra la regolamentazione dell'UE e quella degli USA, che costituisce l'obiettivo principale del pilastro sulla *regulatory cooperation*, è al centro dei negoziati e rappresenta forse l'aspetto più importante dell'accordo, proprio perché la cooperazione normativa viene considerata idonea ad «evitare divergenze o incoerenze inutili e facilitare il commercio di prodotti e la fornitura di servizi, determinando una riduzione dei costi e stimolando la crescita economica»⁶⁸.

La prima parte del pilastro normativo⁶⁹ dovrebbe dunque riguardare la promozione della cooperazione tra le autorità di regolamentazione di entrambe le parti, introducendo sistemi che consentano a dette autorità di interagire con le rispettive omologhe per lo sviluppo di nuove norme e la revisione di quelle esistenti. L'UE, inoltre, propone misure per favorire le cosiddette «buone pratiche normative» che si ispirano ai principi di trasparenza, prevedibilità e *accountability*, e introducono criteri quali la consultazione degli *stakeholders*, così come le modalità con cui effettuare valutazioni d'impatto, al fine di identificare non solo gli effetti sociali e ambientali della disciplina proposta, ma anche gli effetti sul commercio

e salute degli animali e delle piante», e da settori specifici relativi a «sostanze chimiche», «prodotti cosmetici», «ingegneria», «tecnologie dell'informazione e della comunicazione», «dispositivi medici», «pesticidi», «prodotti farmaceutici», «prodotti tessili», «veicoli».

⁶⁶ Questa sarebbe la Parte III, comprendente i seguenti capi: «sviluppo sostenibile», «energia e materie prime», «dogane e facilitazione degli scambi», «piccole e medie imprese», «protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie», «concorrenza», «proprietà intellettuale e indicazioni geografiche».

⁶⁷ L'accesso al mercato rappresenta la Parte I dell'Accordo composta da «tariffe e dazi doganali», «servizi», «appalti pubblici», «norme di origine».

⁶⁸ Cfr. "TTP e regolamentazione: panoramica generale", Commissione europea, febbraio 2015, p. 3, reperibile su <http://trade.ec.europa.eu>.

⁶⁹ Si tratta delle norme orizzontali sulla cooperazione normativa in generale, seguite, nella seconda parte, da previsioni relative a settori specifici. Per una visione dettagliata di quanto riportato nel testo si vedano le proposte dei testi pubblicati dalla Commissione il 21 marzo 2016 su "*Regulatory cooperation*" e "*Good regulatory practices*". Si tratta di una versione rivista della proposta del 2015 che, tra le altre modifiche, prevede che la cooperazione normativa sia volontaria ed elimina la previsione relativa alla creazione di un organismo di cooperazione normativa, composto da rappresentanti ad alto livello delle autorità di regolamentazione dell'UE e degli Stati Uniti.

internazionale che se considerati, naturalmente, sarebbero di grande utilità nel perseguire lo scopo della eliminazione di quelle che possiamo definire “inefficienze normative”.

Questa parte del futuro accordo domina gran parte del dibattito pubblico sul TTIP, per il timore che una maggiore compatibilità tra la regolamentazione dell’UE e quella degli USA possa tradursi in un abbassamento degli standard in materia di salute, sicurezza, ambiente, tutela dei consumatori o stabilità finanziaria. In effetti, la portata delle previsioni di questo pilastro non è da sminuire. È vero che si ribadisce più volte da parte dell’Unione che tutto l’impianto di cooperazione non scalfirebbe la potestà legislativa delle parti ai vari livelli, così come oggi la conosciamo. È altresì innegabile che si tratta di un sistema destinato a produrre un impatto enorme sui procedimenti di regolazione. Comunicare all’altra parte le proprie proposte legislative e ricevere commenti, scambiarsi informazioni, cercare di mitigare gli effetti negativi di approcci divergenti, decidere di rendere (o non rendere) le regole più coerenti, non significa, in qualche modo, “negoziare” con gli Stati Uniti i termini di una disciplina che si voglia introdurre in Europa (e viceversa)? Questo non produce forse un innegabile riflesso, per quanto non accecante, sulla sovranità di ciascuna parte? È chiaro, dunque, che si tratta di uno strumento da maneggiare con cura. E il fatto che nell’ultima proposta dell’UE sia stato reso volontario, da una parte potrebbe rassicurare quanto alle preoccupazioni alle quali si è fatto cenno, dall’altra rende perplessi sulla efficacia della sua introduzione dal momento che il *Transatlantic Economic Council* svolge già il compito di armonizzare le regole per facilitare il commercio in via volontaria e, sembrerebbe, con scarso successo, visto che si è avvertita come primaria la necessità di un intero pilastro dell’accordo dedicato alla cooperazione normativa.

Un altro impatto che potrà derivare dalla cooperazione normativa riguarda i Paesi terzi, il resto del mondo, poiché essa potrebbe dare grande impulso allo sviluppo, all’aggiornamento e all’attuazione di regolamenti e norme internazionali. Se gli Stati Uniti e l’UE concordano su un approccio, sono molto elevate le probabilità che questo sia adottato anche da molti altri Paesi. La maggiore influenza sulla scena internazionale potrebbe dunque, per quanto ci interessa, imprimere una forte spinta verso l’emersione di regole globali in campo agroalimentare⁷⁰.

⁷⁰ Sull’emersione di un *global food law* si vedano le recenti riflessioni di F. ALBISINNI, *Bricks and stones of the GFL Laboratory*, in *Riv. dir. alim.*, 2016, p. 4.

4.1 Nel quadro della suddetta volontà di uniformazione, inoltre, è interessante domandarsi quale sia la visione dell'Unione rispetto ad alcune delle questioni che sono emerse dalle dispute in sede WTO sopra richiamate e che segnano rilevanti divergenze nei rapporti transatlantici quanto al settore alimentare. A tale proposito l'UE, nei documenti che ne definiscono la posizione sulle tematiche affrontate nel TTIP, pare essere molto decisa nel voler conservare le proprie regole. Con riferimento agli OGM e alla carne agli ormoni, ad esempio, si legge: «nell'UE esiste una legislazione molto dettagliata che stabilisce come e quando i prodotti geneticamente modificati possono essere coltivati o venduti all'interno dell'UE. La nostra normativa consente l'importazione e la coltivazione di alcuni prodotti, ma è molto più rigida rispetto all'analoga normativa degli Stati Uniti. In un caso come questo, non è possibile rendere i due sistemi compatibili, poiché le regole considerate giuste per le nostre rispettive società sono il frutto di decisioni democratiche diverse assunte all'interno dei nostri processi legislativi. Il TTIP non potrà modificare tali disposizioni legislative. Lo stesso vale per la carne agli ormoni. La legislazione UE formula prescrizioni in merito che non subiranno modifiche a causa del TTIP»⁷¹. Sempre dello stesso tenore è la precisazione secondo la quale la cooperazione non va perseguita ad ogni costo ma essa è possibile solo se migliora o almeno conserva il livello di protezione attuale per i cittadini. A questo proposito viene portato ad esempio «il principio di precauzione, previsto anche dal Trattato di Lisbona, che non potrà essere modificato o indebolito dal TTIP»⁷².

Anche il tema della normativa europea sul benessere animale, in genere considerata più avanzata rispetto a quella statunitense⁷³, viene liquidato negli stessi termini. L'accordo non inciderà sulle regole europee, ma anzi l'Europa tenterà di promuovere, nel TTIP e in tutti gli accordi bilaterali, gli standard più alti possibili.

In effetti, nella proposta relativa al capo sulle misure Sps⁷⁴ figura un articolo dedicato al benessere animale che si apre con il riconoscimento

⁷¹ Cfr. *TTIP e regolamentazione: panoramica generale*, cit., p. 6.

⁷² In questi termini “*Regulatory Cooperation in TTIP – The benefits*”, Commissione europea, marzo 2016, p. 3.

⁷³ Cfr. T.E. JOSLING – S. TANGERMANN, *Transatlantic food and agricultural trade policy. 50 Years of conflict and convergence*, cit., p. 192 dove, con riferimento al benessere animale, si legge: «*In this area of regulation the EU is 'ahead' of the US in developing restrictions and conditions on the treatment of animals in farming enterprises*».

⁷⁴ Il testo proposto dall'UE su questo capo è stato pubblicato nel gennaio 2015, reperibile su <http://trade.ec.europa.eu>.

degli animali come esseri senzienti⁷⁵, e che contiene previsioni relative allo scambio di informazioni tra le parti finalizzato ad armonizzare la disciplina in questo settore e a sviluppare standard adeguati. A questo proposito occorre notare che il tenore letterale delle disposizioni appare abbastanza debole e lontano da qualsivoglia pretesa di vincolatività. D'altra parte, non si può immaginare che prevedere *tout court* un rigido allineamento tra regole in questo ambito porterebbe ai risultati sperati.

Infine, con riferimento alla produzione animale merita fare menzione del fatto che l'UE intende inserire nel capo sulle misure sanitarie e fitosanitarie anche un articolo relativo alla resistenza antimicrobica, una minaccia importante per la salute e per gli ecosistemi. Secondo l'Unione tale minaccia, di natura evidentemente trans-nazionale, può essere affrontata mediante la riduzione nell'uso di antibiotici⁷⁶ che, nelle disposizioni in questione, si prevede appunto di promuovere mediante l'elaborazione di linee guida destinate a veterinari, produttori e anche *decision makers*. Si tratta di un tema di grande rilievo sia in Europa che negli USA e sul quale esiste già una collaborazione transatlantica⁷⁷ che si vuole opportunamente rafforzare e rendere più efficace.

4.2 Volendo dare conto in estrema sintesi della posizione dell'Unione con riferimento al capo⁷⁸ relativo alle barriere tecniche al commercio (TBT), al di là delle spinte verso la cooperazione per assicurare la compatibilità delle regole delle due parti e per l'armonizzazione globale delle norme tecniche e degli standard, quello che appare più interessante da menzionare è l'intenzione dell'UE di lavorare, insieme ovviamente agli Stati Uniti, ad una revisione dei propri sistemi di etichettatura in modo da individuare settori e aree nelle quali le divergenze potrebbero essere ridotte. Questo sarebbe

⁷⁵ *Status* che nell'Unione europea è ampiamente riconosciuto, cfr. art. 13 del Trattato di Lisbona. Sul benessere animale v. i regolamenti (CE) nn. 1/2005 e 1099/2009. Su questo si rinvia a E. SIRSI, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, p. 233, che spiega, tra l'altro, come negli USA prevalga una visione proprietaria che ha determinato «l'esclusione dall'ambito di applicazione delle norme di tutela degli animali da allevamento sulla base della considerazione della mancanza di interesse dell'allevatore a tenere comportamenti che nuocciano alla salute degli animali dal cui benessere dipende il proprio profitto».

⁷⁶ Il testo di questa proposta è stato pubblicato dalla Commissione europea nel novembre 2015 ed è reperibile su <http://trade.ec.europa.eu>.

⁷⁷ La *Trans-Atlantic Task Force on Antimicrobial Resistance* (TATFAR) creata nel 2009. In UE è stato appena emanato un importante regolamento sulla salute animale che affronta il problema della resistenza antimicrobica, reg. (UE) n. 429/2016.

⁷⁸ Ci si riferisce alla proposta resa pubblica dalla Commissione europea nel gennaio 2015 e reperibile su <http://trade.ec.europa.eu>.

peraltro in linea con quanto emerso dal citato rapporto relativo alle PMI europee, delle quali quasi la metà, tra quelle operanti nel settore alimentare e che hanno partecipato alla consultazione, lamentano difficoltà nell'etichettatura dei prodotti da vendere negli USA sia per le regole molto rigorose, sia perché il processo di validazione delle etichette da parte della *Food and Drug Administration* americana è giudicato poco trasparente⁷⁹. A prima vista, il tentativo di individuare aree nelle quali le differenze di etichettatura potrebbero essere ridotte non sembra una aspettativa molto ambiziosa da parte europea, almeno rispetto all'aspirazione complessiva dell'accordo. È vero anche però che, una tale cauta disposizione, certamente si può ritenere in linea con quanto espresso in via generale sul non-abbassamento delle tutele: si pensi all'importanza attribuita in UE alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori e alla accennata divergenza rispetto agli USA relativa alla etichettatura degli OGM.

L'Unione inoltre, nel capo in esame, inserisce la previsione – di estrema importanza per il vecchio Continente – di un impegno ad adottare le misure amministrative necessarie per contrastare la messa sul mercato di una delle parti, di prodotti che recano segni mendaci che richiamano l'origine nel territorio dell'altra parte. Quanto all'indicazione obbligatoria del Paese d'origine eventualmente introdotta da uno dei partner, la proposta in questo caso è diretta a far ritenere conforme a tale requisito la designazione dell'intero territorio dell'altra parte. In tal modo l'UE si conferma favorevole ad una tale indicazione, nonostante i pareri in dissenso emersi con forza in seno al WTO⁸⁰.

Il discorso sui segni dei prodotti alimentari ci porta a considerare un altro tavolo di trattative molto più «caldo», vale a dire il tema delle indicazioni

⁷⁹ Cfr. *Report "Small and Medium Sized Enterprises and the Transatlantic Trade and Investment Partnership"*, cit., p. 16.

⁸⁰ Con riferimento alla indicazione obbligatoria del Paese di origine per alcuni prodotti agroalimentari si deve menzionare la lunga controversia che ha riguardato gli Stati Uniti accusati da Canada e Messico di avere introdotto una misura che comprime le esportazioni di carni bovine e suine negli USA perché le regole statunitensi prevedevano che l'animale dovesse essere nato, ingrassato e macellato negli USA affinché quello fosse indicato come Paese d'origine. Questo secondo i ricorrenti disincentivava i produttori americani dall'acquisto di carni dall'estero per i costi da sostenere per tenere separati i capi vivi, e poi le carni, in ogni fase del processo produttivo. Gli organi decisionali del WTO hanno trovato queste regole contrarie alle previsioni dell'Accordo TBT, cfr. *Us – Certain Country of Origin labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384/R (2011); WT/DS386/R (2011); WT/DS384/ARB (2015); WT/DS386/ARB (2015). Per un commento dei *Report* per questa controversia cfr. A. SANTINI, *Etichettatura di origine dei prodotti alimentari e regole del commercio internazionale*, in A. GERMANO, V. RUBINO (a cura di), *op. cit.*, p. 276.

geografiche (IG)⁸¹. Qui l'obiettivo europeo è quello, evidentemente, di garantire un elevato livello di protezione alle indicazioni geografiche europee, sforzo che caratterizza la politica UE del commercio internazionale da alcuni anni⁸² e che trova forti opposizioni negli Stati Uniti, dove la protezione delle IG nell'ambito degli accordi di libero scambio da parte europea viene vista come barriera dissimulata alle esportazioni americane⁸³. Lo stesso TTIP viene considerato un mezzo con il quale l'UE, invece di creare un clima economico più favorevole per entrambe le parti, cerca di imporre restrizioni sull'uso di nomi comuni dei cibi, tema intorno al quale si è creato già da tempo un vero e proprio movimento del settore agroalimentare americano⁸⁴.

Come noto, la grande divergenza in questo campo tra UE e USA sta nel fatto che questi ultimi ricomprendono le indicazioni geografiche nell'ambito del regime dei marchi (contenuto nel *Lanham Act*) e non hanno un impianto *ad hoc* come quello europeo delle DOP e IGP. Questo significa che una indica-

⁸¹ Secondo il recente documento della Commissione europea, *Agriculture and Geographical Indications in TTIP. A guide to the EU's proposal*, marzo 2016, p. 8, reperibile su <http://trade.ec.europa.eu>, le esportazioni UE di prodotti con indicazione geografica valgono 15 miliardi di euro e rappresentano il 25-30% del commercio europeo di prodotti alimentari. Gli Stati Uniti costituiscono il principale Paese di destinazione delle nostre esportazioni (il 30% di alimenti con indicazioni geografiche sono venduti negli USA).

⁸² Si è assistito recentemente ad un cambiamento di strategia da parte europea rispetto ai tempi dell'uso dello strumento degli accordi bilaterali concernenti generalmente la protezione di vini e liquori: l'obiettivo di proteggere le indicazioni geografiche viene oggi perseguito nell'ambito di accordi di libero scambio più ampi, nei quali particolare attenzione viene attribuita ai capi concernenti la proprietà intellettuale e le indicazioni geografiche. Un'analisi molto dettagliata della tutela delle indicazioni geografiche in alcuni recenti accordi regionali conclusi dall'UE è contenuta in T. ENGELHARDT, *Geographical Indications under recent EU Trade Agreements*, in *International review of industrial property and copyright law*, 2015, p. 781, che prende in esame gli accordi conclusi con Sud Corea, Colombia e Perù, Paesi del Centro America, Canada e Georgia. Su questo si veda anche B. O'CONNOR, L. RICHARDSON, *The legal protection of Geographical Indications in the EU's Bilateral Trade Agreements: Moving beyond TRIPS*, in *Riv. dir. alim.*, n. 4, 2012. Un altro contributo molto chiaro sul tema, scritto prima della pubblicazione della proposta di testo sulle IG da parte dell'UE ma che analizza le questioni ivi affrontate, è quello di A. MATTHEWS, *What outcome to expect on Geographical Indications in the TTIP free trade agreement negotiations with the United States?*, relazione presentata al 145° Seminario dell'EAAE su "Intellectual Property Rights for Geographical Indications: What is at stake in the TTIP", Parma, aprile 2015, reperibile su <http://ageconsearch.umn.edu>.

⁸³ Così una lettera del marzo 2014 sottoscritta da 50 Senatori USA diretta a Tom Vilsack (*Secretary of Agriculture*), e a Michael Froman (*Trade Representative*) che esprimono preoccupazione per gli interessi dell'agricoltura americana, in particolare del settore lattiero-caseario. La lettera è reperibile su <https://www.baldwin.senate.gov/in-the-news/bipartisan-effort-in-us-senate-to-protect-common-cheese-names>.

⁸⁴ Le imprese agroalimentari americane hanno costituito il *Consortium for Common Food Names*, con sede a Washington D.C., una iniziativa internazionale finalizzata a conservare il diritto di usare quelli che sono considerati nomi generici indicanti gli alimenti, quali, ad esempio Asiago, Fontina, Parmesan, Feta. Si veda <http://www.commonfoodnames.com>.

zione geografica è protetta attraverso la disciplina dei marchi, generalmente come *certification mark* volto a certificare, appunto, che il prodotto possiede certe caratteristiche qualitative o rispetta determinati standard⁸⁵. Inoltre, quel che più conta, è che molte indicazioni geografiche europee non sono protette negli Stati Uniti e non possono essere registrate come marchi in virtù del loro uso comune che le ha rese nomi generici per cui, ad esempio, diverse DOP che contrassegnano alcuni formaggi europei sono utilizzate liberamente, anche se il formaggio è prodotto negli USA. Per quelle indicazioni geografiche che possono aspirare ad essere registrate come marchi, essendo ancora dotate di distintività, peraltro, i costi connessi alla registrazione sono molto elevati a fronte di un sistema di protezione debole, perché non dotato di un apparato amministrativo che tuteli il segno contro usi illeciti che altri ne faccia. Il titolare del marchio-IG dovrà dunque provvedere con le proprie forze economiche al controllo degli abusi sul mercato, promuovendo opposizioni contro gli stessi affinché il segno non diventi generico. Alcune indicazioni geografiche europee, infine, sono già state registrate come marchi da produttori americani, con ciò creando molta confusione nei consumatori, dal momento che un nome geografico può essere registrato come marchio, sebbene ciò non attribuisca il diritto di impedire ad altri l'uso di quel nome.

Il testo della proposta della Commissione tenta di superare queste questioni prevedendo l'attribuzione di una protezione adeguata alle IG europee che derivi direttamente dal trattato attraverso, in particolare, la creazione di una lista di prodotti DOP e IGP. Si tratta di una *short list* di 201 alimenti. Tali prodotti sono stati individuati in accordo con gli Stati membri tenendo conto di criteri quali la rilevanza economica e la diffusione di prodotti americani con il medesimo nome o con nomi simili alle IG europee, in altre parole si inseriscono nell'elenco i prodotti di maggior successo negli Stati Uniti e quindi "più imitati". La lista viene definita "aperta", soggetta quindi ad includere altri prodotti che dovessero acquisire rilievo economico in futuro⁸⁶. Nonostante ciò, e per quanto i criteri di inclusione dei prodotti in questo elenco, allegato al capo sulle indicazioni geografiche, siano considerati oggettivi dalla Commissione, non si possono non menzionare i dubbi sollevati con riguardo

⁸⁵ Per un'analisi dell'approccio americano alla protezione delle indicazioni geografiche si veda B. O'CONNOR, *The legal protection of GIs in TTIP: is there an alternative to the CETA outcome?*, relazione presentata al 145° Seminario dell'EAAE su "Intellectual Property Rights for Geographical Indications: What is at stake in the TTIP", cit.

⁸⁶ Cfr. *Agriculture and Geographical Indications in TTIP. A guide to the EU's proposal*, cit., p. 9. Come noto questo sistema è stato già adottato dall'UE nel CETA, e in altri accordi bilaterali.

al CETA⁸⁷, e che rimangono validi anche per il TTIP, in relazione non solo all'opportunità, ma anche alla legittimità di una simile decisione che garantisce una protezione più ampia solo ad alcune, poche, indicazioni geografiche tra quelle registrate ai sensi della disciplina vigente, la quale ultima non prevede, appunto, distinzioni di tal genere. Si deve anche riflettere sul fatto che la tutela "rinforzata" della quale potrebbero godere i prodotti elencati nella lista discende da un atto giuridico diverso e ulteriore rispetto al regolamento sui regimi di qualità e che forse, guardando alla questione con pragmatismo, per moltissime IG non si configura un interesse attuale e concreto a trovare protezione oltreoceano perché destinate a nicchie di mercato locale.

Altre previsioni riguardano l'introduzione di un sistema di protezione affidato ad organismi amministrativi che prevenga l'uso non autorizzato di indicazioni geografiche. In generale l'articolato, per ora ancora in bozza, con il quale la Commissione si presenta alle trattative ricalca il regime europeo dei prodotti di qualità e molti dubbi sorgono sulle reali possibilità che incontri il consenso dell'altra parte negoziatrice. D'altra parte, la lettura di un altro fondamentale accordo di libero scambio appena concluso dagli USA, il TPP, non promette bene. Da tale testo emerge la posizione americana che, senza sorprese, è orientata ad imporre il modello dei marchi, ad assicurare che questi prevalgano sulle IG successive identiche o simili e che a prevalere siano anche i termini che nel linguaggio comune indicano, nel territorio di una parte dell'accordo, il prodotto al quale l'IG sarebbe riferita, vale a dire i *common names* tanto cari a produttori americani⁸⁸.

Con riferimento al settore del vino e delle bevande alcoliche, nel quale l'importanza delle esportazioni è ben nota⁸⁹, Europa e Stati Uniti hanno già concluso due accordi bilaterali, nel 1994 per gli alcolici⁹⁰, e nel 2006 per il vino⁹¹. Il primo è limitato alla protezione del nome di un piccolo numero

⁸⁷ B. O'CONNOR, *Geographical Indications in CETA, the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU*, in *Riv. dir. alim.*, n. 2, 2015.

⁸⁸ Cfr. artt. 18.30 e ss. del TPP reperibile su <https://ustr.gov/tpp/#text>.

⁸⁹ La Commissione riporta per l'anno 2015 un saldo commerciale positivo di 7,3 miliardi di euro, cfr. *Agriculture and Geographical Indications in TTIP. A guide to the EU's proposal*, cit., p. 5.

⁹⁰ *Agreement in the form of exchange of letters between the European Community and the United States on the mutual recognition of certain distilled spirits/spirit drinks*, del 25 marzo 1994, GUCE L 157 del 24 giugno 1994.

⁹¹ *Agreement between the European Community and the United States of America on trade in wine*, del 8 marzo 2006, GUCE L 87 del 24 marzo 2006, sul quale v. E.M. APPIANO, *Le pratiche enologiche e la tutela delle indicazioni di qualità nell'Accordo UE/USA sul commercio del vino e in altri trattati della Comunità*, in B. UBERTAZZI, E.M. ESPADA (a cura di), *Le indicazioni di qualità degli alimenti. Diritto internazionale ed europeo*, Milano, 2009, p. 348.

di bevande alcoliche (6 per l'Unione e 2 per gli USA). Il secondo, di respiro più ampio, riguarda non solo la protezione dei nomi dei vini ma anche l'autorizzazione delle pratiche enologiche, l'etichettatura e la certificazione. L'opportunità di una sezione dedicata al vino nel TTIP, e tesa a migliorare l'accordo in essere, è stata individuata già nelle direttive di negoziato adottate dal Consiglio nel 2013⁹². In particolare, viene ritenuto necessario modificare lo *status* di alcune denominazioni di vini, tra i quali ad esempio figura il «chianti», che i produttori americani possono ancora utilizzare, sebbene a determinate condizioni⁹³, con lo scopo di impedire loro l'uso di tali denominazioni. Allo stesso modo si intende ampliare la lista delle bevande alcoliche di cui all'accordo del 1994, al fine di garantire protezione a un maggiore numero di denominazioni rispetto a quelle ivi previste⁹⁴. Anche in questo caso, dunque, l'intento della Commissione è molto chiaro e forse meno complicato da raggiungere: ottenere la maggiore tutela possibile in un settore che è, comunque, generalmente «avvantaggiato» rispetto agli altri prodotti agroalimentari, sia nell'accordo TRIPS sia per la presenza delle citate pregresse intese tra le due parti.

4.3 Le suddette proposte dell'Unione in materia di indicazioni geografiche, vini e alcolici⁹⁵ completano le previsioni in materia di agricoltura, delle quali si dà conto a chiusura della rassegna dei testi condotta fino qui per il carattere ambizioso e programmatico che può ad esse essere riconosciuto e che consente di riflettere in maniera complessiva sulla posizione negoziale europea.

Innanzitutto è degno di nota il fatto che all'agricoltura è dedicato un

⁹² *Directive di negoziato dell'UE sul partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP) fra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America*, adottate all'unanimità dal Consiglio il 14 giugno 2013, par. 35, reperibili su <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/it/pdf>.

⁹³ Si tratta di 17 denominazioni (Burgundy, Chablis, Champagne, Chianti, Claret, Haut, Sauterne, Hock, Madeira, Malaga, Marsala, Moselle, Porto Retsina, Rhine, Sauterne, Sherry e Tokay) elencate nell'Allegato II dell'Accordo UE-USA. Ai sensi dell'art. 6 di tale accordo gli Stati Uniti si sarebbero adoperati per modificare lo *status* giuridico di tali termini in modo da riservarne l'uso in etichetta ai soli vini originari della Comunità. Peraltro tale modifica non riguardava i vini per i quali quelle denominazioni erano utilizzate anteriormente al 13 dicembre 2005 o alla firma dell'accordo se posteriore, purché tale termine sia utilizzato solo su etichette di vino recanti il marchio, eventualmente insieme al nome di fantasia.

⁹⁴ La proposta della Commissione (cfr. *Concept Paper on Geographical Indications*, cit., p. 4) è di aggiungere 22 alcolici ai 6 già protetti dall'*Agreement UE-US on distilled spirit drinks* del 1994.

⁹⁵ La Commissione con riferimento a vini e alcolici esprime l'intenzione di inserire la relativa disciplina nel capo sull'agricoltura.

capo autonomo data l'importanza⁹⁶ del commercio nel settore e le peculiarità che lo caratterizzano rispetto agli altri beni. Un ulteriore motivo che determina la Commissione a formulare un capo autonomo dedicato all'agricoltura, invece di disciplinare il commercio dei prodotti agricoli nel capo dedicato in generale al *Trade in Goods* come in altri accordi di libero di scambio negoziati dall'UE, è la complessità delle questioni che, come si è visto, emergono nei rapporti commerciali con gli Stati Uniti quando si parla del settore agroalimentare. Nelle intenzioni europee questo capo non dovrebbe contenere previsioni sulle riduzioni tariffarie, che saranno trattate, anche per i prodotti agricoli, nel capo sul commercio dei beni in generale.

Anche se si tratta di un testo⁹⁷ destinato inevitabilmente a subire modifiche, forse rilevanti, nel confronto con gli Stati Uniti, si ritiene che esso meriti particolare attenzione poiché riafferma la visione dell'Unione in materia di agricoltura e fissa dei confini abbastanza netti rispetto a scelte e valori europei che sembrano essere presentati come non negoziabili. Sebbene il capo in questione, infatti, sia finalizzato a promuovere e facilitare il commercio di prodotti agricoli⁹⁸ tra le parti, il riconoscimento delle differenze tra i modelli agricoli europeo e americano e la necessità che l'accordo rispetti tale diversità sono messi bene in evidenza. In particolare si statuisce che il trattato non debba porre limiti nell'adozione di misure necessarie a proteggere la salute umana, la sicurezza, l'ambiente, i consumatori e finanche la diversità culturale, definiti tutti come obiettivi "legittimi" di *policy*.

Un'altra cifra che caratterizza la proposta europea e che merita rilievo è l'attenzione rivolta ai temi dell'agricoltura sostenibile e della sicurezza alimentare. Sotto questo profilo si promuove la cooperazione tra le parti sia nei rapporti bilaterali sia in ambito multilaterale e nei fori internazionali. In sede bilaterale si sottolinea la necessità di collaborare per promuovere la sostenibilità in agricoltura nelle sue dimensioni economica, sociale e ambientale. In sede internazionale l'intento è perfettamente in linea con gli Obiettivi di sviluppo sostenibile (SDG 2030), adottati nel settembre 2015 in seno all'ONU, e abbraccia la necessità di promuovere la *global food security*,

⁹⁶ Nel 2015 il commercio agricolo ha rappresentato 31 miliardi di euro su un totale di 616 miliardi negli scambi USA-UE. L'Unione ha esportato per lo più prodotti ad alto valore aggiunto, cfr. *Agriculture and Geographical Indications in TTIP. A guide to the EU's proposal*, cit., p. 3.

⁹⁷ Si tratta del *Draft Chapter on Agriculture*, pubblicato dalla Commissione il 21 marzo 2016 e disponibile su <http://trade.ec.europa.eu>.

⁹⁸ I prodotti agricoli sono quelli di cui all'Allegato I dell'Accordo agricolo di Marra-kech.

anche evitando azioni commerciali che possano causare o peggiorare la volatilità dei mercati delle *commodities* e l'aumento dei prezzi degli stessi, circostanze che, come noto, incidono molto negativamente sui Paesi più poveri. Con riferimento a questi ultimi è interessante notare la previsione di un impegno congiunto delle parti per promuovere le esportazioni di prodotti agricoli di tali Paesi e incoraggiare l'integrazione regionale in queste aree dove l'assenza di strategie e politiche di integrazione è causa di notevoli danni economici⁹⁹. Sempre in quest'ottica si incoraggia la condivisione internazionale dei risultati della ricerca e innovazione in campo agricolo, così come delle *best practice*, per garantire la produzione di cibo assicurando la gestione sostenibile delle risorse naturali.

Misure più tecniche dispongono per la creazione di un ambiente che favorisca la libera concorrenza nelle esportazioni e a tale scopo prevedono l'eliminazione degli aiuti alle esportazioni e alle misure di effetto equivalente. È interessante menzionare che in questo settore si prevede esplicitamente una sorta di estensione degli effetti dell'accordo verso determinati Paesi terzi. Si introduce, infatti, l'eliminazione di tali aiuti non solo nelle relazioni bilaterali ma anche nei confronti di quei Paesi terzi con i quali entrambe le parti hanno concluso un accordo di libero scambio e che abbiano rimosso i dazi sui prodotti agricoli sui quali UE e USA eliminano gli aiuti alle esportazioni. Infine, per facilitare il raggiungimento degli obiettivi fissati in campo agricolo e instaurare un proficuo dialogo e scambio di informazioni, si prevede la costituzione di un organo a ciò preposto, il *Committee on Agriculture*, che dovrebbe avere anche l'importante compito di valutare l'impatto che l'accordo produrrà sul settore agricoltura di entrambe le parti.

5. Al termine del discorso fino qui condotto, una domanda domina sulle tante questioni che esso pone: «è davvero possibile una convergenza di regole in materia agroalimentare tra Unione europea e Stati Uniti d'America?». Rispondere a questo interrogativo può significare in qualche modo fare una previsione sul raggiungimento di un'intesa tra le parti, e quindi sulla effettiva conclusione del Trattato transatlantico. Un compito arduo visto il contegno indeciso degli stessi capi di Stato di alcuni Paesi molto influenti dell'Unione che hanno dichiarato "in patria" di ritirare l'appoggio al TTIP, per poi confermare il mandato a negoziare alla Commissione

⁹⁹ Con riferimento ad esempio all'Africa si veda K. KAJUNA, *Connecting to the world through regional value chains*, in *Bridges Africa*, vol. 5, Issue 1, 2016, p. 15, reperibile su <http://www.ictsd.org>.

in occasione dell'ultima riunione del Consiglio europeo¹⁰⁰. Non vengono in soccorso neppure le ultime vicende politiche riguardanti il risultato del referendum del Regno Unito sull'uscita dall'UE, che, infatti, hanno indotto, sia nella Commissaria europea al Commercio, sia nel suo omologo americano¹⁰¹, immediate reazioni di rassicurazione sulla prosecuzione dei negoziati e sulla persistenza del reciproco interesse verso l'Accordo. Ancora più incertezze emergono se si pensa alle elezioni presidenziali degli Stati Uniti che si svolgeranno tra alcuni mesi.

Fare un pronostico appare difficile anche se si considerano i molti tentativi che, nel corso degli anni, USA e UE hanno avviato al fine di colmare i *gap* regolatori che ostacolavano il pieno sviluppo del commercio intercontinentale in tutti i settori economici, e che non hanno, evidentemente, prodotto i risultati sperati. Precedenti tentativi di accordi di libero scambio si possono far risalire già agli anni novanta con l'ipotesi della *Transatlantic Free Trade Area* – TAFTA, fino ad arrivare – passando attraverso la costituzione dei *Transatlantic Dialogues* su diverse materie – al US-EU summit di Washington che nel 2007 istituì il menzionato *Transatlantic Economic Council* – TEC, con il compito di favorire la cooperazione e l'integrazione¹⁰².

Con grande sollievo si deve pure rilevare che il giurista in questo caso non è chiamato a tali predizioni, che attengono molto più alle strategie politiche di chi governa. Tuttavia, per non essere elusivi sulla domanda appena posta, si potrà condividere qualche ulteriore riflessione sulle divergenze

¹⁰⁰ Ci si riferisce in particolare a F. Hollande le cui dichiarazioni (cfr. *Il Sole24Ore*, 4 maggio 2016) avevano fatto risolvere il Presidente della Commissione Juncker per la necessità di chiedere la conferma del mandato a negoziare ai Capi di Stato e di Governo, conferma ottenuta in occasione della riunione Consiglio europeo del 28 e 29 giugno 2016 su cui cfr. <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/06/28-euco-conclusions/>. In Francia in effetti è in corso un vivace dibattito parlamentare sull'opportunità di proseguire nella negoziazione del TTIP proprio per l'impatto che questo potrebbe avere sull'agricoltura, si veda Y. PETIT, *Le conséquences du traité transatlantique pour l'agriculture*, in *Revue de droit rural*, aprile 2016, p. 10.

¹⁰¹ Cecilia Malmström, Commissaria UE al Commercio nel discorso tenuto a Washington D.C. il 29 giugno 2016 si è soffermata sulle conseguenze dell'esito del referendum britannico (v. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/june/tradoc_154698.pdf), così come Michael Froman all'indomani del referendum ha dichiarato: «*The importance of trade and investment is indisputable in our relationships with both the European Union and the United Kingdom. The economic and strategic rationale for T-TIP remains strong. We are evaluating the impact of the United Kingdom's decision on T-TIP and look forward to continuing our engagement with the European Union and our relations with the United Kingdom*» (<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2016/june/Statement-Ambassador-Froman-UK-Referendum>).

¹⁰² Una descrizione molto dettagliata di tutti questi passaggi si legge in A. ALEMANNI, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership and the Parliamentary Dimension of Regulatory Cooperation*, 2014, pp. 25 ss., reperibile su [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=EXPO-AFET_ET\(2014\)433847](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document.html?reference=EXPO-AFET_ET(2014)433847).

regolatorie tra le due sponde dell'Atlantico delle quali si è riferito nel corso del presente lavoro e sulla radice delle medesime, interrogandosi sulla loro attuale persistenza.

Prima di fare ciò conviene chiarire meglio cosa si intenda per “convergenza regolatoria”. Con tale espressione si vuole fare riferimento alla riduzione, da eseguirsi attingendo al complesso strumentario del mutuo riconoscimento, dell'equivalenza o dell'armonizzazione, delle differenze tra norme, regole e standard che si pongono come barriere non tariffarie agli scambi internazionali. In altre parole, si tratta di rendere il quadro esistente più compatibile e di evitare che le future regolamentazioni creino ostacoli non necessari.

Appare evidente come, per eliminare barriere e ostacoli, e portare a convergere norme e regole, sia necessario preliminarmente comprendere i valori e i beni che entrambi i sistemi o ordinamenti intendono proteggere, e il modo in cui sono collocati gerarchicamente, e come vengono temperati quando sono contrapposti e ugualmente rilevanti, altrimenti si sarà condannati ad inseguire le divergenze e i tecnicismi. D'altra parte, sotto le apparenze tecniche, i regolamenti e le norme corrispondono a scelte collettive relative, ad esempio, alla tutela dei consumatori, a valutazioni economico-sociali, al rispetto delle tradizioni regionali, e così via. E, in effetti, le radici delle divergenze regolatorie tra USA e UE sono solitamente ravvisate nelle differenze culturali; nei diversi approcci nei confronti del rischio, con gli americani più inclini a essere *risk-takers* e gli europei *risk-averse*; e nei discordi interessi, di natura più sociale o più economica, che i legislatori dell'una e dell'altra parte generalmente perseguono.

Tali spiegazioni, forse per alcuni suggestive, hanno l'evidente limite, proprio di ogni prospettiva dicotomica, di non carpire il dinamismo della realtà. È innegabile che la facilità e la rapidità delle comunicazioni, degli scambi, della diffusione delle informazioni hanno favorito l'adozione di modelli e di categorie di pensiero comuni, hanno determinato un assottigliarsi delle distanze culturali, e questo è accaduto con maggiore forza tra il vecchio e il nuovo Continente, o nella cultura cosiddetta “occidentale”. Se in Europa si festeggia *halloween*, in America la dieta mediterranea gode di molto successo e l'attenzione per il cibo, in relazione all'origine, alla provenienza, alla preparazione, alle implicazioni etiche e ambientali degli alimenti, è grandemente diffusa¹⁰³. Così come, d'altro canto, non si può non

¹⁰³ Con riferimento al benessere animale, ad esempio, E. SIRSI, *Il benessere degli animali nel Trattato di Lisbona*, loc. cit., p. 233 sottolinea come negli USA «le molte associazioni, che esprimono le esigenze del mondo del consumo critico e di quella parte del sistema produttivo

evidenziare che l'importanza attribuita al cibo, e al suo valore simbolico e culturale non è comune a tutti gli Stati membri dell'UE, e che i consumatori sensibili alle caratteristiche qualitative di un prodotto alimentare costituiscono una *élite* anche in Europa¹⁰⁴. Volendo continuare con esempi che rendano l'idea dei fenomeni in movimento, si devono registrare negli USA notevoli spinte verso l'etichettatura dei prodotti contenenti OGM, dato che molti Stati della Federazione hanno avanzato la richiesta di poter etichettare gli OGM, la FDA ha pubblicato delle linee guida volontarie, e sono state presentate al Congresso alcune proposte di legge del medesimo tenore di quelle degli Stati, nelle quali si auspica anche che gli OGM non siano più considerati come «sostanzialmente equivalenti» ai prodotti non-OGM e siano invece sottoposti a una procedura autorizzativa, proprio come avviene nell'UE¹⁰⁵. Inoltre, preoccupazioni di natura ambientale stanno facendo diffondere in molte aree statunitensi il divieto di usare il polistirolo nel *packaging* alimentare¹⁰⁶. Ancora, non è per caso vero che il recente *Food Safety Modernization Act*¹⁰⁷ per molti versi sembra condividere l'impostazione di base della legislazione alimentare di matrice europea? E che l'UE, pur aderendo al principio di precauzione, prende in considerazione anche i costi delle misure che introduce? Forse, la separazione manichea tra una parte che applica il principio di precauzione, dando in tal modo maggiore rilievo alla sicurezza, anche ambientale, e alla salute, rispetto ai costi, e l'altra che si avvale dell'analisi costi-benefici, attribuendo priorità all'efficienza economica e alle utilità quantificabili, è troppo semplicistica. Ma, ancora prima di cercare gli spazi per una conciliazione, converrebbe chiedersi se il TTIP impone necessariamente una scelta netta e definitiva tra le due visioni. Probabilmente, una volta stabilita una base comune da cui partire, in ter-

più sensibile alle ragioni dell'agricoltura sostenibile, procedono ad una continua elaborazione di regole di condotta per gli associati».

¹⁰⁴ In questi termini, con particolare riferimento al tema dell'origine, P. BORGHI, *Passport please! Wto, Trips, and the (serious?) question of geographical origin of foodstuffs*, in *Studi in onore di Luigi Costato*, vol. II, p. 80.

¹⁰⁵ M.P. BELLONI, *Nel limbo degli OGM: tra divergenze interpretative e disciplinari, alla ricerca di un accordo tra Stati Uniti e Unione europea. È questione di etichetta, ma anche di etica*, cit., p. 30 ss.

¹⁰⁶ *Time*, 29 giugno 2016.

¹⁰⁷ Il FSMA del 2011 presenta alcune similitudini nell'approccio con il reg. (UE) n. 178 del 2002, come ad esempio l'attribuzione della responsabilità per la messa in commercio di alimenti sicuri agli operatori del settore alimentare, o una regolazione basata sul processo e non prodotto che quindi tiene conto di tutte le fasi di produzione. Per un commento sulla normativa americana cfr. N. FORTIN, *The Us Food Safety Modernization Act: Implication in Transnational Governance of Food Safety, Food System Sustainability, and the Tension with Free Trade*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, p. 19.

mini di interessi e beni da tutelare, si potrebbe procedere ad adottare un modello teleologico volto a individuare le regole più adatte ai singoli casi in funzione dell'obiettivo di volta in volta perseguito. Ciò, d'altra parte, non implicherebbe l'adozione di una visione pragmatica e tecnicistica, ma al contrario richiederebbe l'emersione di obiettivi comuni reali, e non solo enunciati nelle sedi internazionali, che porterebbe pertanto ad una convergenza di *policy*, prima che ad una convergenza di regole. Queste caratteristiche farebbero del TTIP uno strumento *values-driven* in un'epoca storica nella quale sul protezionismo volto a favorire i produttori domestici, che col tempo è stato in parte ammantato di paternalismo nei confronti dei consumatori, senza peraltro mai abbandonare del tutto gli interessi economici interni, è arrivato il momento di far prevalere esigenze di portata più ampia collegate, ad esempio, al cambiamento climatico¹⁰⁸, alla sostenibilità non solo ambientale ma anche sociale del sistema di produzione del cibo, alla sicurezza alimentare globale, alla affermazione dei diritti umani.

Dunque, una convergenza è davvero possibile? Se le regole giuridiche esprimono scelte che a loro volta sono il risultato della coscienza collettiva di un popolo, è forse plausibile uniformare le regole in presenza di una sempre maggiore "amalgamazione" culturale, che non vuol dire sempre e solo omologazione al modello americano (generalmente considerato predominante), e che potrebbe garantire la promozione di principi comuni e di una base di scelte sociali condivise. Quello che resta da decidere allora è: "quali regole"? Il rischio che l'esigenza di tagliare i costi diventi regola comune, e quindi globale, esiste e non va trascurato. L'opportunità da cogliere è quella per cui il TTIP non rappresenti il mezzo per abbassare gli standard europei, ma per innalzare gli standard mondiali.

¹⁰⁸ La presenza del Stati Uniti tra le parti dell'accordo raggiunto all'esito delle Conferenza sul clima di Parigi del dicembre 2015, a differenza di quanto era avvenuto per il Protocollo di Kyoto, non è un fattore di poco conto in questo discorso.

OSSERVATORIO EUROPEO E INTERNAZIONALE

GUNTHER HERNÁN GONZALES BARRÓN

PROPIEDAD AGRARIA Y FUNCIÓN SOCIAL EN EL DERECHO PERUANO

SUMARIO: 1. Derecho de propiedad: del Código Civil a las Constituciones y los tratados de derechos humanos. – 2. La cláusula del bien común (o función social) de la propiedad. – 3. Propiedad de la tierra y función social. – 4. Función social de la tierra en casos concretos. – 4.1 Deber de conservar el uso agrario. – 4.2 Reversión administrativa por incumplimiento de deberes emanados de la función social. – 4.2-*bis*. El caso de las tierras de Selva y Ceja de Selva. – 4.3 Usucapión. – 4.4 Retracto.

1. La propiedad, según el derecho civil, es una atribución directa, exclusiva, absoluta e inherente que recae sobre *bienes*, cuyo interés consiste en el disfrute y aprovechamiento de las utilidades que produce la riqueza material, siempre dentro de los límites que establezca el bien común y el interés social (art. 923 del Código Civil Peruano de 1984¹). Sin embargo, la propiedad ha variado radicalmente en cuanto a su definición, contenido y función, de acuerdo con los cambios sociales, políticos y económicos que se han vivido en el último siglo, lo que incluye fenómenos tan relevantes como la progresiva universalización de los derechos humanos, las nuevas condiciones sociales y económicas de la época posmoderna, los avances tecnológicos, entre otros. Hoy no se tiene la misma noción de propiedad que aquella imperante durante el Estado liberal del siglo XIX², y que aún permanece por inercia en los Códigos Civiles, anclada en el individualismo

¹ «La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley».

² Un famoso exégeta francés, Baudry-Lacantinière, al comentar el Código Napoleónico, decía que: «el propietario puede realizar legítimamente con la cosa actos de cualquier clase, aun cuando no tenga ningún interés confesable en realizarlos». Por su parte, Planck, durante la preparación del Código Alemán, señaló que el propietario puede disponer de la cosa «a su arbitrio», lo que no es invención del Derecho romano, sino que deriva del concepto mismo de dominio: cit. E. NOVOA MONREAL, *El derecho de propiedad privada*, Editorial Temis, Bogotá, 1979, p. 25.

y en el sacrosanto derecho del propietario hasta para abusar de la cosa, pues solamente se tutela el voluntarismo del titular.

La definición de la propiedad ha evolucionado desde la perspectiva individualista-liberal³ hacia una social. Por su parte, la propiedad actual, de corte constitucional y social, se encuentra sometida desde su propio interior a una serie de limitaciones y restricciones en orden al bien común. El propietario no vive solo, ni su riqueza se origina por esfuerzo exclusivamente suyo. Por ello, no causa extrañeza que desde la filosofía del derecho se diga que la propiedad no solo tutela un interés individual (del propietario), sino también distintos bienes colectivos que se materializan en directrices. Una propiedad basada o justificada solo en la autonomía del titular pondría en peligro su propia finalidad, pues en realidad lo que se busca es que *todos* los individuos dispongan del *quantum* de propiedad necesaria para llevar a cabo una existencia *autónoma*. En consecuencia, la autonomía del propietario no puede desatender la exigencia de otros bienes colectivos, como una distribución más equitativa de la renta, el acceso al trabajo, la modernización de todos los sectores económicos, el medio ambiente adecuado, la conservación del patrimonio cultural, el derecho a una vivienda adecuada, la protección de los consumidores, la tutela de la salud, etc.⁴

La definición civil, fundada en el absolutismo del propietario y en la protección de su libérrima voluntad, hace tiempo ha quedado desfasada. La propiedad no se protege por causas meramente individualistas o egoístas, ni por efecto de la voluntad del dueño. Hoy, la propiedad se reconoce en el hombre con el fin que cumpla una misión social acorde con su dignidad en el mundo; con sus derechos a ser libre e igual pero con carácter sustancial, y para lograr una sociedad justa con posibilidades mínimas para todos. En tal contexto, la propiedad solo tiene sentido en tanto «función» que permita satisfacer las necesidades del ser humano dentro de un ambiente de solidaridad, paz, tranquilidad, seguridad y bienestar material. Es decir, la propiedad persigue la construcción de una sociedad con desarrollo mate-

³ No olvidemos que en su momento la propiedad codificada representó una reforma radical con relación al Antiguo Régimen. Así, la tierra asignada a clases estamentales que en tal virtud detentaban el poder político, fue reemplazada por la libertad de la tierra que podía movilizarse sin límites, y que en tal contexto permitía el desarrollo de una clase burguesa basada en el intercambio y la circulación. Esto es, de una sociedad cerrada y rígida se pasó a una sociedad formalmente libre e igualitaria. El problema es que la oligarquía de la tierra fue sustituida por la oligarquía del capital, sin que ello hubiese impedido que la pobreza y marginación se mantenga: F. REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 58.

⁴ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 52.

rial y espiritual; no para que el propietario decida lo que se le antoje o haga aumentar la pobreza hasta niveles atentatorios contra la dignidad humana.

La definición de propiedad, dentro del ámbito de los derechos humanos, ha redimensionado la noción civil, liberal y propia de las codificaciones, por tanto, de un «derecho-voluntad» (que implicaban una insolencia), se ha pasado a un «derecho-función»⁵, por lo que la propiedad ha dejado de ser absoluta o ilimitada, o un simple derecho de libertad sobre las cosas en donde las limitaciones al dominio son excepciones. Por el contrario, la propiedad pasa a convertirse en una prerrogativa reconocida por el sistema legal, pero condicionada al cumplimiento de deberes sociales, a la promoción de la riqueza general, a resguardar los intereses generales. En consecuencia, el reconocimiento de la prerrogativa individual debe armonizarse con el bien común⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado recientemente que: «60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional»⁷.

La definición de la propiedad, voluntarista en los Códigos, pasa a convertirse en una función con miras al interés general, lo que se aprecia en las Constituciones y Tratados de Derechos Humanos. Esta nueva concepción de la propiedad no solo tiene efectos en su definición, sino que además se irradia en toda la institución; y así se aprecia en la regulación. Por tanto, ahora se reconoce la extinción de la propiedad, sin indemnización, cuando median motivos de desatención a la productividad (abandono), y además

⁵ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, 9ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2009, traducción de Marina Gascón, p. 104.

⁶ El Código Civil Brasileño de 2002, conocido por su progresismo, ha establecido en el art. 1228º-1 que la propiedad debe ejercerse en consonancia con las finalidades económicas y sociales y de manera que favorezca la preservación y conservación del medio ambiente: L. ABREU BARROSO, *La función socio-ambiental de la propiedad agraria*, en ÍD., E. MANIGLIA y A. GURSEN DE MIRANDA (Coords.), *El nuevo derecho agrario*, Juruá Editora, Curitiba, 2010, p. 85.

⁷ Sentencia de excepciones preliminares y de fondo de 6 de mayo de 2008, Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*.

este derecho empieza a ser protegido siempre que el titular cumpla con las funciones socio-económicas que se le impone, tales como el trabajo permanente, la explotación económica con fines de bienestar general. El trabajo es la justificación de la propiedad, razón por la que se revitaliza la importancia de la posesión y de la usucapión, especialmente en el ámbito agrario⁸.

La noción moderna de propiedad pulveriza aquella plasmada en los Códigos, en tanto se aleja de su concepción absolutista, individualista y egoísta. Hoy, la función social atraviesa el contenido mismo de la propiedad, ya que esta cumple un objetivo de bien común⁹. En tal sentido, los Códigos Civiles no son suficientes para resolver los problemas referidos a la propiedad, y ello se nota claramente en el influjo e importancia que gana la función social en la delimitación de las libertades y poderes del propietario¹⁰. Esta configuración, antes excepcional y anómala, pasa a convertirse, no solo en natural, sino en el fin justificativo del dominio y de los derechos que se reconocen sobre las cosas u objetos de la naturaleza. *En pocas palabras, la propiedad no se entiende sin función social destinada a lograr el bien*

⁸ E. CAICEDO ESCOBAR, *Función social y derechos humanos económico-sociales* (Ponencia), en Vv.AA., *Derecho Agrario y Derechos Humanos*, Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Agrario y Derechos Humanos celebrado en Lima y Cusco del 7 al 12 de septiembre de 1987, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 231.

⁹ El Tribunal Constitucional dice que: «el funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. *Así en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común*». Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por R. Nesta Brero, en representación de más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001, 26° fundamento jurídico.

¹⁰ Compárese, por ejemplo, el Código Civil Austriaco de 1811: «Como consecuencia de su derecho de disponer libremente de su propiedad, el propietario pleno puede, como regla general, hacer uso de la cosa o no hacer ningún uso de ella, a su arbitrio; él puede destruirla, transmitirla totalmente o en parte a otras personas o bien, deshacerse de ella, abandonándola» (art. 362).

Nada diferente ocurría con nuestro Código Civil de 1852, cuya definición de la propiedad permite a su titular el uso y goce de la cosa, pero sin incluir la posibilidad de limitarla por medio de la ley o los reglamentos (art. 460). Este concepto resultó más liberal que aquel contenido en el propio Código Francés de 1804. Este individualismo absoluto fue criticado hasta por los liberales decimonónicos, como Toribio Pacheco: C. RAMOS NUÑEZ, *Toribio Pacheco. Jurista Peruano del siglo XIX*, Instituto Riva Agüero PUCP – Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 2008, p. 220.

común, pues la utilidad individual y la función social configuran el nuevo concepto de propiedad¹¹.

La diferencia sustancial, a nivel práctico, entre la propiedad liberal de los Códigos y la propiedad-función social de las Constituciones y de los tratados de derechos humanos, es la siguiente: los Códigos sí admiten limitaciones a la propiedad, pero lo hacen casi como si fuese un mal necesario, de mala gana, por una anomalía del sistema por razones de emergencia que debieran pasar pronto, pues solo se justifica en situaciones excepcionales, de crisis o para impedir un mal social notable; en cambio, en la nueva perspectiva, las delimitaciones son el contorno natural de la propiedad, pues el derecho se justifica en tanto y en cuanto se cumpla la función social de distribuir la riqueza, asegurar la dignidad del hombre y resguardar la igualdad real¹².

2. El orden jurídico reconoce los derechos subjetivos fundamentales, como la propiedad, en cuanto se trata de las aspiraciones éticas de la sociedad que tienen su entronque con la dignidad del hombre, pero que al realizarse como valores patrimoniales en el entramado social, entonces se exige la concordancia entre el disfrute individual y el disfrute social para

¹¹ El Tribunal Constitucional Español señala que la «función social» es un elemento estructural de la definición constitucional de la propiedad, por lo que se descarta que el señorío del titular sea un simple ámbito subjetivo de libre disposición del bien. En realidad, la Constitución protege la propiedad como un haz de facultades individuales sobre la cosa, pero simultáneamente constituye un conjunto de deberes y obligaciones, fijados por las leyes, en atención a los valores o intereses de la colectividad (STC de España 37/1987, de 26 de marzo; 227/1988, de 29 de noviembre; 170/1989, de 19 de octubre): J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.J. GONZÁLEZ RIVAS y otros, *Constitución Española*, Editorial Colex, Madrid, 2002, pp. 363-364.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que los Estados tienen la potestad de reglamentar el uso de los bienes de conformidad con el interés general, adoptando las leyes que juzguen necesarias (Sentencia de 13 de junio de 1979, Caso *Marckx/Bélgica*). En consecuencia, la ley cuenta con una gran amplitud para intervenir en la propiedad, siempre que respete un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo (Sentencia de 23 de septiembre de 1982, Caso *Spörring y Lönroth/Suecia*) (*ibid.*, pp. 369-370). En esta decisión se sostiene la importante doctrina referida a que la propia naturaleza de la propiedad consiente un amplio espectro de limitaciones fundado en el interés general: F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHÉO, *La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* [documento], p. 5. ¿La razón de ello? El interés general forma parte (inherente) del derecho mismo. Este es el punto final del liberalismo y de la justificación de la propiedad sobre la base exclusiva de la voluntad, discrecional y hasta arbitraria, del titular.

¹² Un hito importante es el art. 27 de la Constitución Mexicana de 1917, por cuya virtud, «el propietario ya no lo fuera solo para sí en ejercicio de un derecho exclusivamente individual, sino en lo que fuera también para su sociedad, manteniendo en constante explotación la tierra»: M. CHAVÉZ PADRÓN, *El Derecho Agrario en México*, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 295.

aspirar a la realización de la persona y del grupo¹³, lo que es representado por el conjunto de intereses generales o colectivos protegidos por la Constitución (tutela del medio ambiente, tutela de la calidad de vida en la ciudad, protección de la seguridad ciudadana, cuidado del patrimonio cultural, derecho a la salud, derecho a la educación), que se materializan en diversas actuaciones y medidas interventoras o reguladoras¹⁴.

Por ejemplo, el parágrafo 14 GG (*Grundgesetz*, Ley Fundamental, Constitución de Alemania) garantiza la propiedad y la herencia con el contenido y limitaciones que la ley determine. Luego agrega que: «La propiedad obliga. Su uso deberá servir, al mismo tiempo, al bien común». Sobre esta cláusula, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado que la propiedad se caracteriza por la utilidad privada pues sirve a los intereses del propietario, sin embargo, el postulado constitucional del bien común comprende el mandato de cuidar los intereses de aquellos otros ciudadanos, distintos del propietario, que estén implicados en el uso de los bienes. Por tanto, esta afirmación se relaciona directamente con el tipo de bien y la necesidad de interferencia para atender los intereses colectivos (Sentencia de la Sala Primera de 12 de junio de 1979)¹⁵.

¹³ El profesor italiano Marco Comporti dice: «la función social actúa así como una cláusula elástica a fin de lograr y potenciar la utilidad social: la noción ha de entenderse no tanto en relación con las exigencias productivas del sistema, cuanto en función de los criterios solidarios en los que se inspira la Constitución para la realización de la persona humana y el respeto a la dignidad del hombre»: cit. G. FIGALLO ADRIANZÉN, *Tierra y Constitución*, Campus Editores, Lima, 1990, p. 37.

¹⁴ «El ligar la función social a la propiedad no significa convertir la fórmula en indiferente para la estructura del derecho, puesto que el equilibrio entre el interés al disfrute del bien e intereses diversos acreedores de tutela viene realizado a través de la construcción, obra del legislador ordinario, de una situación subjetiva que tenga en cuenta no tanto la relación entre el titular y el bien, sino ante todo las relaciones interindividuales que tienen como objeto el bien»: REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada...*, cit., p. 370.

¹⁵ En el caso concreto se analizó la obligación de los propietarios para mantener a los arrendatarios de pequeñas huertas de 300 m² por 2,50 marcos al mes. Aquí no existe proporcionalidad entre la severa restricción que sufre el propietario y el interés que se tutela en el arrendatario. Así la sentencia: «Si el deseo y el interés del arrendatario en particular, de poseer una pequeña huerta, no es tan grande y legítimo, entonces no se podrá hablar de que él requiere del uso de la propiedad ajena en la misma forma que por ejemplo en el caso de una vivienda, que representa un presupuesto indispensable para una existencia digna y para las condiciones de vida personales. A pesar de que la vivienda es de gran significado para el arrendatario, como lo es también para el arrendatario de la huerta, el derecho vigente le atribuye a los horticultores una posición legal considerablemente más fuerte, que no es compatible con el mandato de lograr una igualdad y una relación equilibrada de los intereses dignos de protección de ambas partes. El sistema reglamentario protege en su actual estructura en forma unilateral los intereses reconocidos al arrendatario para conservar la huerta, que le sirve a sus necesidades predominantemente ideales, sin tener en cuenta suficientemente los intereses del propietario; esto ha llevado a que la sustancia de la propiedad, garantizada cons-

El Tribunal Constitucional señala en forma reiterada que la cláusula del bien común prevista en el art. 70° de la Constitución Peruana de 1993¹⁶, hace alusión al concepto universal de “función social”, por el cual se supera el individualismo clásico que cobijó inicialmente la idea de propiedad. Por ejemplo: «la referencia al bien común establecida en el artículo 70° de la Constitución, es la que permite reconocer la función social que el orden reserva a la propiedad» (Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 26° fundamento jurídico); por tal motivo, la propiedad se justifica en cuanto medio para lograr el “bien común”, y no solo el interés individual y egoísta del titular¹⁷.

Por lo demás, nótese que el bien común no es sinónimo al interés estatal, por tanto, las limitaciones del dominio no se justifican para el beneficio de una entidad abstracta e impersonal como el Estado, sino para el logro de intereses humanos de raíz colectiva. En efecto, la primacía la tiene el hombre, pues téngase en cuenta que él es el fin de la sociedad y del Estado

titucionalmente, se vea ampliamente demeritada (...) El sobrepeso unilateral de la posición legal del arrendatario no se encuentra en consonancia con el principio constitucional de la proporcionalidad»: J. SCHWABE (Comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia de tribunal constitucional federal alemán*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez – Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá 2003, traducción de M. Anzola Gil, pp. 298-299.

¹⁶ «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio».

¹⁷ Los economistas progresistas aceptan que la libertad no se justifica por el antecedente (autonomía del sujeto), sino por las consecuencias (libertad que dota y permite la ampliación de capacidades). Así, el profesor hindú A. SEN, *Bienestar, justicia y mercado*, Ediciones Paidós, Barcelona. 1997, traducción de D. Salcedo, p. 134: «Si los derechos liberales a intercambiar y a hacer negocios libremente han de ser protegidos, las actividades de mercado han de ser admitidas sin que los demás (incluido el Estado) las permitan o las impidan. Se pueden defender, entonces, los mercados en razón de los derechos que las personas tienen (a saber, que habrían de ser libres de hacer negocios) y no por sus efectos en la generación de bienestar. Así pues, si se aceptan estos derechos como fundamentales (como por ejemplo en la teoría liberal de Nozick 1974), entonces la concepción entera de la valoración del mecanismo de mercado se tendrá que cambiar. Los mercados se justificarían, entonces, por los derechos antecedentes y no por los resultados o utilidades (tal como la eficiencia paretiana) consecuentes. (...) Ciertamente, es posible que ocurran hambrunas generalizadas sin que se violen los derechos liberales de nadie y sin que deje de operar un mecanismo de mercado libre. La reivindicación de los derechos liberales de una forma independiente de los resultados es, pues, susceptible de ser puesta seriamente en cuestión en términos de su aceptabilidad ética».

En tal sentido, la propiedad (libertad sobre las cosas) no se justifica por la autonomía irresponsable del propietario, sino por las consecuencias benéficas que las prerrogativas reconocidas al titular produce en orden al bien común: aumento de las capacidades en el individuo, con lo que logra potenciar su bienestar.

(art. 1º Constitución¹⁸), y que su dignidad es intangible, incluso – y con mayor razón – para el Estado (art. 1º Constitución Alemana). «El ‘bien común’ abarca todo tipo de intereses generales o colectivos, pero no se identifica con el Estado o con los intereses públicos, pues se trata de conceptos distintos». En efecto, la protección del propietario cede frente a las necesidades de los otros seres humanos, del grupo en sentido colectivo, pero no frente al Estado, que constituye una entidad organizativa de los recursos y funciones públicas. Así, por ejemplo, se limita la propiedad para que todos podamos disfrutar la belleza de una obra de arte, o para que contemos con un medio ambiente saludable, o para gozar de un mínimo de calidad de vida en la ciudad, o para acceder a un mínimo existencial en el reparto de la riqueza material. Todos ellos son intereses vitales, humanos, de la colectividad social compuesta por hombres concretos o por las generaciones futuras; y que a veces se contraponen con el ámbito de libertad del propietario individual. Entonces, el conflicto se da entre personas, sea entre el individuo aislado y el grupo de individuos, pero no entre un hombre y una abstracción. Por tanto, aquí no se busca tutelar la preeminencia del Estado o el simple ejercicio del poder público¹⁹.

No obstante, las interferencias del legislador sobre la propiedad, fundadas en la cláusula del bien común, no pueden ser arbitrarias ni originadas en el mero voluntarismo de la autoridad; por tanto, se necesita que *las medidas de intervención sean proporcionales y razonables* (criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante, Corte IDH – en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*), esto es, que intervención estatal cumpla los siguientes requerimientos: *i*) fundarse en el interés social (para la Constitución Peruana tendría que fundamentarse en el bien común); *ii*) necesaria para el logro de dicha finalidad y, *iii*) el costo de su imposición sea menor o igual al beneficio²⁰.

Así ocurre, por ejemplo, con los predios que se encuentran en áreas naturales protegidas o en zonas paisajísticas o de conservación ambiental, o en patrimonio cultural o monumental. Un titular difícilmente podría recla-

¹⁸ «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

¹⁹ La Administración del Estado sirve a la colectividad, y no la incluye, por cuanto se trata de una persona jurídica *quid aliud* (ajeno): E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson – Civitas, Madrid, 2004, tomo I, p. 374.

²⁰ «Cuanto más sensible sea la intrusión de una norma en la posición jurídica del individuo, más relevantes deberán ser los intereses de la comunidad que se hallan en colisión con ellas»: REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada...*, cit., p. 374.

mar por la inconstitucionalidad de la medida que solo le permita construir un piso en su terreno, pues ya tiene un uso que le asegura una rentabilidad sobre la cosa, o incluso si no se le permite realizar construcción alguna con fines de vivienda, pues tal predio podría tener fines turísticos, paisajísticos, ambientales, sin romper la armonía con el entorno; en tal sentido, la medida intervencionista protege valores sumamente valiosos (medio ambiente, conservación del ecosistema para la vida y la vista, no solo de los actuales, sino de las generaciones futuras), empero, se afecta gravemente la propiedad (limitaciones severas en el disfrute del bien), por tanto, la ponderación permite concluir que la grave interferencia se compensa con la extraordinaria importancia del valor que se protege por el lado contrario, entonces el costo es proporcional con el beneficio, puesto que la medida permite salvaguardar la vida de los seres humanos, pero aún así mantiene la rentabilidad en el disfrute de las cosas. Por tanto, la restricción es necesaria, se funda en fin legítimo y es proporcional.

Las medidas intervencionistas sobre la propiedad se justifican por el logro del bien común, por lo que este constituye su fundamento, pero también su límite. Así pues, el acto estatal debe fundarse en el bienestar general, pero no puede salir de este marco, por lo que también representa el límite de la intervención. Por tanto, la injerencia que armonice la utilidad individual con la función social, no es indemnizable, pues se encuentra dentro de las prerrogativas del legislador dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, cuya finalidad es lograr la consecución de intereses generales para la colectividad. Por otro lado, si la medida no se inspira en el bien común, entonces sería ilegítima, y la consecuencia de ello necesariamente es mantener intacto el disfrute sobre el bien. La garantía constitucional de la propiedad implica el uso del bien en sí mismo considerado; lo que no puede suplirse a través de una compensación económica. La propiedad es el bien, y no una indemnización, salvo en el caso de la expropiación²¹.

²¹ El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en sentencia de la Sala Primera de 02 de marzo de 1999, ha sentado con toda claridad esta doctrina: «(C) (I) 2. – El legislador, para la determinación del contenido y límites de la propiedad en el sentido del art. 14 num. 1 frase 2 LF, debe tener en cuenta en forma igual y en una relación de equilibrio, los intereses del propietario, dignos de ser protegidos y los intereses del bien común. Para tales efectos él debe tener en cuenta todas las otras normas constitucionales; y se encuentra sujeto de manera especial a los principios de la proporcionalidad y de la igualdad consagrados en el art. 3 num. 1 LF. El bienestar de la comunidad no es solo el fundamento, sino también el límite para las cargas que se le imponen a la propiedad. Las restricciones a los derechos del propietario no pueden ir más allá de alcanzar la protección, a la que sirve la regla. El núcleo de la garantía de la propiedad no puede quedar socavado. Dentro de este se encuentran la utilidad privada, así como la adscripción del objeto de la propiedad a un portador de derechos, que fundamenta

3. La propiedad de la tierra, y el surgimiento en su momento del Derecho agrario, es una buena manifestación de la función social de los derechos, pues la tierra constituye la forma de vida del productor, el centro de su vida, la base productiva de la alimentación de todos los seres humanos, el respeto por la naturaleza y el medio ambiente²²; en fin, existe una conjunción particularmente relevante entre el disfrute individual y el social²³.

La propiedad ha dejado de ser el reino de la voluntad del dueño, y hoy se protege también la función social que irradia en la colectividad, por lo cual se tutelan intereses tan relevantes como el aumento de la productividad, la generación de riqueza, la protección del medio ambiente, entre otros intereses generales, colectivos y sociales²⁴. En suma, la propiedad agraria implica

la iniciativa para el uso, como también el derecho fundamental de disponer del bien objeto de la propiedad (...) Las competencias reglamentarias del legislador se encuentran sometidas a diversas restricciones. En tanto que la propiedad asegura la libertad personal del particular en el ámbito patrimonial, goza de una especial protección (...). Por el contrario, la libertad para reglamentar que tiene el legislador será tan grande, como sea la función social de la propiedad; en ese punto tiene un significado decisivo su característica y función (...). Las limitaciones a los derechos de propiedad como emanación de la función social de la propiedad (art. 14 num. 2 LF), se deben soportar en ese marco en principio, sin ninguna indemnización. Si el legislador, en la determinación del contenido y límites de la propiedad, traspasa los límites ya señalados, entonces la reglamentación legal no tendrá efecto (...), las restricciones o cargas que se apoyan en esta son ilegales y pueden ser contrarrestadas por la vía de la protección primaria del derecho. Con base en la Constitución no se genera el derecho a una indemnización»: J. SCHWABE (Comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia...*, cit., pp. 317-318.

²² «La función social de la propiedad agraria en América Latina tiene como fundamento el hecho de que los bienes agrarios, por su naturaleza de bienes productivos, deben ser adecuadamente explotados. En virtud de este principio la propiedad pasa a definirse como activa y la producción o productividad de la tierra se impulsan mediante los siguientes requisitos: el deber de cultivación de todas aquellas fincas rústicas con capacidad productiva, el deber de cultivación o conducción directa de la empresa agraria, la prioridad de uso agrícola de la tierra cultivable y los criterios de eficiencia y racionalidad. Con ello se busca superar la idea de la propiedad privada concebida como mercancía, convertida en capital productor de renta, tendiente a la mera especulación para tomar una nueva concepción considerando el rendimiento de ella con vista a la productividad»: A. CARROZZA y R. ZELEDÓN ZELEDÓN, *Teoría general e institutos de derecho agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 191.

²³ «El derecho agrario comparecerá como una nueva rama del ordenamiento jurídico a comienzos del siglo XX en estrecha conexión con la cuestión agraria. El derecho agrario es una creación histórica-social por parte de los juristas en un momento en el que el desarrollo de la agricultura presentaba particulares problemas de articulación con los principios de orden del sistema jurídico-político. Sobre todo en aquellos países que presentaban una desigual distribución de la propiedad de la tierra. En general, en todos aquellos países en los que se pretende mejorar la productividad agraria al mismo tiempo que gobernar el éxodo rural»: J.A. NAVARRO FERNÁNDEZ, *Introducción al derecho agrario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 24.

²⁴ La razón de ser de la propiedad, basada en la función social que cumple, y no en el mero voluntarismo, ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional: «12. El Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la

«aprovechar el bien de manera socialmente útil, promoviendo el disfrute económico. Tal es el alcance técnico-jurídico de la fórmula constitucional»²⁵.

En efecto, nadie duda que el derecho agrario ha introducido profundas modificaciones en el derecho civil, anclado en el individualismo y en los códigos liberales, por lo cual la propiedad, la posesión, la sucesión, los contratos, comenzaron hace buen tiempo a ser revalorados bajo la perspectiva de la igualdad sustancial, la protección de la parte débil (productor agrario), la función social de las instituciones privadas y, en general, tal influencia demuestra que el derecho agrario encarna la nueva visión del Derecho, enlazado con la persona, y con mira en el bien común, por lo cual, se incardina con el tema universal de los derechos humanos.

Las reformas agrarias, con toda la polémica que produjeron en su momento, constituyeron el mecanismo político y jurídico – bueno o malo, pero no es el momento de analizarlo – destinado para redistribuir la propiedad en caso de graves problemas sociales de concentración de la tierra, explotación laboral, relaciones de servidumbre en el campo y postración económica. Este es un caso radical de “cirugía” frente a situaciones extremas, y en el que se aplica «el derecho humano a la propiedad», entendido no como el derecho del propietario, sino el del sujeto que tiene la legítima expectativa de convertirse en propietario²⁶. Por supuesto que caben medi-

libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no solo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común, y dentro de los límites de la ley. La seguridad e igualdad jurídicas requieren de una estructura económica adecuada que haga posible estos principios. La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social. La exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y constitucional de derecho (artículo 43° de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su *ratio* fundamental»: Sentencia de 11 de noviembre de 2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por R. Nesta Brero, en representación de más de 5,000 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001; f.j. 26°).

²⁵ J. BARNÉS VÁSQUEZ, *La propiedad agraria...*, cit., p. 277.

²⁶ «Con la promulgación de las leyes de reforma agraria en casi todo el continente, en el siglo pasado, se amplía considerablemente el contenido del derecho agrario y además se individualiza de manera clara la propiedad como instituto típico del derecho agrario latinoamericano, porque toda la atención se centra en la propiedad y no en la empresa. Se pretende crear muchos propietarios, no necesariamente se pensó en constituir empresas bajo el poder de los empresarios. Es el momento cumbre de la humanización de la propiedad agraria en cuanto se convierte en instrumento de producción para ser otorgada a quienes carezcan de

das menos traumáticas, como la imposición de límites a la tierra, con el fin de evitar preventivamente la concentración, tal como lo establece el art. 88° de la Constitución, pero que no ha sido objeto de una norma de desarrollo.

La diferencia entre el suelo urbano y rural es de esencia, como lo reconoce el art. 88° de la Constitución en cuanto señala que la actividad agraria – que incluye los bienes destinados para tal fin²⁷ – tiene el apoyo preferente del Estado²⁸.

4. La normativa agraria es profusa, y regula temas tan diversos como la propiedad agraria, la sanidad alimentaria, las semillas y los animales, las aguas, los recursos forestales, el trabajo en el campo, el crédito agrícola, las experiencias asociativas y cooperativas, la agroindustria, entre otras actividades conexas y derivadas de la agricultura, y últimamente se incluye en su estudio los peligros derivados de los alimentos transgénicos, esto es, producidos por virtud de organismos genéticamente modificados. Todo ello conforma, sin duda, una disciplina jurídica con rasgos de especialidad²⁹, máxime si el derecho agrario de la actualidad no se circunscribe a la tierra o los medios de producción³⁰, sino a la empresa agraria. Empero, siempre mantiene relevancia las cuestiones referentes a su activo o recurso esencial.

bienes suficientes para incorporarse a la sociedad en forma digna. Llegó a constituir dentro de los procesos de reforma agraria una verdadera bandera reivindicatoria pues políticamente se explicaba en el sistema de destruir el latifundio improductivo para convertir a grandes sectores de la población en propietarios»: R. ZELEDÓN ZELEDÓN, *Sistemática del Derecho Agrario*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 254.

²⁷ «La Constitución vigente utiliza el vocablo ‘tierras’ en el sentido de suelo productivo (artículo 88°)»: G. FIGALLO ADRIANZÉN, «Los bienes agrarios y sus clases con especial referencia a los recursos renovables», en *Revista de Derecho Vox Juris*, USMP, N° 7, Lima, 1997, p. 72.

²⁸ No obstante, el art. 156° de la Constitución de 1979 tenía un tono más imperativo cuando declaraba que «El Estado otorga prioridad absoluta al desarrollo integral del sector agrario». Sobre el particular, puede verse: G. FIGALLO ADRIANZÉN, *Comentario al art. 88*, en Vv.AA., *La Constitución Comentada*, Gaceta Jurídica, 2° edición, Lima, 2013, tomo II, pp. 440-442.

²⁹ «(El) Derecho agrario se orienta a individualizar la actividad agraria en cuanto en ella se encuentra presente un ciclo biológico, donde opera la cría de animales y el cultivo de vegetales, haciendo uso de los recursos naturales sea previa una o múltiples transformaciones. Por ello el ambiente, los recursos naturales, y el equilibrio ecológico, constituyen elementos intrínsecos del agrario»: ZELEDÓN ZELEDÓN, *Sistemática...*, cit., p. 190.

³⁰ «En efecto, el primer bloque está formado por el régimen del suelo rústico, el derecho de dominio y otros derechos reales, en especial, los retractos. A ello se añaden las clásicas instituciones de la reforma y el desarrollo agrario, entre las que son de gran actualidad la unidad mínima de cultivo, la concentración parcelaria y los Fondos de Tierras. Este bloque comprende, además, las normas relativas a la empresa agraria y sus modalidades, la explotación agrícola y la explotación prioritaria, así como los agricultores jóvenes, la sociedad civil, en especial, la sociedad agraria de transformación y las cooperativas agrarias. En fin,

En efecto, las características generales del suelo agrario se materializan en regulaciones normativas específicas que se inspiran en la función social de la propiedad.

4.1 El suelo agrario, por la función social tan acentuada en la que está inmerso, se encuentra sometido a especiales deberes de conservación, y limitaciones, en cuanto a la explotación racional y ecológica de la tierra³¹.

En suma, si el suelo rural está fuertemente enlazado con la función social de la propiedad, otro tanto ocurre con el suelo urbano, que también está sujeto a crecientes restricciones y deberes con el fin de asegurar un mínimo de calidad de vida en la ciudad, por lo que también se encuentra intervenida para armonizar el ejercicio del disfrute individual con el bien común. En uno y otro caso, sin embargo, las abundantes limitaciones son de diferente signo³².

caben aquí las normas concernientes al uso del agua, los montes y pastos, la agricultura de montaña, la reforestación y el medio ambiente. El segundo bloque gira en torno a los contratos agrarios, tanto los que permiten constituir y ejercer la empresa agraria como las figuras que surgen con ocasión de la misma y la comercialización de los productos agrarios. Así, junto al arrendamiento rústico (...), tenemos las diversas modalidades de aparcería; a estos contratos hay que añadir los de crédito y seguros agrarios, así como las denominaciones de origen, las referencias de calidad y los derechos sobre las obtenciones vegetales. Por último, la comercialización se articula por la contratación de los productos agrarios, los acuerdos interprofesionales y los contratos de integración, así como por la responsabilidad por el consumo de alimentos defectuosos y la seguridad alimentaria. En fin, el último bloque es el más heterogéneo y evolutivo pues comprende las principales vertientes y transformaciones del Derecho comunitario y su financiación, la absorción de las distintas ayudas previstas por las organizaciones comunes de mercado (OCM) en el pago único por explotación, la panoplia de ayudas contempladas por el desarrollo rural sostenible y su posible modulación, y la actuación de las diversas administraciones públicas»: C. VATTIER FUENZALIDA y I. ESPÍN ALBA, *Derecho Agrario*, Editorial Reus, Madrid, 2005, p. 15.

³¹ «Un aspecto fundamental en el examen de la política de suelos es el de su conservación, o sea, el mantenimiento de su calidad natural. La tierra, como hemos visto, constituye una superficie limitada que debe ser conservada y protegida de la acción degradante del medio y de los agentes naturales que la deterioran o inutilizan. La protección tiene especial importancia en el caso de la erosión, agotamiento, degradación, decapitación y anegamiento, que afectan o destruyen su capacidad productiva. La lucha contra la erosión constituye el principal problema que afrontan los servicios de conservación de los suelos, especialmente en los países en desarrollo. La erosión es la pérdida o disminución de las partículas finas del suelo por la acción de los vientos o de las aguas, que anulan o reducen su capacidad productiva. Este proceso de destrucción del suelo se realiza en forma gradual y a veces imperceptible para el hombre»: E.F. CATALANO, *Teoría general de los recursos naturales*, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1977, pp. 31-32.

³² La normativa urbanística es también compleja y de detalle, en la que se ordena el territorio en forma económica, social y ecológicamente sostenible, con el fin de lograr que el ser humano se encuentre rodeado de un hábitat con calidad de vida. Aquí se agrupan materias, tales como el urbanismo, la planificación urbana, la zonificación, la urbanización y edificación, la reordenación del espacio, la renovación urbana, la expropiación, la función

El primer deber para el propietario de la tierra es mantener el uso agrario para destinarlo a las obligaciones de cultivar y producir, dentro de los márgenes propios de la explotación sustentable y ecológica del recurso³³. La tierra es un bien que tiene un especial vínculo con la actividad productiva, pues se persigue aumentar la riqueza en beneficio individual y social³⁴. *El principio de protección del suelo agrario* es una consecuencia directa del art. 88° de la Constitución³⁵, con lo cual se busca promover el desarrollo del sector y, de esa forma, evitar el abandono de la tierra³⁶. «El redescubrimiento de las tierras como recurso primario también limitado y en cierta forma irreproducible, justifica las preocupaciones por buscar con la ayuda de la programación y la planificación su uso más cauto posible por su propietario en su beneficio y el de la Nación»³⁷.

El Tribunal Constitucional ha señalado con claridad que el deber del propietario es explotar el bien conforme a su naturaleza, lo que resulta especialmente relevante en el caso de la tierra por su carácter de recurso natural: «El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. *Así en la propiedad no solo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues solo de esa manera estará garantizado el bien común.* Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía» (STC N° 0008-2003-AI/TC, f.j. 26°).

social del suelo urbano, la vivienda y los barrios, los regímenes de propiedad en comunidades inmobiliarias, entre otros.

³³ A.M. COSSIALS UBACH, *Régimen jurídico de la propiedad agraria sujeta a la nueva PAC*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, p. 82.

³⁴ A. GERMANO, *Manuale di diritto agrario*, Giappichelli Editore, 7° edición, Turín, 2010, p. 52.

³⁵ «El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta».

³⁶ NAVARRO FERNÁNDEZ, *Introducción...*, cit., p. 62.

³⁷ FIGALLO ADRIANZÉN, *Los bienes agrarios...*, cit., p. 72.

En consecuencia, una grave infracción a la función social de la propiedad se configura al modificar el uso del suelo agrario sin autorización alguna, y con ello destinarlo a la edificación de viviendas, lo que implica un ataque a la preferencia establecida por la Constitución a favor del sector agrario, pues disminuye la productividad del campo. El *principio de protección de la tierra* se funda no solo en la necesidad de tutela de las personas que se dedican a dicha actividad y de la producción, sino además en la exigencia de cuidar los recursos naturales y el medio ambiente.

No obstante, el art. 7° del D. Leg. 653 («La propiedad agraria, cualquiera sea su origen, *puede ser libremente transferida a terceros*»), puede originar perplejidad luego de una lectura descuidada, en cuanto dicha norma ha pretendido utilizarse como justificación de que el propietario de la tierra puede cambiar a discreción su destino o función natural. Sobre el particular, debe indicarse que el art. 7° se limita a autorizar la venta total o parcial de la parcela a favor de terceros, pero en ningún momento justifica que se incumpla la obligación de mantener el uso agrario del predio, conforme aparece de la misma norma cuando se refiere exclusivamente a «la propiedad agraria», por lo que esta ley regula la situación del predio mientras se mantenga en dicho uso; lo que es concordante con la Constitución de 1993 en cuanto el desarrollo agrario es prioridad del Estado (art. 88°) y la propiedad se ejerce con sujeción al bien común (art. 70°), sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial, ya citada, del Tribunal Constitucional (STC N° 0008-2003-AI/TC, f.j. 26°). En buena cuenta, una cosa es tener permiso para vender, y otra muy distinta es tener permiso para que el predio agrario deje de serlo. *El art. 7° autoriza lo primero, pero no lo segundo.*

4.2 Las interferencias del legislador sobre la propiedad, fundadas en la cláusula del bien común, no pueden ser arbitrarias ni originadas en el mero voluntarismo de la autoridad; por tanto, se necesita que *las medidas de intervención sean proporcionales y razonables* (criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante, Corte IDH – en el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador), esto es, que intervención estatal cumpla los siguientes requerimientos: *i*) fundarse en el interés social (para la Constitución Peruana tendría que fundamentarse en el bien común); *ii*) necesaria para el logro de dicha finalidad y, *iii*) el costo de su imposición sea menor o igual al beneficio³⁸.

³⁸ «Cuanto más sensible sea la intrusión de una norma en la posición jurídica del indi-

Entre las limitaciones que puede establecer el legislador o la administración pública, con sustento en la ley, se encuentran las llamadas «cláusulas o condiciones de reversión», lo que ocurre cuando el Estado transfiere o adjudica predios urbanos, rústicos o eriazos, pero con la finalidad de tutelar intereses generales, tales como el fomento de la producción agraria, la conservación del medio ambiente, la recuperación de calidad de vida en la ciudad, etc. En tal contexto, es irrelevante si el adquirente ha cancelado la contraprestación o el precio de la adjudicación, pues en realidad la finalidad del Estado no es tanto satisfacer el crédito pecuniario, que, por lo demás, muchas veces se trata de un valor reducido o arancelario, sino la protección concreta y específica de algún interés general que se incardina dentro de la función social de la propiedad.

Por tal razón, es discutible el argumento expresado por el Tribunal Constitucional, en la reciente STC N° 04486-2013-PA/TC, de 20 de junio 2014, cuando sostiene que: «en los casos en los que el vendedor es el Estado y ya se ha producido la cancelación del precio respectivo, invocar el incumplimiento de cláusulas para obtener la reversión de un predio puede dar lugar a una privación arbitraria del derecho de propiedad» (f.j. 7°). Esta afirmación debe tomarse con mucho cuidado, pues de generalizarse tal conclusión, entonces se llegaría a igualar dos figuras radicalmente diversas, como la compraventa civil y la adjudicación administrativa, pues mientras la primera constituye un simple intercambio patrimonial individualista entre cosa y precio, en donde la principal obligación del comprador es el pago del precio (art. 1529 del Código Civil³⁹); en cambio, la segunda tiene un propósito más complejo, que excede lo privado, y que se sustenta nada menos que en el bien común. El precio es probablemente uno de los elementos menos importantes de la adjudicación, por lo que es impensable que lo accesorio salve o convalide la relación jurídica principal, esto es, que el simple pago de la contraprestación permita desnaturalizar la finalidad de bien común que constituye la base del acto de adjudicación.

Las cláusulas de reversión, que se sustentan en la función social de la propiedad, son perfectamente legítimas en cuanto tienen asiento directo en la Constitución, y producen, luego de su activación, el cese de efectos de la adjudicación. Por el contrario, si la reversión tiene motivaciones fútiles,

viduo, más relevantes deberán ser los intereses de la comunidad que se hallan en colisión con ella»: REY MARTÍNEZ, *La propiedad privada...*, cit., p. 374.

³⁹ «Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero».

antojadizas o de carácter privado, entonces, y solo en ese caso, podría admitirse que se tienen restricciones arbitrarias en agravio de la propiedad.

En tal sentido, y según el modo mío de ver las cosas, la citada sentencia del Tribunal no debe entenderse como creadora de una regla jurisprudencial inflexible, sino como un llamado de atención a la posibilidad que detrás de las cláusulas de reversión se escondan limitaciones carentes de seriedad o funcionalidad social. Una situación análoga se produciría en la contratación privada, *mutatis mutandis*, si es que se liberalizase las restricciones voluntarias de disfrute del propietario, en el sentido de autorizar condiciones, tales como: «la casa solo pueden ocuparla dos personas», «la habitación siempre quedará vacía», «la pared debe pintarse exclusivamente de color verde», «el inmueble solo puede transferirse por sucesión hereditaria, no por venta», «el predio puede venderse, pero entre familiares», etc. Nótese que todas estas son restricciones a la propiedad, nacidas por pacto, son obviamente inadmisibles, pues tienen el defecto grave de limitar la libre transferibilidad de los bienes, que es un principio fundamental, no solo de la propiedad, sino de la cláusula constitucional de economía social de mercado, pero sin ningún principio relevante que justifique la restricción, salvo el mero capricho. Esto mismo podría ocurrir con la reversión fundada en motivaciones superfluas o meramente privadas.

La STC agrega que: «(se) imputa a la demandante el incumplimiento de dos cláusulas conforme a las que procede la resolución y reversión del contrato, esto es, el no pago de 3 cuotas consecutivas, así como el incumplimiento de la conclusión de las obras de habilitación del parque durante un plazo de cuatro años; incumplimiento que según el mismo documento puede servir de sustento para la resolución del contrato de compraventa, así como para la reversión, la que de comprobarse se formalizaría a través del Concejo Municipal y la Alcaldía, razón por la que otorgan a la demandante el plazo de 7 días hábiles para que haga sus descargos» (f. j. 3^o)⁴⁰, por tanto, si en este caso se supone que el precio había sido cancelado (f.j. 7^o),

⁴⁰ No obstante, llama la atención que el nuevo Tribunal insista en el mismo error cometido muchas veces en el pasado, y que no es otro que aprovechar resoluciones meramente inhibitorias, como las de improcedencia, para fijar una línea jurisprudencial sobre temas de fondo. En efecto, en el presente caso, luego de esbozarse algunas ideas sobre el derecho de propiedad, la libertad de contratación y las cláusulas de reversión, sin embargo, el Tribunal termina derivando la decisión al juez ordinario, al declarar la improcedencia de la demanda (f.j. 8^o). Una correcta técnica jurisprudencial exige que los fundamentos sustanciales se expresen en decisiones de mérito, pues, en caso contrario, las afirmaciones de la sentencia bien podrían entenderse como meras reflexiones, lo que se nota en este caso con el uso del condicional o del futuro.

entonces queda la duda si la falta de habilitación de un parque en el plazo de cuatro años es motivo suficiente para decretar la reversión. Una apreciación preliminar de las cosas llevaría a suponer que la cláusula tiene sustento legítimo, pues la adjudicación se habría realizado con fines de urbanización, pero con la expresa carga de construir áreas públicas; y si tal deber tiene relevancia sustancial dentro del contexto del acto de transferencia, entonces quedaría en evidencia que el pago del precio es una obligación accesoria. Por ejemplo, si el terreno se entrega con la carga de levantar un parque sobre la mayor parte de su extensión, entonces se trataría claramente de la obligación principal del adjudicatario, fundado en el interés general de mejorar la calidad ambiental de la ciudad. Por el contrario, si la habilitación de áreas públicas es de mínima magnitud, entonces si bien la función social hace igualmente legítima la cláusula, sin embargo, podría impugnársele como contraria al principio de proporcionalidad, pues no parece razonable que el incumplimiento de un deber meramente secundario traiga como consecuencia la reversión.

4.2-*bis* El Decreto Ley 22175 (publicado: 10 de mayo de 1978) «tiene como finalidad establecer una estructura agraria que contribuya el desarrollo integral de las regiones de la Selva y Ceja de la Selva, a fin de que su población alcance niveles de vida compatibles con la dignidad de la persona humana» (art. 1º), y en el cual se regula básicamente el régimen jurídico de las comunidades nativas y de las tierras en las regiones de Selva y Ceja de Selva. Esta norma se encuentra aún vigente, pues si bien es cierto que el Decreto Legislativo 653 (publicado: 1 de agosto de 1991) contiene un título sobre «tierras de Selva y Ceja de Selva», sin embargo, la regulación del tema en dicha norma es fragmentaria y parcial, por lo que no produjo la derogación tácita de la normativa anterior, de carácter completa e integral⁴¹.

Un par de ejemplos bastará para comprobar esta conclusión. Primero, el D. Leg. 653 regula las adjudicaciones en proyectos de asentamiento rural, en áreas no priorizadas o en proyectos de interés nacional o regional (arts. 43º a 49º), pero no define qué significan estas figuras, por lo que es necesario acudir al D. Ley 22175 para encontrar las definiciones. Segundo, el D. Leg. 653 señala que las tierras de la zona de Selva y Ceja de Selva se adjudicarán a título oneroso (art. 41º), pero no indica cuándo esas tierras

⁴¹ El sistema oficial peruano de información de la normativa jurídica (SPJ), arroja como resultado, luego de la consulta, que el D. Ley 22175 se encuentra vigente, lo que se reafirma con los argumentos de fondo que se exponen en el texto principal.

son del Estado y susceptibles de adjudicarse, lo que requiere complementarse con el D. Ley 22175 (art. 32°).

En conclusión, el D. Ley 22175 se encuentra en vigor, con la obvia salvedad de las normas que sean incompatibles con el nuevo régimen agrario previsto en el D. Leg. 653 y otras normas posteriores. Por tanto, los títulos de adjudicación otorgados por mérito del D. Ley 22175, específicamente los derechos y obligaciones de las partes (Estado y adjudicatario-demandante), se rigen por la norma aún vigente⁴².

En tal caso, la adjudicación de tierras realizada al amparo del art. 43° del Decreto Ley 22175, luego modificado por el art. 64° del Decreto Legislativo 02, quedó sometida a específicas condiciones: *i) Trabajar la tierra en forma directa; ii) No abandonar la unidad agrícola; iii) No ceder el uso total o parcial de la unidad adjudicada; iv) Residir en el predio, en lugar vecino a este o en la capital de la provincia más cercana; v) No vender, gravar o transferir total o parcialmente por cualquier título sus derechos sobre la unidad adjudicada sin autorización de la Dirección Regional; vi) No parcelar las tierras que se adjudican; vii) Acatar los planes de concentración parcelaria y de reordenamiento rural; viii) Preservar en estado natural cultivos, pastos y tierras de protección; ix) Conservar y mantener las servidumbres de paso y riego.*

En tal sentido, el art. 50° del D. Ley 22175 estableció que las causales de rescisión son las previstas en los arts. 59° y 66°, entre las que se encuentra nuevamente, por virtud de la remisión, «el incumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato de adjudicación»⁴³.

⁴² Por lo demás, aun cuando el D. Ley 22175 hubiese quedado derogado, sin embargo, igual sería de aplicación ultra-activa al presente caso, por virtud del principio general contenido en el art. 2120 del Código Civil, por el cual las figuras jurídicas que no se regulan en la nueva ley, empero, se rigen por la norma antigua, que para estos fines mantiene vigencia. En este caso, el D. Leg. 653 no regula ya las adjudicaciones gratuitas de tierras en zona de Selva y Ceja de Selva, lo que sí hacía el art. 43° del D. Ley 22175, por lo que este complejo normativo debía seguir aplicándose: «Nuestro ordenamiento jurídico adopta la teoría de los hechos consumados como principio que fundamenta la irretroactividad (art. III del T.P. y art. 2121), pero ello no significa, como en todo el Derecho, que no se presenten excepciones de aplicación de la tesis de los derechos adquiridos para sustentar la irretroactividad. Así, el artículo 2120 del Código Civil prescribe: se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca. Esta norma es transcripción del artículo 1826 del Código de 1936, cuyo fin es reglar asuntos tratados en la legislación anterior, pero no en la nueva, como por ej., los censos consignativo, reservativo y enfiteúutico reconocidos en el Código de 1852, pero que han desaparecido en la legislación de 1936 y en la vigente de 1984»: A. TORRES VÁSQUEZ, *Comentario al art. 103°*, en Vv.AA., *La Constitución Comentada*, 2° edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, tomo II, p. 685.

⁴³ El art. 50° del D. Ley 22175, que regula las adjudicaciones generales a título gratuito a favor de personas naturales, señala que las causales de rescisión están previstas en los arts. 59° y 66°. Esta última norma solo establece dos causales: *a) las mismas del art. 59°, y b)*

Mucho tiempo después se dicta la Ley 28259 (publicada: 26 de junio de 2004), cuyo objeto es «revertir a favor del Estado los predios rústicos declarados en abandono o que no hayan cumplido los fines para los que fueron otorgados en adjudicación gratuita y revertirlos al patrimonio del Estado para su posterior adjudicación a título oneroso» (art. 1º), y luego se precisa en el reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 035-2004-AG que los predios rústicos abandonados «son los que han dejado de ser explotados durante tres años consecutivos» y el incumplimiento de los fines, «se refiere al incumplimiento de las condiciones establecidas en el respectivo contrato de adjudicación, específicamente en lo referente a la utilización ilegal del predio con fines urbanos» (art. 4º).

En tal contexto, los propietarios que recibieron tierras por adjudicación estatal en mérito al D. Ley 22175 tienen el deber de trabajar y cultivar la tierra (arts. 59º y 66º), bajo sanción de rescisión; por tanto, *la Ley 28259, que se limita a repetir las causas de reversión o rescisión ya previstas en la norma anterior*, no constituye una regulación nueva y diferente a la legislación previa. Por ejemplo, si un propietario no hubiese cumplido su obligación de producción agraria, por ejemplo en los años 1997 y 1998, entonces la causa de rescisión o reversión quedaría consumada por el D. Ley 22175 (norma 1), mientras que la Ley 28259 (norma 2), que se limita a reiterar las mismas causales, no puede considerarse una regulación nueva frente a la anterior, pues no creó distintas hipótesis de rescisión. En tal sentido, si la norma 1 y la 2 dicen sustancialmente lo mismo, entonces no hay retroactividad alguna, pues no existe conflicto, sino continuidad, por tanto, si la administración aplica una u otra disposición normativa es superflua, en tanto la consecuencia será idéntica: la rescisión o reversión del acto de adjudicación, sea con el D. Ley 22175 o con su reiteración, la Ley 28259.

La única modificación efectiva que produce la norma 2 (Ley 28259), en relación con la norma 1 (D. Ley 22175), se concentra en las normas de procedimiento para declarar la reversión, que es mucho más garantista y

«en el caso de adjudicación a personas jurídicas, por el incumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato de adjudicación». Pues bien, para que el art. 50º tenga sentido, entonces la causa rescisoria prevista en el art. 66-*b*) debe aplicarse a las adjudicaciones generales de personas naturales, y no solo a las de personas jurídicas, pues lo contrario implicaría que solo se aplicase el 66 inciso *a*), por lo que no habría razón justificativa de una remisión legislativa dirigida a dos artículos: 59º y 66º, cuando bastaría hacerlo solo al primero de ellos (pues el 66 inciso *a*, repite el 59). Por tanto, el art. 50º debe entenderse, por efecto de una interpretación sistemática de las normas, en el sentido que tratándose de adjudicaciones generales entonces se aplican las causales de rescisión del art. 66º, sin salvedades ni restricciones respecto al tipo de persona.

adecuada a los cánones del debido proceso según la Constitución de 1993, pero es bien conocido que las disposiciones procesales son de aplicación inmediata⁴⁴, sin que ello implique retroactividad alguna, pues no existen «derechos adquiridos respecto a un determinado procedimiento». En efecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que los hechos anteriores a la ley procesal pueden ser juzgados por el nuevo procedimiento, pues obviamente los actos procesales se rige por las normas vigentes al momento de su realización (STC N° 1300-2002-HC/TC, f.j. 9°): «en el derecho procesal, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no solo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que estos se producen».

Por tanto, no hay justificación válida para el incumplimiento de las condiciones del acto de adjudicación, especialmente el desprecio por el uso agrario, que es nada menos que la finalidad esencial del acto o contrato, conforme lo prevé el propio art. 47° del D. Leg. 653 que permite la resolución de las adjudicaciones en zonas de Selva y Ceja de Selva por incumplimiento de las condiciones, y la primera de ella es mantener el destino agrario. Por tanto, si el art. 7° permite la libre venta de predios, pero el art. 47° de la misma norma sanciona la resolución de la adjudicación cuando se infringe el uso agrario, entonces queda demostrado que el D. Leg. 653 permite vender, pero no cambiar el uso del predio, máxime si se trata de la finalidad esencial del acto o contrato⁴⁵. En efecto, si la adjudicación no tuviese como objeto la explotación agrícola, entonces, no habría justificación racional («causa») para que el Estado conceda gratuitamente tierra pública.

La posterior Ley 26505 (publicada: 18 de julio de 1995) establece «*principios generales* necesarios para promover la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas», por lo que no regula las

⁴⁴ «La acción y la relación procesal no pueden regularse sino por la ley procesal del tiempo (y del lugar) durante el cual se instruye el proceso»: G. CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Valleta Ediciones, Buenos Aires 2005, traducción de E.G. Orbaneja y R. Greco, volumen I, p. 97.

⁴⁵ En precisos términos: «la causa en concreto es razón que concretamente justifica el particular contrato en análisis. (...) Entonces, la causa es la razón o justificación jurídica del contrato en concreto o la razón de ser de la operación valorada en su individualidad o singularidad»: R. MORALES HERVIAS, *Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del Civil Law*, en Vv.AA., *Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, Palestra Editores, Lima, 2009, p. 152.

especialidades de las zonas en Selva y Ceja de Selva, que sigue rigiéndose por el D. Ley 22175. La misma Ley 26505 señala que: «Las garantías previstas en los artículos 70° y 88° de la Constitución Política significan que por ningún motivo se podrán imponer limitaciones o restricciones a la propiedad de las tierras distintas a las establecidas en el texto de la presente Ley» (art. 3°), pero ello no implica derogar las condiciones y cláusulas del acto de adjudicación, pues se trata de cuestiones diferentes⁴⁶. En efecto, los límites de la propiedad son restricciones en el uso, disfrute y disposición que se imponen por norma jurídica, en concordancia con la cláusula constitucional de sujeción al bien común; pero una cosa distinta es la «condición de la adjudicación», *que implica el sometimiento voluntario de las partes a una determinada finalidad que justifica su existencia*. Así pues, si bien el art. 7° del D. Leg. 653 permite la libre venta de la tierra, sin embargo, nada impide que el propio adquirente someta voluntariamente el acto jurídico a una condición o al cargo.

Por tanto, todas las adjudicaciones realizadas en zonas de Selva y Ceja de Selva se encuentra sujetas al deber de trabajar y cultivar la tierra (subsistencia del destino agrario), lo que no es una simple limitación de la propiedad, sino la causa que explica el acto jurídico, pues no tendría sentido que el Estado regalase la tierra con el fin que el beneficiario, en lugar de

⁴⁶ Si bien la normativa vigente se compone por el D. Leg. 653 y la Ley 26505, sin perjuicio del D. Ley 22175, empero, hubo un breve periodo temporal en que se produjeron algunas vicisitudes que deben revisarse para establecer si ello afecta las anteriores conclusiones. Es necesario, por tanto, hacer algo de historia.

En el caso peruano, el régimen jurídico de la tierra se apartó radicalmente de las reglas del Código Civil mediante el D. Ley 17716, del año 1969, el mismo que se mantuvo en vigor hasta la aprobación del D. Leg. 653 (publicado: 1 de agosto de 1991). No obstante, esta norma no modificó toda la legislación anterior, pues se mantuvieron en vigor algunas disposiciones especiales como el D. Ley 22175 (publicado: 10 de mayo de 1978), sobre tierras en zona de Selva y Ceja de Selva. Posteriormente, la Ley 26505 (publicado: 18 de julio de 1995) aprueba una ley de tierras, pero de «principios generales» (art. 1°), por lo que subsistió el D. Leg. 653 en cuanto no haya sido modificado por la nueva norma. Tan es cierta esta conclusión que la tercera disposición final de la Ley 26821 (publicado: 26 de junio de 1997) ratifica que el D. Leg. 653 mantiene vigencia.

Sin embargo, el D. Leg. 1064 (publicado: 28 junio 2008) incluyó la disposición única complementaria y derogatoria: «Deróguense los Títulos I, II, III y IV y la séptima disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 653, la Ley 26505 (...)», pero no llegó a entrar en vigencia, pues su única disposición complementaria y transitoria supeditó los efectos a la aprobación de su reglamento, lo que no ocurrió. Luego, la Ley 29376 (publicado: 11 de junio de 2009) suspendió la eficacia del D. Leg. 1064, y paralelamente restituyó el texto de la Ley 26505 y del D. Leg. 653. Finalmente la Ley 29382 (publicado: 19 de junio de 2009) derogó el D. Leg. 1064, que en la práctica nunca rigió.

En consecuencia, este sainete normativo no alteró la vigencia de la Ley 26505 y el D. Leg. 653.

invertir en la actividad agrícola, se limite a vender lotes mediante un tizado artificial, sin licencias ni habilitación. En tal sentido, si el adjudicatario no mantuvo el destino agrícola del predio por haberlo transferido con fines urbanos, entonces se incumplió las condiciones expresas del acto de adjudicación, por lo que se produjo la causal de rescisión o reversión. En este punto es necesario recordar que los arts. 70° y 88° de la Constitución constituyen sustento suficiente para la citada reversión, pues la propiedad dejó de ser hace mucho tiempo el reino del individualismo para efectos de someterse a los cánones del bien común, que en este caso implica mantener el uso agrario de las fincas adjudicadas conforme la prioridad que tiene dicha actividad. Por tal motivo, el beneficiario de un bien estatal por efecto de una adjudicación gratuita, e incluso onerosa, se encuentra obligado a cumplir las condiciones para evitar el lucro indebido que surgiría como consecuencia de recibir bienes públicos sin contraprestación para luego desviar la finalidad establecida en la propia adjudicación.

Si los adjudicatarios quieren lucrar mediante la lotización y urbanización informal, sin contar con las autorizaciones o licencias, entonces deberá comprarlo con su dinero a valor de mercado, y en condiciones de igualdad como una subasta pública, pero lo que no puede aceptarse es que se pida tierras gratuitas al Estado con la promesa de «trabajar la tierra en forma directa», para luego incumplir y aprovecharse de la necesidad de vivienda de los peruanos mediante la venta de lotes supuestamente saneados. El lucro urbanístico se justifica cuando la adquisición se hizo sin condiciones, a título oneroso, por obra de un acto absolutamente voluntario, pero no cuando se trata de un recurso nacional como la tierra, que en este caso fue adjudicado gratuitamente porque se buscaba cumplir un fin socialmente relevante: aumentar la frontera agrícola y la productividad nacional. En suma, nada justifica el fácil traslado de la plusvalía por el simple hecho de instalar una oficina para vender lotes.

Por otro lado, tampoco hay infracción del derecho a la intangibilidad de los contratos (art. 62° de la Constitución⁴⁷) – como a veces se invoca en forma despreocupada en estos casos –, pues tal garantía implica que las cláusulas no puedan modificarse por las leyes posteriores a la celebración del contrato, sin embargo, en estos casos, se pretende contradictoriamente

⁴⁷ «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)».

salirse de los márgenes del contrato a efecto que su incumplimiento no produzca la cesación del acto. Por tanto, con la aplicación estricta del art. 62 resulta que el demandante debe sufrir la reversión, pues simplemente no cumplió las condiciones del acto de adjudicación, en específico, mantener el destino agrario del predio⁴⁸.

4.3 En segundo lugar, la posesión agraria se convierte en *ad usucapionem* cuando el sujeto realiza hechos o actos de contenido productivo sobre la finca que denotan la intención de comportarse como propietario⁴⁹. Sin el requisito del disfrute, el poseedor no puede enrumbarse hacia la usucapión, lo que constituye una diferencia sustancial con la posesión civil de predios urbanos, en los que basta el control sobre el bien para alcanzar la prescripción adquisitiva, aun cuando se encuentre desprovisto de connotación económica o de trabajo (art. 896 del Código Civil⁵⁰). En consecuencia, la posesión agraria destinada a la usucapión requiere la *explotación económica del bien*, según el vigente D. Leg. 1089, que reitera el criterio tradicional seguido desde el D. Ley N° 17716, de Reforma Agraria, dictado en el año 1969. La necesidad de actos productivos directos se origina en la premisa de que el predio rural es un bien de producción (*fundus instructus*)⁵¹, y que ello ocasiona un beneficio general a la sociedad.

Por otro lado, el plazo de la usucapión de predios rurales se ha establecido en cinco años, por virtud del D. Leg. 653, que mantiene así otra tradición histórica de nuestro derecho agrario, que se inició con el ya citado D. Ley 17716. Este plazo se aplica, tanto a la usucapión ordinaria, como a la extraordinaria; por el contrario, en el caso de predios urbanos, la posesión

⁴⁸ El autor de este trabajo ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en un caso resuelto como magistrado ponente, en el sentido que la reversión de tierra adjudicada en zona de Selva es legítima si es que el propietario incumplió el deber de conservar el uso agrario. Es el caso de la sentencia emanada por la Primera Sala Civil de Lima con fecha 25 de julio de 2014 (Exp. N° 10866-2009), cuyo texto completo puede consultarse en: www.gunthergonzalesb.com.

⁴⁹ Sobre la posesión puede verse nuestro trabajo: G. GONZALES BARRÓN, *Hacia una nueva definición de la posesión*, en J.M. DE LA CUESTA SÁENZ y otros (Coords.), *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, Thomson Reuters Aranzadi – Universidad de Burgos, Lima, 2013, pp. 637-655.

⁵⁰ «La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad».

⁵¹ «Como manifiesta Ballarín Marcial, la función social de la propiedad se cumple, ante todo, poniendo a la finca en situación de producir, pero, además, se requiere alcanzar ciertos índices o niveles con los cuales se llega a la adopción del principio del *buen cultivo*. De este modo la productividad agraria alcanza el rango de principio general del derecho agrario y se constituye en la meta que deben alcanzar las normas jurídico-agrarias»: F. BREBBIA y N. MALANÓS, *Derecho Agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 209.

de inmuebles se consuma solo a los diez años, salvo que se cuente con justo título y buena fe, en cuya hipótesis el lapso exigido se reduce a cinco años (art. 950 del Código Civil).

En suma, la diferencia de la prescripción civil y agraria se encuentra en el contenido económico de la posesión y en el plazo.

4.4 El art. 1599°-7 del Código Civil establece el derecho de retracto a favor del propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida (área) no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad. La unidad agraria mínima en determinadas zonas es 3 hectáreas, por tanto, si el predio colindante tiene menos de esa superficie, entonces procede el retracto; pero esa situación podría promover el latifundio a favor de los grandes predios agrícolas que tengan como vecinos a pequeños inmuebles. En consecuencia, parece lógico que se requiera conjuntamente el segundo requisito consistente en que los dos predios involucrados tampoco sumen dicha superficie. Sin embargo, el texto de la norma habla de «o», como si fuesen dos hipótesis distintas⁵². En este caso, la condición de predio agrario se determina por el uso del suelo (art. 2° de la Ley 26505), en tal sentido, una vez dilucidado ese punto, entonces recién podrá aplicarse el art. 1599°-7 del Código.

La utilidad de ese instituto de concentración parcelaria está fuera de discusión, pues combate la atomización antieconómica de la tierra, en tanto la propiedad dividida en unidades de muy pequeña extensión impide el desarrollo de un racional cultivo agrícola⁵³. Por lo demás, esta figura jurídica tiene claro sustento constitucional (art. 70°) en cuanto todos los bienes tie-

⁵² M. DE LA PUENTE Y LVALLE, *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 284, trata de explicar esta norma de la siguiente forma: «Las dos condiciones señaladas en dicho inciso deben existir, esto es, en primer lugar, no puede haber retracto si el inmueble en que incide este, excede de tres hectáreas (la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva), cualquiera que sea la extensión de la finca perteneciente al propietario colindante que retrae, y en segundo lugar, además de llenarse esta condición, es menester que sumadas las extensiones de ambos fundos no excedan de diez hectáreas (de la unidad agrícola o ganadera)». La propuesta interpretativa de dicho autor es admisible en cuanto a la necesidad de que ambos supuestos se presenten conjuntamente para habilitar el retracto, pero su exposición no dice una sola palabra respecto del uso de la partícula “o” en el texto legal; además, el mismo autor habla de una extensión de ambas fincas que no debe superar las “diez hectáreas” (*sic*); sin embargo, nadie sabe de dónde salió esa cantidad, que no consta en la norma.

⁵³ R. BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, tomo II, p. 960.

nen como finalidad asegurar el bien común; por lo que están afectados a la utilidad colectiva, en conjunción con satisfacción de la utilidad individual. La propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21°) establece que la propiedad puede limitarse por razones de interés social, siempre que emane de una ley y la justificación sea razonable en una sociedad democrática. Todas esas condiciones se cumplen en el presente caso.

No obstante, la visión civilista tradicional le formula severas críticas⁵⁴; aunque ello olvida que la Constitución reconoce otros valores como la solidaridad y el compromiso por el bien común⁵⁵. También se recurre al simple argumento positivista, pues el art. 5° del Decreto Legislativo 653 establece que el dominio se ejerce sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley y la Constitución, por tanto, según esta interpretación, el retracto entre colindante de fincas agrícolas habría quedado derogado⁵⁶. El fundamento legalista se desvanece con el art. 2° *inciso a)* del propio Decreto 653, en cuanto señala que los derechos reales sobre la tierra «se rigen por el Código Civil y las disposiciones contenidas en la presente Ley». Luego, la Ley 26505 establece en el art. 2 *in fine*, que: «El régimen jurídico de las tierras agrícolas se rige por el Código Civil y la presente Ley». Es decir, si la nor-

⁵⁴ En forma simplista se dice: «el retracto no es más que una institución que colisiona con la libertad que tienen los contratantes de elegir la persona con la cual entablarán un vínculo contractual particular – en el caso, una compraventa –, por cuanto corresponde a la ley, en último término, determinar qué sujetos prevalecen respecto a otros en una determinada relación jurídica, para formar parte de esta»: C. CARRANZA ÁLVAREZ, *Retracto de finca rústica y libre disposición de propiedad agrícola*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N° 148, Lima, enero 2011, p. 116.

⁵⁵ También se olvida de estas consideraciones, M. CASTILLO FREYRE, *Comentarios al contrato de compraventa*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 341, cuando señala que: «Independientemente de criterios de índole social al respecto, está claro que la concentración de la propiedad agrícola en pocas manos y bajo formas asociativas privadas que contribuyan a la inyección de capitales en el campo, son factores decisivos en el incremento de la producción y productividad».

No podemos compartir la idea de que el latifundio sea la solución a los problemas del agro, pues el tema agrario no se resuelve con un simple cálculo de costo-beneficio que favorece los grandes intereses de las transnacionales, pero olvida que en este ámbito se encuentra en juego la conservación de una forma de vida determinada, con su cultura, destino y fines. La cuestión no se reduce a reconvertir a agricultores propietarios por operarios de latifundios. Así, pues, con conocimiento de causa se dice que: «La tierra en América Latina está bajo asedio, entre otras razones, porque es la puerta de acceso para la explotación forestal, minera o de hidrocarburos; a ello se suma que es, también, la principal fuente de alimentos para el planeta, que hay una gran expectativa de aprovechar el incremento constante del precio de los productos agrícolas y que el mercado de insumos para agro-combustibles tiene un gran potencial»: «Latinoamérica: la tierra bajo asedio». En *La Revista Agraria*, CEPES, N° 131, Lima, julio 2011, p. 12.

⁵⁶ CARRANZA ÁLVAREZ, *Retracto de finca rústica...*, cit., p. 117.

ma 1 (agraria) remite a la norma 2 (Código Civil), y esta última regula el retracto de fincas rurales, entonces resulta imposible que esta sea derogada por aquella⁵⁷, pues entre ambas existe una relación de reenvío, y no de contradicción. En buena cuenta, si la norma 1 deroga a la 2, entonces, ¿para qué hace el reenvío?

En resumen, el retracto agrario se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico peruano, y su función social busca asegurar la rentabilidad mínima de la actividad.

⁵⁷ Una reciente sentencia de la Corte Suprema no se pronuncia sobre el tema, y prefiere reenviar el expediente a la Corte Superior a efecto que esta instancia «motive adecuadamente» su decisión respecto de la incidencia de la legislación agraria ultra-liberal en relación con el art. 1599-7 CC. Es decir, se difiere el pronunciamiento en lugar de tomar partido, ya, sobre el asunto: «Sexto. – Del análisis de la sentencia de vista se advierte que la misma no analiza el efecto del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 653 –la propiedad agraria, cualquiera sea su origen, puede ser libremente transferida a terceros –, sobre las disposiciones que limitan la extensión de la tierra agrícola, siendo así la sentencia de vista se restringe a evaluar que conforme a lo dispuesto en los artículos 18 del Decreto Legislativo N° 653 y 20 del Decreto Supremo N° 0048-91-AG, la unidad agrícola o ganadera mínima es un área no menos de 3 ni mayor de 15 hectáreas; por tanto, si el área del predio vendido más el área del predio colindante exceden la extensión de la unidad agrícola o ganadera mínima, el propietario de este último predio pierde su derecho de retracto; sin analizar si está vigente aún la limitación a transferir este tipo de propiedad, cuando una norma, como el citado art. 7, autoriza a disponer libremente la propiedad agrícola sin limitación alguna, aspecto de trascendental importancia para la resolución del caso concreto. Por consiguiente, la resolución de vista tiene una motivación insuficiente (...)» (Sentencia de 15 de septiembre de 2009, Casación N° 1106-2009-Puno).

La Corte no resuelve el tema, sin embargo, parecería que su idea es entender derogada esta modalidad de retracto. Tal conclusión no es aceptable por los fundamentos expuestos en el texto principal.

PARTE SECONDA

GIURISPRUDENZA

SENTENZE E MASSIME ANNOTATE

ORGANIZZAZIONI COMUNI DI MERCATO

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, II Sez., 23 dicembre 2015, causa C-333/14, *Scotch Whisky Association e a. vs Lord Advocate*, Advocate General for Scotland.

Organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli - Reg. (UE) n. 1308/2013 - Libera circolazione delle merci - Art. 34 TFUE - Restrizioni quantitative - Misure di effetto equivalente - Prezzo minimo delle bevande alcoliche calcolato in base alla quantità di alcool nel prodotto - Giustificazione - Art. 36 TFUE - Tutela della salute e della vita delle persone - Valutazione da parte del giudice nazionale.

Il reg. (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una misura nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che impone un prezzo minimo per unità di alcool per la vendita al dettaglio dei vini, a condizione che detta misura sia effettivamente idonea a garantire l'obiettivo della tutela della salute e della vita delle persone e che, tenuto conto degli obiettivi della politica agricola comune nonché del buon funzionamento dell'organizzazione comune dei mercati agricoli, non ecceda quanto è necessario per il raggiungimento del citato obiettivo della tutela della salute e della vita delle persone (1).

Gli artt. 34 TFUE e 36 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro, per perseguire l'obiettivo della tutela della salute e della vita delle persone a mezzo dell'aumento del prezzo del consumo di alcool, opti per una normativa, come quella di cui al procedimento principale, che impone un prezzo minimo per unità di alcool per la vendita al dettaglio delle bevande alcoliche ed escluda una misura, quale l'aumento delle accise, che può essere meno restrittiva degli scambi e della concorrenza all'interno dell'Unione europea. Spetta al giudice del rinvio verificare se questo è in effetti il caso alla luce di un'analisi circostanziata di tutti gli elementi pertinenti della controversia sulla quale è chiamato a giudicare. La sola circostanza che quest'ultima misura possa comportare benefici aggiuntivi e soddisfare in modo più ampio l'obiettivo della lotta contro l'abuso di alcool non può giustificare l'esclusione (2).

(Omissis).

(1-2) **“Non piangere sul whisky versato”? Note a margine di una recente decisione della Corte di giustizia europea sul prezzo minimo imposto delle bevande alcoliche.**

SOMMARIO: 1. Il contesto della decisione. – 2. Questioni pregiudiziali, soluzioni, effetti. Le scelte motivazionali della Corte di giustizia. – 3. Test di proporzionalità e misure difensive degli Stati membri nella giurisprudenza comunitaria.

1. La decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Scotch Whisky Associations* e a. riguarda la delicata questione della sindacabilità di normative nazionali che impongono o agevolano misure restrittive delle dinamiche concorrenziali o comunque suscettibili di produrre restrizioni agli scambi intracomunitari, in particolare attraverso politiche di controllo dei prezzi¹.

Nella specie la misura normativa contestata è una legge emanata dal Parlamento scozzese nel 2012 che prescrive un prezzo minimo di vendita al dettaglio per le bevande alcoliche, demandando alla regolamentazione secondaria l'individuazione dei criteri per la definizione del prezzo minimo di unità (*Minimum Price for Unit*, MPU). L'*Alcohol Scotland Order* del 2013 (lo schema di “decreto MPU”) fissa a 0,50 sterline (circa euro 0,70) il prezzo minimo di vendita applicando una formula che tiene conto della gradazione alcolica e del volume di alcool nel prodotto.

Obiettivo del legislatore scozzese è la tutela della salute e della vita delle persone, in particolare dei consumatori che abusano dell'alcool e accedono a prezzi modici all'acquisto di bevande ad alto tasso alcolico. Per cui snodo centrale della questione è se obiettivi di protezione della salute pubblica possano giustificare le limitazioni concorrenziali che la misura impone alle dinamiche di mercato.

In Scozia, i dati relativi al consumo settimanale di alcool *pro capite*, sono definiti dal sistema sanitario nazionale “sconcertanti e pericolosi”. Nell'ultimo decennio il fenomeno del *binge drinking*, che comporta l'assunzione di numerose unità alcoliche in un breve arco di tempo, soprattutto nella popolazione più giovane, ha assunto dimensioni significative e allarmanti che necessitano di speciale attenzione per le implicazioni sanitarie e sociali che ne derivano². Nella posizione del governo scozzese, la politica del prezzo unitario minimo riguarda in particolare il comparto più “economico” del mercato degli alcolici, perché è proprio l'alcool “a buon mercato” ad essere favorito dai bevitori più accaniti, che a loro volta subiscono i danni maggiori.

Nel giudizio nazionale promosso dalla *Scotch Whisky Association* e da numerosi altri operatori commerciali del settore per contestare la legittimità della legge del 2012 e dello schema di decreto “MPU”, i ricorrenti sostanzialmente allegano che l'obiettivo della protezione della salute pubblica potrebbe essere adeguatamente perseguito mediante un inasprimento della tassazione dei prodotti, nel rispetto del principio della libera determinazione dei prezzi.

La Corte suprema civile scozzese ha rimesso all'apprezzamento della Corte di giustizia europea la questione della compatibilità della normativa nazionale che impone un prezzo minimo di rivendita per le bevande alcoliche, sia con il regolamento “unico” in materia di organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli (relativamente al

¹ Corte di giustizia UE, II sez., 23 dicembre 2015, in causa C-333/14, *Scotch Whisky Association e a. vs Lord Advocate*, Advocate General for Scotland.

² Il fenomeno ha assunto una dimensione preoccupante anche in Italia, come emerge dalla Relazione presentata nel 2015 dal Ministero della Salute al Parlamento sugli interventi realizzati ai sensi della legge 30 marzo 2001, n. 125 “Legge Quadro in materia di alcool e problemi alcool correlati”.

prodotto “vino”)³, sia con le disposizioni del Trattato che definiscono il campo di applicazione e il contenuto del principio della libera circolazione delle merci, vietando le restrizioni quantitative all’importazione e le misure d’effetto equivalente⁴.

La decisione dei giudici di Lussemburgo è stata curiosamente accolta con favore da entrambe le parti in causa. L’esito del giudizio nazionale, rimesso alla Corte di Edimburgo, appare in effetti tutt’altro che scontato, considerando le numerose questioni lasciate aperte dalla Corte di giustizia che, nel caso in questione, sembra assumere una posizione più blanda e sfumata rispetto ad altre recenti decisioni in materia di controllo dei prezzi.

Se, infatti, nella massima della sentenza chiaramente si afferma che «gli artt. 34 e 36 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro, per perseguire l’obiettivo della tutela della salute e della vita delle persone a mezzo dell’aumento del prezzo del consumo di alcool, opti per una normativa che impone un prezzo minimo per la vendita al dettaglio delle bevande alcoliche ed escluda una misura, quale l’aumento delle accise, che può essere meno restrittiva degli scambi e della concorrenza all’interno dell’Unione», nell’*iter* motivazionale, a proposito delle giustificazioni che possono essere adottate dalle autorità nazionali e che devono essere comunque suffragate da prove adeguate sulla idoneità della misura a realizzare gli obiettivi perseguiti, i giudici europei sembrano attenuare la portata della soluzione interpretativa proposta nella misura in cui rilevano che l’onere della prova «non può estendersi fino a pretendere che le autorità nazionali competenti nell’adottare una normativa nazionale che impone una misura come l’MPU dimostrino, in positivo, che nessun altro possibile provvedimento permette la realizzazione dello stesso legittimo obiettivo alle stesse condizioni»⁵.

2. Le diverse questioni interpretative proposte all’attenzione dei giudici di Lussemburgo sono sostanzialmente riconducibili alla verifica di compatibilità della normativa controversa con le prescrizioni del regolamento unico OCM e con la disposizione dell’art. 34 TFUE che vieta le restrizioni quantitative all’importazione e le misure d’effetto equivalente⁶.

³ Reg. (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio.

⁴ Le restrizioni quantitative rappresentano uno strumento protezionistico “tradizionale”, noto e agevolmente individuabile nella regolamentazione internazionale del commercio. Più problematica e complessa la definizione di misure d’effetto equivalente, nozione ampia e originale inserita nel Trattato per pervenire ad una liberalizzazione degli scambi attraverso uno strumento duttile e suscettibile di “coprire” l’area degli ostacoli non tariffari posti da leggi, regolamenti, ma anche regole non codificate derivanti da prassi amministrative o giurisprudenziali. Può costituire “misura” anche un provvedimento inteso a valorizzare i prodotti originari di una determinata area. Sullo specifico profilo, si v. I. CANFORA, *Quando la Corte costituzionale è più realista del re. Sugli ostacoli alla libera circolazione delle merci derivanti da leggi regionali che valorizzano i prodotti locali*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, I, p. 32 ss.

⁵ Il principio è affermato pure nel caso *Commissione vs Italia*, 10 febbraio 2009, in causa c-110/05, EU:C:2009:66. La vicenda processuale originava dalle censure mosse dalla commissione europea ad una disposizione del codice della strada italiano che vietava l’utilizzo di rimorchi legalmente prodotti e commercializzati in altri Stati membri. Nella decisione della Corte il divieto è giustificato e proporzionato all’obiettivo della tutela della sicurezza stradale.

⁶ Attualmente il diritto del mercato interno va oltre le disposizioni degli artt. 34-36 TFUE. Una legislazione armonizzata in molti settori ha precisato il significato del mercato interno, inquadrando il principio della libera circolazione delle merci in termini concreti per prodotti specifici. Tuttavia, il ruolo fondamentale del principio del trattato, che funge da pilastro e rete di sicurezza del mercato interno, rimane immutato.

Riguardo alla prima questione, i ricorrenti nel procedimento principale sostengono che il regolamento unico OCM costituisce un sistema completo di regolamentazione che preclude agli Stati membri di imporre misure unilaterali che fissino il prezzo al dettaglio dei vini.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la normativa che regolamentava negli anni ottanta l'OCM del settore vitivinicolo costituisce in effetti «una disciplina esauriente», «segnatamente in materia di prezzi e di intervento, di scambi con i paesi terzi, di produzione, e per quanto concerne talune pratiche enologiche, nonché la designazione dei vini e l'etichettatura»⁷.

Tuttavia, come rilevato dall'avvocato generale, le OCM si sono profondamente evolute nel corso degli ultimi vent'anni, nel segno del progressivo superamento degli interventi di protezione e garanzia "tradizionali" a favore di una liberalizzazione del mercato vitivinicolo che rimette la determinazione del prezzo al libero incontro tra domanda e offerta.

Se pure il regolamento unico contiene una disposizione in materia di fissazione dei prezzi, a norma della quale gli Stati membri non possono consentire la fissazione di prezzi, nemmeno orientativi o raccomandati (art. 167, par. 1, lett. *b*), la stessa ha una rilevanza applicativa limitata poiché mira unicamente a precisare la portata dell'autorizzazione concessa agli Stati membri per stabilire regole di commercializzazione intese a regolare l'offerta. «In linea con l'obiettivo della libera concorrenza, la suddetta autorizzazione non potrà essere letta come intesa ad autorizzare l'adozione di normative nazionali aventi a oggetto, in particolare, di permettere o favorire l'attuazione di decisioni con le quali le organizzazioni interprofessionali intendono fissare il prezzo del vino (...)» (conclusioni dell'Avvocato generale, punto 33).

La libera determinazione del prezzo di vendita attraverso il libero gioco della concorrenza è una componente del regolamento unico OCM e costituisce espressione del principio di libera circolazione delle merci in condizioni di concorrenza effettiva⁸. L'imposizione di un prezzo minimo obbligatorio è certamente misura idonea ad arrecare pregiudizio alle relazioni concorrenziali, impedendo a taluni produttori o importatori di trarre un vantaggio competitivo da prezzi di costo inferiori per proporre più allettanti prezzi di vendita al dettaglio.

La Corte ha ripetutamente riconosciuto e preso in considerazione l'effetto anti-concorrenziale prodotto da una normativa nazionale che fissa un prezzo minimo⁹. Tuttavia l'organizzazione comune di mercato non impedisce agli Stati membri di applicare norme nazionali che perseguano un obiettivo d'interesse generale diverso da quelli perseguiti e regolamentati dall'OCM, quale quello della tutela della salute attraverso

⁷ V. sentenze *Prantl* (causa c-16/83, EU:C:1984:101) e *Ramel e a.* (causa c-89/84, EU:C:1985:193, spec. punto 25).

⁸ In una prospettiva sistematica più ampia e generale, sul potenziale conflitto tra tutela della concorrenza e perseguimento degli obiettivi della politica agricola, A. JANNARELLI, *La concorrenza e l'agricoltura nell'attuale esperienza europea: una relazione speciale*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 515 ss.; ID., *Il diritto dell'agricoltura nell'era della globalizzazione*, Bari, 2001, *passim*; I. CANFORA, *L'attuazione della PAC nella giurisprudenza della Corte di giustizia, tra governo del mercato e autonomia privata*, in AA.VV., *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario, alimentare e ambientale*, Napoli, 2011, p. 309 ss.; ID., *La disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, in *Trattato dir. agrario*, a cura di L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile, 2011, p. 209 ss.

⁹ V., con riferimento al prezzo minimo di rivendita delle bevande a base di ginepro, la sentenza *van Tiggele* (82/77, EU:C:1978:10); sul prezzo minimo di vendita al dettaglio dei carburanti, v. *l'affaire Cullet* (231/83, EU:C:1985:29).

iniziative di contrasto all'abuso dell'alcool, nemmeno se tali norme possono avere una incidenza sul funzionamento del mercato comune nel settore interessato.

Alla luce delle considerazioni svolte, *la Corte conclude che uno Stato membro può invocare l'obiettivo della protezione della salute per giustificare una misura restrittiva del sistema di libera determinazione dei prezzi in condizioni di concorrenza effettiva sul quale pure si fonda il regolamento OCM.*

Una misura restrittiva come quella prevista dalla normativa scozzese nella causa principale deve tuttavia soddisfare le condizioni prescritte dalla giurisprudenza comunitaria per quanto riguarda il "vincolo" della proporzionalità cioè deve essere idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedere quanto è necessario per il suo raggiungimento, aspetto che la Corte esamina nell'ambito dell'altra questione pregiudiziale, riguardante specificamente l'analisi della proporzionalità della normativa.

La verifica di compatibilità della normativa sul prezzo minimo imposto con il divieto di misure di effetto equivalente alle restrizioni è lo snodo problematico della decisione in commento che si deve misurare, in particolare, con l'estensione della deroga prevista in materia di protezione della salute.

Un significativo temperamento alla regola generale dell'art. 34 è infatti contenuto nell'art. 36 TFUE che introduce un'eccezione alla libera circolazione delle merci nella misura in cui le misure nazionali restrittive siano giustificate da: «motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale», e sempre che, tuttavia, tali divieti o restrizioni non costituiscano *un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.*

Al ricorrere di queste ragioni, tutte quante di natura *non economica*¹⁰, il diritto del mercato europeo consente agli Stati membri di introdurre o mantenere misure che diversamente sarebbero vietate e illegittime, sempre che quello stesso obiettivo non possa essere egualmente raggiunto con misure di minore ostacolo alla libera concorrenza.

Nel caso di specie la natura di «misura di effetto equivalente» della normativa nazionale di cui alla causa principale è pacificamente ammessa dalle parti in causa, dal giudice del rinvio e riconosciuta dai giudici di Lussemburgo¹¹. Tra l'altro l'elaborazione giurisprudenziale relativa alle misure d'effetto equivalente all'importazione è segnata

¹⁰ Cfr. il caso *Decker*, 28 aprile 1998, causa C-120/95, in Racc., I-1831. Sul punto v. pure M. DAUSES, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle merci nella Comunità europea*, in *Riv. dir. eur.*, 1984, spec. p. 44: «È pure escluso che si possa intendere la disposizione dell'art. 36 del Trattato CEE come clausola generale di salvaguardia contro gli effetti economici dell'apertura dei mercati. Essa non giustifica il fatto che s'impongano divieti o restrizioni per tema di squilibri economici, bensì riguarda solo ipotesi di natura non economica, che non possono pregiudicare i principi stabiliti dagli artt. 30-34».

¹¹ La nozione di "misura di effetto equivalente" è resa per la prima volta dalla Corte di giustizia nel noto caso *Dassonville* del 1974 («Ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative»). La vicenda processuale nazionale riguardava una normativa che imponeva agli importatori paralleli di prodotti liberamente commercializzati in un altro Stato membro di produrre un certificato di origine della merce rilasciato dall'autorità doganale del paese d'origine. Dagli atti della causa principale, risultava che per l'importatore era certamente più difficile procurare il rilascio della certificazione in questione ove la merce non fosse importata direttamente dal paese d'origine. La Corte ha quindi ritenuto che questa disciplina costituisse una misura d'effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione. La giurisprudenza *Dassonville* fornisce una nozione ampia di misura d'effetto equivalente che non richiede né di verificare che sia stata effettivamente realizzata una

proprio dall'affermazione di una netta distinzione tra misure restrittive che si applicano ai soli prodotti importati (misure discriminatorie) e misure invece indistintamente applicabili alle merci che si trovano nel territorio indipendentemente dall'origine¹². In tale cornice che vede le corti europee occuparsi essenzialmente delle misure del primo tipo, l'attenzione *anche* alle misure indistintamente applicabili origina proprio dal caso di provvedimenti nazionali di fissazione dei prezzi, di norma applicabili indistintamente tanto ai prodotti nazionali quanto ai prodotti importati¹³.

La giurisprudenza *van Tiggele* codifica il criterio attinente all'annullamento del vantaggio concorrenziale di un'importazione che connota le normative in materia di controllo dei prezzi¹⁴. Infatti, il divieto di vendita al dettaglio al di sotto di un prezzo minimo priva gli operatori degli altri paesi membri della possibilità di commercializzare i loro prodotti a un prezzo di vendita che riflette il prezzo di costo eventualmente più contenuto e ne ostacola così l'accesso al mercato interessato («un ostacolo all'importazione potrebbe risultare, in particolare, dal fatto che un'autorità nazionale fissi prezzi o margini di utile a un livello tale da *svantaggiare i prodotti importati rispetto ai prodotti nazionali corrispondenti* (...) perché il vantaggio concorrenziale risultante da costi di produzione inferiori ne risulta neutralizzato»). In questo caso, il provvedimento in materia di prezzi produce un potenziale effetto negativo sugli scambi perché sfavorisce i prodotti importati, trattandoli alla stessa stregua di quelli nazionali, nonostante che i primi si trovino in situazioni diverse rispetto ai secondi (per le spese di trasporto, spese legate al cambio, etc.).

Focus della decisione in commento è proprio il *market access test*, nel solco della giurisprudenza *Trailers* che considera misura d'effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione le misure di uno Stato membro che abbiano per oggetto o per effetto di penalizzare i prodotti provenienti da altri Stati membri oltre alle disposizioni che stabiliscono quali requisiti essi debbano possedere, anche quando tali disposizioni siano indistintamente applicabili a tutti i prodotti. Sempre in base alla sentenza *Trailers* nella medesima nozione rientra «ogni altra misura che ostacoli l'accesso al mercato di uno Stato membro di prodotti originari di altri Stati membri»¹⁵. Secondo una formula usuale nella giurisprudenza europea, l'art. 34 TFUE riflette infatti l'obbligo di rispettare i principi di non discriminazione e di mutuo riconoscimento dei prodotti legalmente

restrizione, né di dimostrare l'incidenza sensibile sugli scambi all'interno dell'Unione, risultando sufficiente che essa sia potenzialmente idonea ad ostacolare il commercio intracomunitario.

¹² Cfr. caso *Blesgen*, sent. 31 marzo 1982. La causa principale verteva su una legge belga disciplinante le acqueviti, la quale, nell'intento di combattere l'alcolismo, vietava il consumo nonché la detenzione di bevande alcoliche di gradazione superiore ai 22° in tutti i locali aperti al pubblico. La Corte ha dichiarato che questa disciplina della vendita è compatibile con il diritto comunitario nella misura in cui non opera alcuna differenziazione tra tipi o provenienze delle bevande «colpite». Poiché detta disciplina vieta unicamente la vendita di bevande alcoliche per il consumo immediato nei luoghi aperti al pubblico, in effetti non ha ripercussioni sull'importazione delle merci e dunque non può nemmeno potenzialmente ostacolare il commercio tra gli Stati membri.

¹³ Riconoscendo l'esistenza di differenze tra le norme nazionali degli Stati membri e che esse possano inibire lo scambio di merci, la Corte ha confermato che l'art. 34 TFUE può interessare anche provvedimenti nazionali che si applicano in egual misura alle merci nazionali e importate. In questo caso, gli Stati membri possono derogare ricorrendo non solo all'articolo 36 TFUE ma anche ai requisiti obbligatori, un concetto sancito per la prima volta nella sentenza *Cassis de Dijon* (sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe-Zentral, in *Racc.*, p. 649).

¹⁴ Corte di giustizia, 24 gennaio 1978, in causa C-82/77, in *Racc.*, 1978, 25. Si v. il commento di D. WYATT, *National Price Fixing Rules and Article 30 EEC*, in *European Law Review*, 1978, p. 308 ss.

¹⁵ *Commissione vs Repubblica italiana*, in causa C-110/05, EU:C:2009:66.

fabbricati e commercializzati in altri Stati membri e di assicurare ai prodotti dell'Unione libero accesso ai mercati nazionali¹⁶.

La normativa nazionale controversa nel procedimento principale che impone un prezzo minimo di vendita delle bevande alcoliche, la cui applicazione indistinta a tutti gli operatori interessati presenti sul territorio nazionale è pacifica, limita sensibilmente la libertà degli operatori economici di determinare il prezzo di vendita al dettaglio e, di conseguenza, costituisce un grave ostacolo all'accesso al mercato britannico delle bevande alcoliche legalmente commercializzate negli Stati membri diversi dal Regno Unito nonché al libero gioco della concorrenza nel mercato di riferimento (punto 46 sentenza)¹⁷.

Peraltro l'ordinanza di rinvio contiene un'analisi comparativa che rivela chiaramente il carattere discriminatorio della misura: la percentuale maggiore di bevande alcoliche vendute ad un prezzo inferiore all'MPU è infatti di importazione.

3. Sulle modalità di esercizio del controllo di proporzionalità, solo brevemente richiamate nella decisione della Corte, le conclusioni dell'avvocato generale appaiono più dettagliate e puntuali. Nell'articolata analisi dell'AG, l'*iter* del test di proporzionalità è scandito da tre passaggi essenziali. Il primo corrisponde alla verifica dell'idoneità e adeguatezza della misura a realizzare l'obiettivo perseguito; il secondo passaggio riguarda l'individuazione di eventuali soluzioni alternative che consentirebbero di raggiungere il medesimo obiettivo perseguito dalla misura nazionale arrecando restrizioni minori agli scambi ("test dell'ostacolo minimo"); il terzo *step* attiene alla verifica di proporzionalità in senso stretto e impone un bilanciamento degli interessi in gioco («(...) esso consiste nel confrontare, da una parte, la portata della lesione che la misura nazionale arreca alla libertà considerata e, dall'altra, il contributo che essa può offrire alla protezione dell'obiettivo perseguito», punto 76 conclusioni).

Un ostacolo alla libera circolazione delle merci può essere giustificato da ragioni di interesse generale *ex art. 36 TFUE* o da esigenze imperative attinenti, in particolare, alla protezione della salute e alla tutela dei consumatori¹⁸. Nell'uno e nell'altro caso,

¹⁶ Cfr., da ultimo, la sentenza ANETT, in causa c-456/10, EU:C:2012:241, spec. p. 33 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁷ La circostanza che la misura controversa nel procedimento principale integri un ostacolo all'accesso al mercato ai sensi dell'art. 34 TFUE consente alla Corte di evitare di pronunciarsi sulla eventuale qualificazione come "modalità di vendita" della misura in questione e sulle conseguenze che ne deriverebbero sul piano applicativo. La nota sentenza *Keck e Mithouard*, che riguardava un divieto di vendita sottocosto, prescrive infatti di verificare che la modalità di vendita incida «in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri». Diversamente la disposizione che prevede la regola di commercializzazione "sfugge" all'applicazione dell'art. 34 TFUE. Per una critica all'approccio argomentativo della Corte nel caso in esame, E. CARPANO, *Keck et Mithouard et le commerce des boissons alcoolisées: à propos de deux arrêts opposés de la Cour de justice*. CJUE, 23 déc. 2015, *Scotch Whisky Association e.a.*, aff. C-333/14, EU:C:2015:845; CJUE, 12 nov. 2015, *Valev Visnapuu*, aff. C-198/14, EU:C:2015:751, in *Chr. CEE Droit européen du marché intérieur*, RLDA 2016/112, p. 44 ss.

¹⁸ V., sentenza *Cassis de Dijon*, in cui la Corte, pur ribadendo che in assenza di una normativa comune spetta agli Stati membri disciplinare la produzione e il commercio di bevande alcoliche, precisò che «gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori». La giurisprudenza delle esigenze imperative, con particolare riguardo alla tutela della salute del consumatore, trova ora specifico riscontro nel Trattato

tuttavia, le restrizioni imposte dagli Stati membri devono soddisfare le condizioni tratte dalla giurisprudenza della Corte in materia di proporzionalità.

«Fra i beni e gli interessi tutelati dall'art. 36, la salute e la vita delle persone occupano il primo posto. Spetta agli Stati membri, nei limiti imposti dal Trattato, stabilire a quale livello essi intendano assicurarne la protezione, ed imporre al riguardo controlli più o meno severi. Il già citato art. 36 precisa però che le normative o le prassi nazionali che comportino o possano comportare conseguenze restrittive (...) sono compatibili con il Trattato solo nella misura in cui siano necessarie per una protezione efficace della salute o della vita delle persone. È dunque esclusa dalla deroga di cui all'art. 36 qualsiasi normativa o prassi nazionale al cui posto si sarebbero potuti adottare, *con pari efficacia*, provvedimenti di minore pregiudizio per gli scambi intracomunitari»¹⁹.

L'elaborazione giurisprudenziale sul vincolo comunitario della proporzionalità offre un apporto decisivo sulle modalità concrete di esercizio del relativo controllo²⁰.

Premessa essenziale è che gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità nella scelta di perseguire un determinato obiettivo in materia di protezione della salute e della sicurezza dei consumatori, ma anche nella definizione delle misure idonee a raggiungerlo in concreto, «in funzione della particolarità dei contesti sociali e dell'importanza da essi attribuita a obiettivi legittimi, quali la prevenzione dell'abuso di alcool e la lotta contro diverse forme di criminalità legate al suo consumo»²¹.

Il principio di proporzionalità, che segna il punto di equilibrio tra interessi e valori, costituisce la regola generale per la valutazione della legittimità dei provvedimenti nazionali idonei ad ostacolare la libera circolazione delle merci che, nel caso in esame, si deve misurare con un obiettivo di protezione (la tutela della salute pubblica e la lotta all'abuso di alcool), necessariamente "relativo" e "dinamico", che può variare ed evolvere nel corso del tempo e con un contesto sociale particolare che attualmente esprime situazioni di forte disagio e allarme sociale.

E tanto emerge anche dalla normativa nazionale controversa che si propone come "sperimentale" e "rivedibile" in funzione del possibile mutamento di molti parametri quali le abitudini di consumo di alcool, le disponibilità degli acquirenti o lo stato delle conoscenze scientifiche sul fenomeno. La stessa Corte ha più volte dichiarato che uno Stato membro, quando adotta una normativa nazionale che s'inserisce nell'ambito di una politica di protezione della salute, è tenuto a modificare tale normativa ove accerti che i motivi che hanno portato alla sua adozione sono mutati, per esempio, in seguito all'ampliamento dei dati disponibili dovuti alla ricerca scientifica²².

per il funzionamento dell'Unione europea, sia nel titolo dedicato alla sanità pubblica (art. 168), dove è previsto l'obbligo delle istituzioni di garantire un livello elevato di protezione della salute umana nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e le attività comunitarie, sia in quello dedicato alla protezione dei consumatori (art. 169), dove è ribadito l'impegno dell'Unione ad assicurare un elevato livello di protezione contribuendo a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici nonché i diritti di informazione, educazione e organizzazione dei consumatori.

¹⁹ Corte di giustizia, 20 maggio 1976, causa 104/75, *de Peijper*, in *Racc.*, 1976, p. 613.

²⁰ Cfr. G. TESAURO, *Proporzionalità a ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, relazione svolta nell'ambito dell'Incontro delle Corti costituzionali di Portogallo, Spagna, Italia, tenutosi a Roma il 24 ottobre 2013.

²¹ Corte di giustizia, 28 settembre 2006, in causa C-434/04, caso *Abokainen, Leppik*, punto 32. Nel caso di specie un giudice finlandese chiedeva alla Corte se le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci ostassero alla imposizione di una autorizzazione preventiva per l'importazione di spirito di vino. Nel medesimo solco la decisione del caso *Heimonen*, punto 43.

²² V. sentenza *Mirepoix* (in causa C-54/85, EU:C:1986:123) per cui le autorità dello Stato membro importatore sono tenute a modificare il divieto di uso di un antiparassitario qualora ac-

Il secondo aspetto che emerge dalla giurisprudenza europea riguarda l' idoneità delle misure contestate a realizzare "in modo coerente e sistematico" gli obiettivi di protezione. Questo impianto argomentativo figura in una recente decisione in cui la Corte di giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con le regole della concorrenza della normativa italiana che prescrive costi minimi dei servizi di autotrasporto di merci²³. Nel caso di specie, l'obiettivo della sicurezza stradale invocato *in maniera generica* per legittimare il regime amministrato dei prezzi, senza cioè stabilire un nesso concreto tra la remunerazione dei costi minimi d'esercizio e il rafforzamento della sicurezza stradale, non risponde all'intento di realizzare l'obiettivo «in modo coerente e sistematico». D'altro canto, come correttamente sottolineato dalla Corte nel caso in questione, misure mirate, riguardanti specificamente la sicurezza stradale, come le norme dell'Unione in materia di durata massima settimanale del lavoro, pause, riposi, lavoro notturno e controllo tecnico degli autoveicoli, sono più efficaci ed appropriate e certamente meno restrittive²⁴. Ne deriva che i provvedimenti devono essere proporzionati, ovvero limitati a ciò che è necessario al fine di raggiungere lo scopo legittimo di tutela della salute pubblica e suffragati da prove, dati (tecnici, scientifici, statistici, etc.) e ogni altra informazione pertinente.

In ogni caso le misure restrittive non possono avvalersi della deroga di cui all'art. 36 TFUE qualora la salute e la vita delle persone possano essere tutelate, *con pari efficacia*, con provvedimenti di minore pregiudizio agli scambi comunitari. Lo Stato membro deve cioè optare per l'alternativa "meno restrittiva" per non incorrere nella violazione del principio di proporzionalità.

Nel caso in esame le autorità scozzesi allegano che la misura risponde all'obiettivo della lotta all'abuso dell'alcool facendo valere che essa s'inserisce in una strategia più generale diretta a prevenire i danni cagionati dall'alcool, in cui rientrano anche altre misure, quali, per esempio, il divieto di offerte promozionali²⁵. Più in particolare, l'at-

certino un superamento o una modificazione dei motivi che hanno portato all'adozione dei provvedimenti in questione. Per converso la giurisprudenza relativa all'applicazione del principio di precauzione stabilisce che ove vi siano elementi nuovi che modificano la percezione di un rischio o mostrano che tale rischio può essere circoscritto da misure meno severe di quelle esistenti, spetta alle istituzioni UE, in particolare alla commissione che dispone del potere di iniziativa, vigilare sull'adeguamento della normativa ai nuovi dati. La formula è ribadita nella recentissima decisione della Corte a proposito della rimozione delle piante potenzialmente infettate dal batterio *Xylella fastidiosa* in Puglia. Corte di giustizia UE, 9 giugno 2016, in cause riunite C-78/16 e C-79/16.

²³ Sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 4 settembre 2014, cause riunite C-184/13 e a., sia consentito il rinvio al nostro *Divieto di costi minimi d'esercizio nel settore dell'autotrasporto merci*, osservazioni a Corte di giustizia UE, 4 settembre 2014, nella rubrica *Recentissime dalle corti europee*, a cura di A. Jannarelli e N. Scannicchio, *Giur. it.*, 2014. Criteri valutativi rilevanti ai fini dello scrutinio delle misure nazionali ai sensi delle regole della costituzione economica europea sono stati ampiamente articolati e chiariti nella nota decisione *Spedizionieri Doganali*, in cui i giudici comunitari si pronunciano sulla illegittimità della normativa italiana che attribuiva al consorzio nazionale degli spedizionieri doganali il potere di adottare una tariffa obbligatoria per tutta la categoria (Corte di giustizia, 18 giugno 1998, *Commissione vs Repubblica italiana*, in causa c-35/96).

²⁴ In diverse occasioni la Corte ha ritenuto provvedimenti nazionali inappropriati e non proporzionati poiché erano disponibili misure alternative di minore impatto restrittivo. Cfr. i casi c-104/75, *De Peijper*, cit.; C-54/99, *Commissione vs Finlandia*, in *Racc.*, 2007, p. I-2473, punto 46 e C-297/05, *Commissione vs Paesi Bassi*, in *Racc.*, 2007, p. I-7467, punto 70, in cui la Corte descrive minuziosamente le possibili soluzioni alternative ai provvedimenti contestati.

²⁵ Un approccio differente è quello proposto dal governo lituano che tra le iniziative di contrasto all'abuso di alcool ha prescritto determinate modalità di commercializzazione delle bevande alcoliche confezionate in bottiglie di plastica. In particolare bevande che contengono 7,5% di alcool non possono essere commercializzate in bottiglie di oltre 0,5 litri. Informazioni al riguar-

tenzione rivolta alla vendita *off-trade* di bevande alcoliche “a buon mercato” è giustificata in ragione del fatto che i bevitori dediti al consumo pericoloso o nocivo, tra i quali rientrano in particolare i più giovani, fanno largo uso di tali bevande.

Come rilevato dall'avvocato generale, la presentazione degli obiettivi della misura da parte delle autorità nazionali rivela una certa ambiguità, nella misura in cui giustifica l'imposizione del prezzo minimo alla luce di obiettivi di protezione della salute, sia dell'intera popolazione, sia di quella parte della popolazione scozzese maggiormente esposta a rischi (i bevitori dediti al consumo nocivo e pericoloso, per lo più giovani). L'impressione è che l'obiettivo della riduzione del consumo di alcool, in termini generali, sia opportunamente trascurato al fine di consentire che la misura contestata superi agevolmente la verifica della “necessità” in sede di raffronto con una misura fiscale che comporterebbe un incremento generalizzato dei prezzi delle bevande alcoliche, senza compromettere la libertà di determinazione del prezzo²⁶.

Per altro verso, sulla valutazione della necessità della misura, le argomentazioni sostenute dagli operatori del settore secondo cui l'aumento delle accise delle bevande alcoliche costituirebbe una misura maggiormente idonea, sembrano trovare immediato riscontro nella giurisprudenza della Corte in materia di prezzi di vendita al dettaglio dei prodotti di tabacco lavorato, atteso che, in più sentenze, i giudici comunitari hanno stabilito che l'obiettivo *generale* della protezione della salute pubblica può essere adeguatamente perseguito mediante un inasprimento della tassazione sui prodotti in questione²⁷.

Anche nel caso di specie la Corte riconosce che una misura fiscale alternativa potrebbe procurare *vantaggi ulteriori* rispetto all'imposizione del prezzo minimo, contribuendo alla realizzazione dell'obiettivo del contrasto all'abuso di alcool senza alterare il meccanismo della libera formazione dei prezzi. L'aumento generalizzato dei prezzi delle bevande alcoliche che conseguirebbe ad un inasprimento della leva fiscale inciderebbe infatti sia sui consumi “moderati”, sia sul consumo “nocivo o pericoloso”, ma non per questo sarebbe meno efficace rispetto alla imposizione del prezzo minimo, atteso il “duplice” obiettivo perseguito dalla normativa controversa. Di fatto, la circostanza in questione potrebbe giustificare la scelta della misura fiscale in luogo di quella che impone il prezzo minimo di rivendita.

Nell'ambito della ripartizione di competenze tra i giudici comunitari, chiamati a pronunciarsi in via pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, e i giudici nazionali, la valutazione “finale” e sulla idoneità e sulla necessità della misura controversa è rimessa al giudice del rinvio, l'unico a disporre degli elementi di diritto e di fatto per un'analisi circostanziata della fattispecie in esame.

Di fatto, la *chance* dei ricorrenti nella causa principale si gioca sul piano della prova della adeguatezza della misura fiscale a realizzare gli obiettivi assunti dalla normativa controversa *con lo stesso grado di efficacia* della misura controversa. Peraltro la questione è, allo stato, potenziale perché l'*iter* di approvazione dello schema di decreto MPU è sospeso in attesa della definizione della vicenda processuale, per cui è preclusa al giudice nazionale una verifica concreta sulla idoneità delle misure restrittive ad arginare, pure parzialmente, i fenomeni di pregiudizio alla salute dei cittadini denunciati dal governo scozzese.

AMARILLIDE GENOVESE

do in A. LIMANTE, “Counting every sip of my whisky”? The CJUE rules on minimum alcohol price, reperibile alla pagina <https://blogs.kcl.ac.uk/kslreuropeanlawblog/?p=1016#.V1rkUvmLTIU>.

²⁶ Cfr. punto 118 conclusioni Avvocato generale.

²⁷ V., da ultimo, sentenza *Commissione vs Francia*, in causa c-197/08, EU:C:2010:111.

PROPRIETÀ REGOLIERA

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. un., 11 aprile 2016, n. 7021 – ROVELLI, pres. – VIRGILIO, est. – FUZIO, p.g. – *Regola di Vallesella Resinego e Serdes* ed altre (avv. Cuonzo ed altri) c. *Regione Veneto* (avv. Manzi ed altri).

Proprietà regoliera - Regole del Cadore - La proprietà regoliera come proprietà privata - Espropriabilità, salvo indennizzo, per motivi di interesse generale - Necessità del parere, non vincolante, della comunità regoliera.

Poiché la proprietà regoliera è una proprietà privata essa può essere espropriata, salvo indennizzo, per motivi di interesse generale, ma con il coinvolgimento della comunità regoliera di cui occorre sentire il parere peraltro non vincolante (1).

(*Omissis*).

FATTO. – 1. La Regola Generale o Granda di San Vito di Cadore, la Regola di Chiapuzza e Costa e la Regola di Vallesella Resinego e Serdes, tutte con sede in San Vito di Cadore, impugnarono dinanzi al Tribunale superiore delle acque pubbliche la delibera 7 dicembre 2011, n. 2100, con la quale la Giunta regionale del Veneto, modificando propri precedenti provvedimenti, ha – fra l’altro – soppresso le disposizioni della delibera n. 1609 del 2009 che avevano escluso il patrimonio regoliero dalle procedure di esproprio per pubblica utilità.

Dedussero le ricorrenti che la decisione di abolire il divieto di espropriazione, con conseguente possibilità che la procedura ablativa si svolgesse senza il consenso del titolare dei beni regolieri, si poneva in spregio al vincolo funzionale posto dalla legge.

L’intimata Regione Veneto, costituendosi, eccepì l’inammissibilità del ricorso, sia per difetto d’interesse, in quanto la disciplina delle regole è essenzialmente fissata dalla legge, sia perché l’impugnativa in via giurisdizionale avrebbe dovuto, in ipotesi, essere esperita avverso l’eventuale silenzio-rifiuto.

Nel giudizio intervennero la Regola di Borca di Cadore, i Comuni di Cortina d’Ampezzo, San Vito di Cadore e Borca di Cadore, la Confindustria Veneto e l’APER – Associazione produttori di energia da fonti rinnovabili.

2. L’adito Giudice, con sentenza n. 79/2013, depositata il 19 aprile 2013, respinte le eccezioni di inammissibilità, ha rigettato il ricorso.

Ha rilevato il TSAP che i vincoli d’inalienabilità, d’indi visibilità e di destinazione dei beni delle Regole non possono tradursi in «un assoluto divieto di modificazione di assetti proprietari e men che mai d’espropriazione» di detti beni, argomentando che tali vincoli recedono rispetto ad «esigenze d’interesse pubblico generale sottese o alla tutela dell’ambiente, o (come nel caso in esame) all’uso razionale delle risorse energetiche da fonti rinnovabili».

Ha aggiunto che la tutela del patrimonio regoliero, connessa alla sua funzione sociale, è assicurata «nell’ambito del procedimento unico *ex art. 12 del d.lg. n. 387/2003*, nel cui contenitore, segnatamente in fase di via, le esigenze di tutela trovano il loro punto di sintesi con tutti gli altri interessi coinvolti».

3. Avverso la sentenza hanno proposto ricorso per cassazione la Regola Generale o Granda di San Vito di Cadore, la Regola di Chiapuzza e Costa e la Regola di Vallesella Resinego e Serdes.

La Regione Veneto ha resistito con controricorso e proposto anche ricorso incidentale condizionato, cui a loro volta hanno resistito le ricorrenti principali.

Hanno proposto altresì controricorso i Comuni di Cortina d'Ampezzo, San Vito di Cadore e Borca di Cadore (chiedendo l'accoglimento del ricorso principale e il rigetto dell'incidentale), nonché la Confindustria Veneto e l'Associazione dei produttori, dell'industria e dei servizi per le energie rinnovabili, già APER (le quali, invece, hanno chiesto il rigetto del ricorso principale).

Non si sono costituite la Provincia di Belluno e la Regola di Borca di Cadore.

4. Tutte le parti hanno depositato memorie.

DIRITTO. – 1. Va preliminarmente dichiarata l'inammissibilità della documentazione depositata in data 5 agosto 2015, consistente in un parere sul «regime giuridico dei beni regolieri» redatto su richiesta della Consulta veneta della proprietà collettiva, in quanto atto proveniente da soggetto privo della qualità di parte nel giudizio.

2. Con l'unico motivo del ricorso principale, le regole denunciano «violazione di legge con riferimento all'art. 112 cod. proc. civ. nonché con riferimento all'art. 3 della legge 31 gennaio 1994, n. 97, all'art. 11 della legge 3 dicembre 1971, n. 1102, agli artt. 1, 6, 11 e 14 della legge reg. Veneto 19 agosto 1996, n. 26, in relazione all'art. 360, comma 1°, n. 3, cod. proc. civ.».

Lamentano, in sintesi, che la sentenza impugnata è frutto di «una 'libera' meditazione sulla proprietà regoliera», sganciata dall'impugnazione proposta e dalle fonti di riferimento, basata su considerazioni di ordine generale sull'istituto del patrimonio delle Regole anziché sui dedotti vizi di legittimità della delibera regionale impugnata, la quale ha omologato i procedimenti che interessano il detto patrimonio a quelli afferenti qualsiasi proprietà privata, in spregio alla normativa vigente, statale e regionale, sopra richiamata.

Aggiungono che la sentenza contrasta con il quadro legislativo anche là dove individua nel procedimento di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 la sede di ponderazione degli interessi di cui le regole sono portatrici, poiché tale tesi conferma il livellamento del loro patrimonio alle altre proprietà immobiliari, in violazione delle norme che riconoscono a tale patrimonio antico e alle istituzioni che lo gestiscono un crisma di specialità.

3. La Regione Veneto eccepisce l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui è denunciata la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ.

L'eccezione è infondata nei sensi appresso indicati.

È esatto che, per costante giurisprudenza (da ult., Cass., Sez. Un., n. 9662 del 2014 e n. 1824 del 2015), la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. non può essere dedotta come motivo di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Tribunale superiore delle acque pubbliche, essendo in tal caso esperibile, ai sensi dell'art. 204 del testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici approvato

con il r.d. n. 1775 del 1933, che opera un rinvio recettizio al codice di procedura civile del 1865, non il ricorso per cassazione, ma lo specifico rimedio del ricorso per rettificazione allo stesso Tribunale superiore, contemplato da detta norma per i casi previsti al n. 4 (se la sentenza «abbia pronunciato su cosa non domandata»), al n. 5 («se abbia aggiudicato più volte quello ch'era domandato») e al n. 6 («se abbia omesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale») dell'art. 517 del codice di rito anzidetto.

Nella specie, tuttavia, il richiamo operato dalle ricorrenti all'art. 112 cod. proc. civ. è improprio, lamentando esse, come detto al par. 2, che il TSAP ha deciso la controversia alla stregua di profili giuridici di ordine generale sull'istituto delle Regole e sul regime dei loro beni, anziché sulla base delle norme invocate: in realtà, quindi, nel ricorso non è denunciata la non corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, bensì ci si duole, in definitiva, del merito della decisione per violazione del quadro legislativo richiamato.

4.1 Il ricorso è infondato, nei sensi e con le precisazioni che seguono.

4.2 Le Regole del Cadore appartengono alla categoria, molto risalente nel tempo, di forme di proprietà collettiva di gruppi familiari stanziati in territori montani (soprattutto – ma non solo – nell'arco alpino) aventi ad oggetto beni agro-silvo-pastorali, disciplinate essenzialmente dai propri statuti e consuetudini.

Il riconoscimento giuridico di tali comunioni familiari (e la loro insuscettibilità di essere ricondotte nel novero degli usi civici: cfr. Cass., Sez. un., n. 2336 del 1982 e Cons. Stato, parere 14 aprile 1964, n. 525), già avvenuto, specificamente per le regole cadorine, con il d.lgs. 3 maggio 1948, n. 1104, e, in generale, con l'art. 34 della legge 25 luglio 1952, n. 991 – in virtù del quale «nessuna innovazione è operata in fatto di comunioni familiari vigenti nei territori montani nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale; dette comunioni continuano a godere e ad amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore» – e con l'art. 10 della legge 3 dicembre 1971, n. 1102 – il cui primo comma dispone che «per il godimento, l'amministrazione e l'organizzazione dei beni agro-silvo-pastorali appresi per laudo, le comunioni familiari montane (anche associate tra loro e con altri enti) sono disciplinate dai rispettivi statuti e consuetudini» – ha poi avuto nuovo e maggiore impulso dalla legge 31 gennaio 1994, n. 97, recante «Nuove disposizioni per le zone montane».

L'art. 3 della legge (rubricato «Organizzazioni montane per la gestione di beni agro-silvo-pastorali») ha demandato alle regioni di provvedere «al riordino della disciplina delle organizzazioni montane, anche unite in comunanze, comunque denominate», fra le quali «le regole cadorine di cui al dlgs. 3 maggio 1948, n. 1104», «al fine di valorizzare le potenzialità dei beni agro-silvo-pastorali in proprietà collettiva indivisibile ed inuscupabile, sia sotto il profilo produttivo, sia sotto quello della tutela ambientale».

Ha dettato, al riguardo, alcuni principi cui le regioni devono attenersi. Fra questi vanno menzionati: *a*) conferimento alle organizzazioni della personalità giuridica di diritto privato (comma 1°, lett. *a*); *b*) ferma restando l'autonomia statutaria delle organizzazioni, e sentite le stesse: *b1*) possibilità delle regioni di autorizzare, a determinate condizioni, la destinazione di beni comuni ad attività diverse da quelle agro-silvo-pastorali, «assicurando comunque al patrimonio antico la primitiva

consistenza agro-silvo-pastorale» (comma 1°, lett. *b*, n. 1); *b2*) previsione di «forme specifiche di pubblicità dei patrimoni collettivi vincolati», con annotazioni nel registro dei beni immobili (comma 1°, lett. *b*, n. 3); *b3*) previsione di «modalità e limiti del coordinamento tra organizzazioni, comuni e comunità montane», nonché «garanzie del loro coinvolgimento nelle scelte urbanistiche e di sviluppo locale» (comma 1°, lett. *b*, n. 4).

È quindi intervenuta la legge della Regione Veneto 19 agosto 1996, n. 26 (modificata dalla legge reg. 6 aprile 2012, n. 13, che ne ha esteso l'applicazione alle Proprietà collettive dell'Altopiano di Asiago e agli Antichi Beni Originari di Grignano Polesine), la quale ha previsto, per quanto qui maggiormente interessa, che: le Regole (cioè «le Comunità di fuochi-famiglia o nuclei familiari proprietarie di un patrimonio agro-silvo-pastorale collettivo, inalienabile, indivisibile ed inusucapibile», ivi comprese le “regole cadorine”) sono «soggetti concorrenti alla tutela ambientale e allo sviluppo socio-economico del territorio montano» (art. 1); alle stesse è riconosciuta la personalità giuridica di diritto privato, all'esito di un determinato procedimento (artt. 2 e 3); «il patrimonio antico delle regole è inalienabile, indivisibile, inusucapibile e vincolato alle attività agro-silvo-pastorali e connesse»; tale vincolo «è riconosciuto di interesse generale» (art. 6); «le regole possono modificare la destinazione di singoli beni di modesta entità, per consentirne l'utilizzazione abitativa, diretta e personale, da parte dei regolieri o, eccezionalmente, l'utilizzazione a fini turistici, artigianali, per coltivazione di cave o per la realizzazione di opere pubbliche»; la deliberazione di mutamento della destinazione è soggetta, salvo casi di breve durata, ad autorizzazione della giunta regionale (artt. 7-9); «al fine di valorizzare le potenzialità dei beni agro-silvo-pastorali sia sotto il profilo produttivo sia sotto quello della tutela ambientale», «gli enti pubblici territoriali sono tenuti a coinvolgere le Regole, acquisendone il preventivo parere, nelle scelte urbanistiche e di sviluppo locale, nonché nei processi di gestione forestale ed ambientale e di promozione della cultura locale. Gli enti interessati nell'assumere le deliberazioni finali devono motivare espressamente sul parere acquisito» (art. 14).

4.3 Venendo, infine, più direttamente all'oggetto del presente giudizio, con deliberazione della Giunta regionale n. 1609 del 9 giugno 2009 furono approvate le procedure per il rilascio dell'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti idroelettrici: in particolare, al punto 8 delle “Generalità”, fu previsto, per quanto qui rileva, che «nel caso in cui l'impianto interessi aree demaniali, beni appartenenti al patrimonio indisponibile degli Enti pubblici ovvero beni del patrimonio regoliero, la procedura espropriativa non è ammessa e, pertanto, il richiedente deve dimostrare, mediante atti idonei, la disponibilità del soggetto proprietario a concedere l'uso delle aree medesime».

Con la deliberazione n. 2100 del 7 dicembre 2011, oggetto del ricorso dinanzi al TSAP, la Giunta regionale ha provveduto ad aggiornare, fra l'altro, le procedure anzidette (nell'ambito dell'adeguamento al d.m. 10 settembre 2010, recante le «linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili»), con abrogazione integrale (salvo un punto che qui non interessa) della delibera n. 1609 del 2009 e, quindi, anche del riportato punto 8 delle “Generalità”.

È, pertanto, venuta meno la previsione dell'inammissibilità della procedura espropriativa (salva la disponibilità del proprietario a concederne l'uso) per i beni appartenenti al patrimonio regoliero.

4.4 Dal complessivo quadro normativo sopra delineato emerge che il legislatore, nazionale e regionale, ha evidentemente inteso valorizzare le Regole e il loro antico patrimonio agro-silvo-pastorale, riconoscendo ad esse, in ragione della finalità della loro attività, la funzione del perseguimento di interessi della collettività, garantiti anche a livello costituzionale nelle norme poste a tutela dell'ambiente in generale e delle zone montane in particolare (artt. 9 e 44 Cost.).

Ciò, però, non comporta alcun vincolo di inespropriabilità dei beni regolieri, né la subordinazione del loro esproprio a forme di autorizzazione o consenso della Regola: tali beni, infatti, non possono ritenersi sottratti al principio generale di cui all'art. 42, 3° comma, Cost., secondo cui la proprietà privata (qual è quella in esame) può essere espropriata – salvo indennizzo – per motivi di interesse generale.

Nessuna disposizione porta ad una tale conclusione.

Il vincolo di inalienabilità e il divieto di mutamento di destinazione dei beni (se non autorizzato dalla regione), stabiliti dalla legge n. 97 del 1994 e dalla legge regionale di attuazione n. 26 del 1996, hanno come destinatari gli stessi soggetti collettivi proprietari e certo non precludono alla regione di valutare l'esistenza di un interesse pubblico prevalente che imponga l'espropriazione dei beni regolieri e la loro sottrazione alla destinazione originaria, così come la regione stessa, come detto, può autorizzare un tale mutamento deliberato dalla regola. Del resto, non può non rilevarsi che l'art. 4 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 ("Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità"), prevede che «i beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato e degli altri enti pubblici possono essere espropriati per perseguire un interesse pubblico di rilievo superiore a quello soddisfatto con la precedente destinazione» (comma 2°) e che «i beni gravati da uso civico non possono essere espropriati o asserviti coattivamente se non viene pronunciato il mutamento di destinazione d'uso, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico» (comma 1-*bis*, inserito dall'art. 74 della legge 28 dicembre 2015, n. 221).

4.5 Tuttavia, la suddetta funzione di interesse sociale da attribuire ai soggetti titolari delle proprietà collettive in esame, i quali concorrono alla tutela del paesaggio ed allo sviluppo socio-economico delle zone montane (garantiti dalla Costituzione, in particolare all'art. 44, 2° comma), esige che, nell'ambito di una procedura di espropriazione per pubblica utilità – quale quella di cui si discute, diretta alla costruzione di impianti di energia alimentati da fonti rinnovabili –, occorra procedere ad una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e l'opposto interesse pubblico al mantenimento dell'originaria destinazione dei terreni, quale mezzo di salvaguardia dell'ambiente.

E tale attività di ponderazione non può prescindere, ai fini di una piena cognizione, da un coinvolgimento delle comunità regoliere, stante il rilievo costituzionale della loro tutela: la modalità di tale coinvolgimento va individuata, secondo un'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, nel parere (non vincolante), cioè nell'obbligo dell'organo competente di sentire le regole (non rivelandosi a tal fine sufficiente il loro eventuale intervento in seno al procedimento unico di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, finalizzato al rilascio dell'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili).

Lo strumento del parere, del resto, non può ritenersi escluso dalla delibera-

zione di Giunta oggetto di contestazione, trovando già ampio riconoscimento, nella materia in esame, sia nella legge n. 97 del 1994, il cui art. 3 prevede che le regioni disciplinino con legge le organizzazioni montane “sentite” le stesse, sia nella legge reg. Veneto n. 26 del 1996, la quale, all’art. 14, come sopra riportato, stabilisce che gli enti pubblici territoriali devono acquisire il “preventivo parere” delle Regole «nelle scelte urbanistiche e di sviluppo locale, nonché nei processi di gestione forestale ed ambientale e di promozione della cultura locale», con obbligo degli enti medesimi di motivare espressamente, nell’assumere le deliberazioni finali, sul parere acquisito.

Inoltre, e in conclusione, il parere costituisce lo strumento generale adeguato allorché si tratti di garantire il coinvolgimento di tutti i soggetti portatori di interessi pubblici nella procedura di valutazione comparativa con altri interessi coinvolti (cfr. Corte cost. n. 156 del 1995, dichiarativa dell’illegittimità costituzionale dell’art. 12, comma 2°, della legge n. 97 del 1994, nella parte in cui, in caso di espropriazione di terreni montani per opere pubbliche o di pubblica utilità, non prevedeva che fosse sentito il parere della regione interessata in merito alla cessazione dei diritti di uso civico esistenti sui beni espropriandi).

5. Il ricorso principale va, pertanto, nei sensi anzidetti, rigettato. Resta assorbito il ricorso incidentale della Regione Veneto.

La novità e la complessità della questione inducono a disporre la compensazione delle spese.

Sussistono, infine, i presupposti per dare atto, ai sensi dell’art. 13, comma 1-*quater* del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, della sussistenza dell’obbligo di versamento, da parte delle ricorrenti, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

Per questi motivi

La Corte, a sezioni unite, rigetta il ricorso principale, assorbito l’incidentale. Ai sensi dell’art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte delle ricorrenti, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.

(Omissis).

(1) Alla ricerca della certezza del diritto tra la forza della storia e la funzione normativa dei giudici. Una non persuasiva sentenza delle Sezioni unite sulla proprietà regoliera.

1. La sentenza n. 7021 delle Sezioni unite dell’11 aprile 2016 che sopra ho riportato non mi persuade affatto.

Mi è sembrata sempre non corretta una sentenza che voglia dare insegnamenti da maestro senza dapprima ricordare (e criticare doviziosamente) la precedente numerosa giurisprudenza che, forte e rafforzata dalla dottrina, si è già pronunciata sull’argomento oggetto del successivo decidere contrario. Perciò è all’attenzione dei lettori che voglio

portare il mio tentativo di dimostrare che, nel caso di specie, le Sezioni unite hanno soltanto presunto di *jus dicere*, ma che, invece, sono uscite da un precedente “tracciato” ricco di affermazioni e di dimostrazioni senza, però, confutarle in modo convincente, contando, in modo autoreferenziale, soltanto sulla propria posizione “suprema” nell’Ordinamento “capace” di dare “forza” ai suoi pronunciamenti¹. La fortuna, però, è che nel nostro sistema giuridico la Suprema Corte non gode del principio del precedente vincolante², sicché non solo è doveroso criticarne le sentenze che non persuadono, ma è anche possibile cercare di capovolverne il preteso insegnamento.

2. Il caso oggetto della sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione è presto detto.

Con la direttiva 2001/77 del 27 settembre 2001 l’Unione europea ha sollecitato gli Stati membri a dettare regole per la promozione dell’energia elettrica da fonti rinnovabili. L’Italia ha emanato il d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, e, in tale quadro, la Regione Veneto ha progressivamente emesso varie deliberazioni, tra cui quelle nn. 4070/2008 e 1609/2009 che precedono la delibera n. 2100/2011 che è la deliberazione che è stata impugnata e che qui interessa.

Con la prima delibera n. 4070/2008 la Regione Veneto aveva stabilito che coloro che avessero proposto di costruire impianti idroelettrici di produzione di energia da fonti rinnovabili venissero esonerati dall’obbligo di dimostrare la disponibilità dell’area destinata all’opera, perché in difetto di tale disponibilità il provvedimento regionale di “autorizzazione unica” sarebbe stato considerato equivalente alla dichiarazione di pubblica utilità, con conseguente forza espropriativa del terreno. In altre parole, per ottenere la concessione a edificare un impianto idroelettrico su un terreno si affermava la necessità di averne la disponibilità; ma era previsto che, in difetto di concessione da parte del proprietario dell’area, l’opera potesse essere dichiarata di pubblica utilità quale atto prodromico alla espropriazione.

Avverso tale delibera avevano proposto ricorso al TAR del Veneto le regole dell’Ampezzo, del Cadore, del Comelico e del Colle S. Lucia, contestando che la delibera non

¹ Il mio timore è che dal “principio” *la proprietà regoliera è una proprietà privata* (che oggi le Sezioni unite affermano di ricavare dalle regole normative) si traggano, dalla dottrina e dalla giurisprudenza del prossimo avvenire, “regole” che portino a svuotare di contenuto la proprietà regoliera come la storia, i giudici e i giuristi hanno finora formulato.

Di recente sulla interconnessione tra principi e regole v. il brillante saggio di A. JANNARELLI, *I “principi” nel diritto privato tra dogmatica, storia e post-moderno*, in *Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, 2013, fasc. 43, p. 113: «[I principi] costituiscono le ragioni intrinseche delle regole, le spiegano, esprimono i collegamenti interni tra le stesse, ne permettono l’organizzazione in maniera coerente ed ordinata: in questo senso essi sono implicitamente immanenti alle regole, per quanto risultino ‘formati’ dalle indagini della cultura giuridica. Come dire, dunque, che a fronte di un complesso di regole, l’intelligibilità di queste ultime sulla base di legami esistenti tra le medesime, la loro riconducibilità ad un ordinato sistema esigono, ed in parte presumono, necessariamente anche la presenza di principi che ne riflettano ed assicurino l’interconnessione».

² Nel sistema inglese, dalla regola dello *stare decisis* consegue la certezza del diritto, dato che la circostanza che i precedenti impegnano per il futuro significa sicurezza (o forse probabilità) che, *rebus sic stantibus*, ogni nuovo caso simile venga deciso nella stessa maniera del precedente. Certezza del diritto vuol dire, infatti, certezza di uniformità di trattamento, prevedibilità (*predictability*) e affidamento (*confidence*) in una futura coerente decisione del giudice.

Nel nostro sistema, pur privo del principio del precedente vincolante, le sentenze della Suprema Corte hanno – come più sopra, nel testo, ho accennato – una rilevante forza di convincimento.

avesse tenuto conto la specificità delle aree di proprietà regoliera, sulle quali molte delle programmate opere idroelettriche venete sarebbero state impiantate: invero, qualora il terreno fosse di proprietà regoliera, la mancanza di disponibilità dell'area del futuro impianto da parte della regola coinvolta, avrebbe dato luogo all'autorizzazione unica regionale a costruire, la quale, per la sua natura di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, avrebbe determinato la coatta acquisizione del terreno regoliero, nonostante l'art. 1, comma 2°, della stessa legge reg. Veneto 19 agosto 1996, n. 26, riconosca l'inalienabilità, l'indivisibilità e l'insuscipibilità del patrimonio regoliero.

Nel corso del giudizio davanti al TAR la Regione Veneto è intervenuta con la delibera n. 1609/2009. Con questa seconda deliberazione la Regione ha modificato la precedente, stabilendo espressamente: «Nel caso in cui l'impianto interessi aree demaniali, beni appartenenti al patrimonio indisponibile degli enti pubblici ovvero *beni del patrimonio regoliero*, la procedura espropriativa non è ammessa e, pertanto, il richiedente deve dimostrare, mediante atti idonei, la disponibilità del soggetto proprietario a concedere l'uso delle aree medesime, ad eccezione delle aree appartenenti al demanio idrico per le quali la concessione regionale è definita nel corso del procedimento». Dunque la Regione Veneto aveva finito con il riconoscere che una procedura espropriativa derivante dall'autorizzazione regionale alla costruzione e gestione di impianti idroelettrici non era da ammettersi se l'area interessata fosse di proprietà delle regole senza il consenso di queste.

Il 7 novembre 2011 la Regione Veneto ha emanato una terza delibera, quella n. 2100/2011, con la quale ha modificato la delibera n. 1609/2009, cancellandone la parte in cui si era stabilito che, ove l'impianto idroelettrico avesse riguardato o coinvolto beni demaniali, beni del patrimonio indisponibile di enti pubblici o beni del patrimonio regoliero, non si sarebbe potuto procedere ad espropriazione e l'interessato avrebbe dovuto dimostrare la disponibilità del proprietario di tali beni a concederne l'uso.

La regola di Vallesella, Resinego e Serdes, la regola Granda di San Vito di Cadore e la regola di Chiappuzza e Costa hanno proposto ricorso al Tribunale superiore delle acque pubbliche, ma il ricorso è stato respinto perché lo «statuto dominicale privilegiato» dei beni delle regole non può essere opposto «ad ogni diverso e/o superiore bisogno generale». Tale conclusione è la conseguenza della premessa che la proprietà regoliera è una proprietà privata «metaindividuale», a cui non è possibile applicare la disciplina dei beni pubblici, nonostante la dichiarazione legislativa della sua indivisibilità, insuscipibilità, inalienabilità e vincolo di destinazione essenziale, caratteristiche proprie dei beni demaniali³.

³ La sentenza del Tribunale Superiore delle acque pubbliche del 13 febbraio 2013 n. 79 è pubblicata in questa *Rivista*, 2013, II, p. 326, con mia annotazione (a p. 316) dal titolo *La proprietà regoliera è una proprietà privata metaindividuale?* Il mio commento è esteso alla sentenza del Cons. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2013 n. 1698 (*ibidem*, p. 329) con riferimento a beni civici esistenti nel comune campano di Contursi Terme, la cui massima è del seguente tenore: «Per la natura quasi demaniale delle terre gravate da uso civico il procedimento di autorizzazione al mutamento della loro destinazione deve essere preceduto dalla procedura di evidenza pubblica prescritto dalla normativa comunitaria per ogni concessione di diritti su beni pubblici» in applicazione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità. La conseguenza è che la Regione, nella valutazione anche della compatibilità paesaggistica dei progetti delle opere che si intendano eseguire, deve assicurare, oltre che la diversa destinazione dell'area civica «rappresenti un reale beneficio per la generalità degli abitanti» nell'immediato e per il futuro, anche il rispetto dei principi del contraddittorio, dell'informazione e della partecipazione pubblica per consentire «l'emersione del dissenso e il vaglio delle eventuali obiezioni dei soggetti appartenenti alla comunità che sono i reali titolari dei diritti civici».

Contro la sentenza del Tribunale Superiore delle acque pubbliche le regole hanno proposto ricorso per cassazione e la controversia è stata incardinata davanti alle Sezioni unite.

3. Con ordinanza interlocutoria del 4 novembre 2014 le Sezioni unite, ritenendo che «le questioni di massima siano di particolare importanza e postulino opportuni approfondimenti sotto il profilo normativo e dottrinario», hanno richiesto all'Ufficio del Massimario una relazione in cui «si operi una ricostruzione del quadro normativo di riferimento, applicabile alle regole del Cadore ed ai beni regolieri, individuandosene la vigente disciplina ed il contributo offerto dalla Dottrina»⁴.

La relazione è stata redatta, ma il Primo Presidente della Suprema Corte l'ha negata ai difensori delle regole che l'avevano richiesta, affermando che le relazioni dell'Ufficio del Massimario costituiscono un supporto tecnico che esso fornisce all'organo giudicante, sicché le parti processuali, prima della decisione del Collegio, non possano avervi accesso.

4. Il 6 ottobre 2015 le Sezioni unite hanno trattenuto la controversia in decisione e l'11 aprile 2016 hanno depositato la sentenza che ha preso il n. 7021.

Con tale sentenza le Sezioni unite, sulle conclusioni difformi del Procuratore generale, hanno rigettato il ricorso, affermando che i beni regolieri «non possono ritenersi sottratti al principio generale di cui all'art. 42, 3° comma, Cost., secondo cui la proprietà privata (*qual è quella in esame*) può essere espropriata – salvo indennizzo – per motivi di interesse generale». Concludendo, quindi, che i beni regolieri sono espropriabili, purché si sia proceduto «ad una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e l'opposto interesse pubblico al mantenimento dell'originaria destinazione dei terreni, quale mezzo di salvaguardia dell'ambiente» e si sia coinvolta la comunità regoliera di cui occorre acquisire il «parere (*peraltro non vincolante*)» [i corsivi sono miei].

5. Un primo rilievo. Il relatore e redattore dell'ordinanza interlocutoria, con cui si chiedevano “lumi” all'Ufficio del Massimario sulla precedente giurisprudenza e sulla rilevante dottrina relativa alle proprietà collettive e, in particolare, alla proprietà regoliera, è stato il dr. Antonino Di Blasi.

Della relazione ricevuta dal Massimario non si dice nulla nella sentenza delle Sezioni unite come se fosse stata assolutamente inefficace per la decisione da prendere, in sostanza con un implicito giudizio di revoca della precedente ordinanza interlocutoria da considerarsi superflua e quindi lasciando in un completo *non cale* la giurisprudenza e la dottrina richiamate.

Il Procuratore generale che ha espresso le sue conclusioni nel senso – come ho accennato – dell'accoglimento del ricorso è il dr. Riccardo Fuzio, il cui nome non è ignoto ai cultori della materia degli usi civici perché è tra gli annotatori della sentenza della Corte cost. 10 maggio 1995, n. 156, sull'art. 12 della legge 31 gennaio 1994, n. 97, sulla montagna, sentenza con cui è stata dichiarata l'illegittimità della detta norma perché aveva ritenuto espropriabili i beni privati gravati da uso civico senza alcun intervento (almeno il parere) della Regione interessata⁵.

Il relatore ed estensore della sentenza delle Sezioni unite è stato il dr. Biagio Virgilio, oltretutto un giudice diverso dall'estensore della succitata ordinanza interlocutoria.

⁴ Si noti che la parola “dottrina” è scritta con la D maiuscola.

⁵ Vedine l'annotazione in *Foro it.*, 1995, I, c. 2770.

Il collegio che ha deliberato la sentenza del rigetto del ricorso delle Regole è diverso, in sette membri, da quello che ha pronunciato l'ordinanza interlocutoria: risultano essere gli stessi soltanto il Presidente dr. Luigi Antonio Rovelli e il consigliere dr. Antonio Greco.

Non ho motivi per escludere che sussistano giustificati motivi del cambio del collegio e del cambio del relatore e che essi siano rispondenti alle regole di funzionamento delle sezioni della Suprema Corte. Il precedente relatore dr. Di Blasi può essere stato trasferito altrove o essere andato in pensione. L'ordine del collegio per l'anno 2015, che è la data dell'udienza finale in cassazione (6 ottobre 2015), può ben essere cambiato da quello per l'anno 2014, che è la data dell'ordinanza interlocutoria (4 novembre 2014).

6. È sul merito che non posso non manifestare le mie forti perplessità: trattasi di una sentenza con cui, *in modo secco e netto*, si afferma che la proprietà regoliera è una *proprietà privata*, espropriabile per un superiore interesse pubblico dell'opera progettata, essendo *sufficiente il parere non vincolante* della Regola proprietaria.

Desidero far notare che non contesto che la proprietà collettiva e, in particolare, la proprietà regoliera di cui si discuteva sia espropriabile previo – come preciserò – un complesso procedimento di sclassificazione o sdemanializzazione. Discuto sull'affermazione che essa è una *proprietà privata* senza una sufficiente ed adeguata motivazione. In altre parole io contesto l'affermazione *secca e netta* della natura «privata» degli usi civici, senza che le Sezioni unite abbiano, dapprima, ricordato e confutato: *a*) che lo stesso legislatore nel 1894, con la legge 4 agosto 1894, n. 397, aveva sottoposto i domini collettivi dell'ex Stato Pontificio alla disciplina della legge comunale e provinciale⁶ e che nel 1948, con il d.lgs. 3 maggio 1948, n. 1105, aveva riconosciuto alle regole della Magnifica Comunità Cadonina la personalità giuridica di diritto pubblico⁷; *b*) che per un precedente lungo tempo gli usi civici sono stati presi in considerazione soprattutto dai cultori del diritto pubblico⁸

⁶ Cfr. art. 1, 1° comma. L'art. 5 di tale legge, che voleva che fosse garantita «la retta amministrazione dei beni sociali» e fosse assicurata «la responsabilità degli amministratori», prescriveva l'applicazione di molte disposizioni della legge comunale e provinciale: sicché la dottrina e la giurisprudenza ritenevano che i «dominii collettivi» elevati a persone giuridiche avessero la personalità di diritto pubblico, e più precisamente che fossero *enti pubblici economici* perché il carattere preminente che avevano acquistato nell'evoluzione delle finalità dell'associazione, era dato da «quell'attività, nel campo della produzione agricola, svolta nell'interesse dei propri associati e non collegata strumentalmente al perseguimento di quelle finalità di tutela dell'interesse collettivo» (Cass. 28 luglio 1975, n. 25449). Il testo fondamentale della legge n. 1766 del 1927 non ha, invero, alcuna esplicita definizione, ma, secondo la Circolare del Ministero dell'Economia nazionale del 10 maggio 1928 n. 936, le associazioni agrarie, «che sotto le denominazioni di Università, Comunanze, Partecipanze, Dominii Collettivi, Vicinie, Regole, Antichi Originari ed altre, ancora esistono nelle varie provincie dell'Italia settentrionale e centrale», andavano annoverate tra gli enti di diritto pubblico, anche perché essi amministrano i loro beni in ossequio alla legge comunale e provinciale. In argomento v. anche F. GALGANO, *Sulla natura giuridica delle Partecipanze agrarie emiliane*, in questa *Rivista*, 1993, I, p. 179, il quale collega l'assoggettamento delle associazioni agrarie di cui alla legge del 29 giugno 1888 n. 5489 alla «tutela amministrativa» al fine di «impedire che accada la malversazione del danaro sociale e lo sperpero della proprietà comune» come era accaduto alla Partecipanza di Medicina.

⁷ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Le Regole della magnifica Comunità Cadonina*, Milano, 1953. Per l'A., la Regola non è riconosciuta come ente con finalità soltanto e semplicemente privatistiche, dato che i suoi fini, pur essendo in primo luogo fini dei regolieri, richiamano interessi più vasti, propri di collettività maggiori. Come soggetti pubblici economici sono intese le Partecipanze agrarie emiliane da F. GALGANO, *Sulla natura giuridica delle Partecipanze emiliane*, cit.

⁸ Cfr., anche per la bibliografia, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, pp. 147 ss., 164 ss. V. anche L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *IV Dig./pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 584.

e, più recentemente, vengono intesi come diritti fondamentali costituzionalmente rilevanti⁹ e, quindi nuovamente, di rilievo pubblicistico; e c) che da oltre un quarantennio dottrina e giurisprudenza ritengono la proprietà collettiva una proprietà privata e pubblica assieme. Ciò è in particolare, senza – ed è questo che mi lascia fortemente perplesso sul *ius dicere* delle Sezioni unite – confutare la ben differente affermazione contenuta nella precedente giurisprudenza della stessa Corte Suprema secondo cui la proprietà collettiva sostanzialmente costituisce un *tertium genus* perché trattasi di beni di appartenenza privata ma assoggettati ad un regime di proprietà pubblica¹⁰.

7. Invero, le mie perplessità derivano dal fatto che ben diversa è stata l'affermazione della stessa Suprema Corte quando, con la sentenza 14 febbraio 2011, n. 3665¹¹, rilevava come dal quadro normativo-costituzionale «emerg[esse] l'esigenza interpretativa di 'guardare' al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica. Ciò comporta[va] che, in relazione al tema in esame [la proprietà della valle di pesca Averno nella parte meridionale della laguna di Venezia], più che allo Stato apparato (...) d[ovesse] farsi riferimento allo Stato collettività (...); in tal modo disquisire in termini di sola dicotomia di beni pubblici (o demaniali)-privati significa[va], in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi, in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati».

In sostanza, la Corte di cassazione aveva già riconosciuto il superamento della dicotomia “proprietà pubblica” e “proprietà privata” dell'art. 42 Cost. e aveva messo in evidenza altre figure, come quelle delle servitù pubbliche e dei diritti di uso pubblico, «quali le strade vicinali, gli *usi civici* e le *proprietà collettive*», dopo avere affermato che gli «usi civici presentano la caratteristica della non appartenenza, a titolo di proprietà individuale, a persone fisiche od enti in quanto spettanti ad una comunità di abitanti che ne godono collettivamente».

Ed allora, non era necessario/opportuno che le Sezioni unite dessero convincente dimostrazione di avere cambiato “opinione” confutando il richiamo che la Suprema Corte con la sentenza n. 3665 del 2011 aveva fatto all'art. 42 Cost., cioè a quello stesso

⁹ Cfr., anche per la bibliografia, G. DI GENIO, *Tutela e rilevanza costituzionale dei diritti di uso civico*, Torino, 2012. V. anche A. SIMONCINI, *Il rilievo costituzionale degli usi civici: «un altro modo di regolare?»*, in *Quaderni dei Georgofili*, Firenze, 2005, fasc. II, p. 37; F. CORTESE, *Sulla definizione di uno statuto costituzionale per le proprietà collettive*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2004, fasc. 2, p. 17.

¹⁰ Ancorché non perfettamente risolutori per la specie della proprietà collettiva tengo a ricordare che la dottrina, con riferimento agli interessi/diritti collettivi, ha affermato la loro speciale configurazione in quanto disciplinati in modo da non potersi ricondurre interamente né al campo privatistico, né a quello pubblicistico. Sul punto v. anche V. CERULLI IRELLI, *Organismi di gestione di proprietà comunitarie nella realtà italiana: profili pubblicistici*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, p. 193, secondo il quale «nella nostra materia va distinto chiaramente il profilo soggettivo da quello oggettivo: una volta affermato, come afferma il legislatore in materia inequivocabile, che i beni di cui ci occupiamo sono beni assoggettati al regime di tutela pubblicistica incentrato sui noti istituti 'demaniali', ciò che concerne poi le forme organizzative della gestione, la loro stessa ascrizione al diritto pubblico o al privato diviene un profilo non più vincolato a rigidi schemi positivi». Di un *tertium genus* tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private con riferimento alla disciplina ex art. 3 legge 97/1994 parlano C. TREBESCHI e A. TREBESCHI, *Le proprietà collettive*, in A. CAGNASSO, S. TOSCHEI e M. TUCCI (a cura di), *Sanzioni amministrative in materia di usi civici*, Torino, 2013, p. 229.

¹¹ Essa è pubblicata in *Foro it.*, 2012, I, c. 564, con nota di E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*.

articolo a cui ora le Sezioni unite si rifanno per affermare che la proprietà regoliera, non essendo una proprietà «pubblica», è – per necessaria conseguenza – una proprietà “privata”? Ritengo di sì: cosa, però, che non riscontro nella sentenza delle Sezioni unite.

8. Mi preme ancora far rilevare la precedente giurisprudenza della Suprema Corte sul tema dell'espropriabilità delle terre civiche. Perciò mi limiterò ad accennare alle decisioni dei Commissari liquidatori degli usi civici quando hanno affrontato nelle loro decisioni la questione dell'espropriabilità dei beni civici in forza di decreti di esproprio di autorità pubbliche o di atti di esecuzione pignorizia da parte di privati¹². Infatti, mi preme soprattutto segnalare la giurisprudenza della stessa Corte di cassazione specie quando in essa si è fatto ricordo di pronunce della Corte costituzionale.

Devo premettere che per risolvere la questione dell'espropriabilità/inespropriabilità dei beni civici si è partiti sempre dall'insegnamento della Corte di cassazione che sostiene l'assimilazione del bene gravato da uso civico a quello demaniale, talvolta con semplice avvicinamento del relativo regime¹³, più spesso con una equiparazione tendenzialmente piena¹⁴. Con la sentenza che io contesto le Sezioni unite passano sotto silenzio

¹² Il Commissario agli usi civici del Lazio con sentenza del 4 giugno 1981 ha affermato che «il regime dei beni civici (...) ha i caratteri propri della demanialità, in quanto i beni civici sono inalienabili, incommerciabili, imprescrittibili, non suscettibili di pignoramento e quindi di espropriazione forzata, tanto su istanza dei privati, quanto della stessa pubblica amministrazione. Né, infine, di espropriazione per pubblica utilità, salvo che la loro alienazione non sia realizzata nei casi o nei modi di legge». La sentenza è pubblicata in *Nuovo dir. agr.*, 1983, p. 370, con nota di P. U. DI PALMA, *Nullità di aggiudicazione in procedimento di espropriazione immobiliare di usi civici*. Trattavasi della causa tra il comune di Riano e un privato aggiudicatario di terreni gravati di uso civico: il comune di Riano, debitore esecutato, espropriato di alcuni terreni ad istanza del creditore, aveva chiesto al Commissario liquidatore degli usi civici che fosse dichiarata nulla la vendita, operata dal tribunale di Roma, in favore dell'aggiudicatario.

Lo stesso Commissario agli usi civici del Lazio con decisione del 18 febbraio 1991 ha affermato che dovevano essere disapplicati, per carenza di potere ablatorio, i provvedimenti amministrativi sull'espropriazione dei terreni collettivi appartenenti al demanio comunale di Frascati su cui doveva sorgere la seconda Università di Roma, e ciò perché essi non avevano provveduto al mutamento di destinazione delle terre di uso civico incluse nel comprensorio. La sentenza è pubblicata in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1344. La controversia era tra il Comune di Frascati e l'Università degli studi di Roma II.

Il Commissario degli usi civici del Veneto con decisione del 13 maggio 2005 ha affermato che l'espropriazione dei beni soggetti ad uso civico deve essere preceduta dal provvedimento regionale di autorizzazione al mutamento di destinazione d'uso. La sentenza è pubblicata in *Riv. amm. Veneto*, 2007, p. 70, con nota di I. CACCIAVILLANI, *Usi civici e regole: coerenza giurisprudenziale ed equivoci di giurisdizione*.

Il Commissario degli usi civici della Calabria ha dichiarato illegittima la trasformazione di un'area assoggettata ad usi civici, perché sprovvista dell'autorizzazione regionale di mutamento di destinazione. La sentenza è pubblicata in *Corti calabresi*, 2007, p. 699. La massima può essere letta in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Usi civici*, n. 15.

¹³ Cass. 12 ottobre 1948, n. 1739; Cass. 12 dicembre 1953, n. 3690. In particolare v. Cass. 19 ottobre 1967, n. 2553, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 263, secondo cui «i beni di uso civico non sono demaniali in senso tecnico, ma ad essi si applica, in forza della legge particolare che li concerne, il regime giuridico dei beni demaniali, tra cui, appunto, la inalienabilità, la imprescrittibilità, la inusucapibilità». Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 341, che definisce «parademaniale» il regime dei beni in proprietà collettiva. Sulla differenza tra beni pubblici e beni in proprietà collettiva v. anche V. CERULLI IRELLI, *Uso pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, p. 969.

¹⁴ Cass. 8 novembre 1983 n. 6589; Cass. 28 settembre 1977 n. 4120; Cass. 15 giugno 1974 n. 1750.

tale insegnamento tradizionale, dimenticando perfino che esso corrisponde, però, al «pensiero» della Corte costituzionale¹⁵. La domanda comunque a cui devo rispondere è se i beni demaniali siano inespropriabili e, in caso di risposta affermativa e per conseguenza, se i beni civici, in quanto assimilabili ai beni demaniali, siano inespropriabili.

Orbene, per l'espropriabilità dei beni dello Stato e degli altri enti pubblici il 2° comma dell'art. 4 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ovvero sia il Testo unico delle leggi sull'espropriazione per pubblica utilità, riconosce che anche i beni *patrimoniali indisponibili* dello Stato e degli enti pubblici possono essere espropriati quando un interesse pubblico superiore lo richieda. Tale disposizione riguarda, però, il *patrimonio* pubblico indisponibile e non già il *demanio* pubblico. Tuttavia, tanto la dottrina¹⁶ quanto la giurisprudenza¹⁷, pur negando l'espropriabilità dei beni ricadenti sotto il regime della demanialità, precisano che nessun ostacolo vi è all'esproprio di beni *già* demaniali qualora essi siano stati fatti oggetto di *previa sdemanializzazione* da parte del soggetto pubblico competente.

Applicando tale conclusione ai beni civici si potrebbe concludere in prima battuta che dalla loro assimilabilità ai beni demaniali derivi anche l'espropriabilità dei beni civici ma previa sdemanializzazione, che però non potrebbe mai essere di fatto o tacita. In sostanza, i beni assoggettati ad uso civico potrebbero perdere tale loro qualità solo a seguito dei procedimenti di liquidazione o liberazione dagli usi civici, previsti e disciplinati dalla legge n. 1766 del 1927¹⁸: solo dopo potrebbero essere espropriati.

Con riguardo ai beni civici vi sono, però, norme specifiche che avvalorano tale conclusione: innanzitutto, si tratta dello stesso art. 4 del Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità, il quale, nel suo comma 1-*bis*¹⁹, precisa che «i beni *gravati da uso civico* non possono essere espropriati o asserviti coattivamente se non viene pronunciato il mutamento di destinazione d'uso, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico»²⁰. Inoltre, la legge

¹⁵ Cfr., ad esempio e per ultimo, Corte Cost. 9 luglio 2014, n. 210, avente ad oggetto la legge reg. Sardegna 2 agosto 2013 n. 19 contenente norme urgenti in materia di usi civici, di pianificazione urbanistica, di beni paesaggistici e di impianti eolici. La Corte – dopo avere ricordato che secondo la sentenza n. 3811/2011 delle Sezioni unite della Corte di cassazione, gli usi civici «configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali» – ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 della detta legge regionale, in relazione agli artt. 9 e 117, 2° comma, lett. s), Cost., nella parte in cui non prevede la tempestiva comunicazione del Piano straordinario di accertamento e degli atti modificativi dei vincoli di destinazione ai competenti organi statali affinché lo Stato possa far valere la propria competenza a tutelare il paesaggio con la conservazione dei vincoli esistenti o l'apposizione di diversi vincoli, e affinché, in ogni caso, effetti giuridici modificativi del regime dei relativi beni non si producano prima, e al di fuori, del Piano paesaggistico regionale.

¹⁶ Cfr. D. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *IV Dig./pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, p. 197. V. anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 755.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 1978 n. 1192, in *Cons. Stato*, 1978, I, p. 1834; TAR Sicilia, Sez. Catania, 21 aprile 1983 n. 356, in *TAR*, 1983, I, p. 2308.

¹⁸ Cfr. in tal senso TAR Sardegna, 17 luglio 2013 n. 546, con mio commento *Sull'impossibilità giuridica della sdemanializzazione di fatto dei terreni gravati da uso civico*, in *Dir. giur. agr. alim. e ambiente*, 2013, p. 559.

¹⁹ Inserito dall'art. 74 della legge 28 dicembre 2015, n. 221, dettante disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali.

²⁰ In altre parole, i beni *gravati da uso civico* non possono essere espropriati se prima non sia stato pronunciato il mutamento della loro destinazione.

31 gennaio 1994, n. 97, sulla montagna, dopo avere affermato, al 1° comma del suo art. 3, che le terre in proprietà collettiva sono indivisibili e inusucapibili²¹, introduce, al 2° comma dell'art. 12, l'argomento dell'espropriazione ma lo limita alle *terre private* su cui insistono usi civici²², senza alcuna estensione ai beni civici ovvero alle terre in proprietà della collettività²³.

In altre parole, devo tenere conto che l'ordinamento detta una regola espressa sull'esproprio delle terre private su cui gravano usi civici, mentre manca una norma espressa sull'esproprio delle terre civiche o collettive. Quindi è bene che io ricordi che la legislazione sugli usi civici distingue le terre civiche e gli usi civici insistenti su terre private. Le prime esprimono, nel loro regime, i caratteri propri della demanialità civica, cioè l'indivisibilità, l'inalienabilità e l'imprescrittibilità. I secondi sono, invece, un gravame del fondo che la legge ha voluto liquidare (con un compenso monetario o con una porzione del fondo) per liberare la terra del privato²⁴. In altre parole, ai fini dell'esproprio non si può non tenere conto della natura del bene che è soggetto all'espropriazione: un bene privato su cui la collettività vanta un uso civico, oppure un bene civico di cui la collettività è titolare. E questa distinzione ben risalta nelle seguenti sentenze: a) la sentenza 25 maggio 1957, n. 67, della Corte costituzionale sulla legittimità del decreto di esproprio di alcune terre assegnate alla collettività del comune di Civitella Paganico a seguito della liquidazione degli usi civici da essa vantati su terre private altrui. Con essa la Corte afferma che l'art. 9 della legge n. 230 del 1950 sulla riforma fondiaria contempla la possibilità di esproprio per i terreni che siano gravati da usi civici, prevedendo che questi si ritengano trasferiti ad ogni effetto sull'indennità di esproprio, sicché è possibile emanare un provvedimento di espropriazione con riguardo ai terreni gravati da uso civico ma non con riferimento ai terreni assegnati alle popolazioni a seguito

²¹ E ciò in aggiunta alla qualificazione di inalienabilità loro attribuita dall'art. 12 della legge 16 giugno 1927, n. 1766, sul riordinamento degli usi civici.

²² Secondo tale disposizione «nei Comuni montani i decreti di espropriazione per opere pubbliche o di pubblica utilità per le quali i soggetti espropriati abbiano ottenuto, ove necessario, l'autorizzazione di cui all'art. 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, e quella del Ministero dell'ambiente, determinano la cessazione degli *usi civici* eventualmente *gravanti sui beni oggetto di espropriazione*».

²³ Sulla limitazione della disposizione dell'art. 12 della legge n. 97 del 1994 ai soli terreni privati gravati dall'uso civico delle collettività v. anche G. DI GENIO, *op. cit.*, p. 109. Comunque, questa distinzione emerge chiaramente dalla sentenza della Corte cost. 10 maggio 1995 n. 156 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 2° e 3° dell'art. 12 legge n. 97 del 1994 «nella parte in cui, nel caso di espropriazione di terreni montani per opere pubbliche o di pubblica utilità, non prevede che sia sentito il parere della Regione interessata in merito alla cessazione dei *diritti di uso civico esistenti sui beni espropriandi*, quando il decreto di esproprio sia pronunciato da una autorità statale». La sentenza (come ho già accennato) è pubblicata in *Foro it.*, 1995, I, c. 2770, con annotazione di R. FUZIO, nonché in *Dir. giur. agr. amb.*, 1995, p. 403 con nota di U. PETRONIO, *Esproprio di terre di uso civico e partecipazione della Regione*.

Si tenga presente che la Corte, limitando il suo giudizio all'esproprio di *terre private* su cui una collettività vanta usi civici in senso stretto (cioè, *iura in re aliena*), ha anche affermato che «l'art. 2, comma 2°, implica una ponderazione dell'interesse pubblico alla costruzione di un'opera ordinata allo sviluppo economico del territorio montano con l'opposto interesse al mantenimento degli usi civici quali strumenti di conservazione delle forme originaria del territorio, e quindi di strumenti di tutela dell'ambiente. L'organo statale investito della domanda di esproprio non può compiere tale valutazione con piena cognizione di causa senza avere sentito il parere della Regione interessata, così che la norma impugnata deve essere integrata con questo requisito procedimentale».

²⁴ In argomento v. il mio *Usi civici, terre civiche, terre collettive*, in questa *Rivista*, 1999, II, p. 243. V. anche la mia voce *Usi civici*, in *IV Dig./civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, pp. 535-560.

del procedimento di liquidazione, terreni che, proprio in virtù della liquidazione, sono da considerarsi terre civiche in proprietà collettiva²⁵; b) la sentenza 11 giugno 1973, n. 1671, della Corte di cassazione secondo cui «qualora i beni appartenenti a privati, sui quali si esercita l'uso civico, vengano espropriati per pubblica utilità prima della liquidazione prevista dalla legge in materia (...) le ragioni derivanti dai diritti di uso civico si trasferiscono sull'indennità di espropriazione; se, invece, l'uso civico si esercita sui beni appartenenti alla collettività (...) il regime di inalienabilità e di indisponibilità cui beni stessi sono assoggettati (...) comporta che i beni anzidetti non sono espropriabili per pubblica utilità»²⁶; c) la sentenza del 28 settembre 2011, n. 19792, con cui la Corte di cassazione ha ritenuto «opportuno affermare espressamente il principio che un bene soggetto ad uso civico non può essere oggetto di espropriazione forzata, per il particolare regime della sua titolarità e della sua circolazione, che lo assimilano ad un bene appartenente al demanio, nemmeno potendo per esso configurarsi una c.d. sdemanializzazione di fatto»²⁷.

Orbene, nella loro pronuncia le Sezioni unite sembrano aver dimenticato che la differenza dei beni in proprietà collettiva non è tale – quanto al regime – da renderli dissimili dai beni demaniali. Quindi, in che modo le Sezioni unite sono pervenute ad affermare che la proprietà regoliera è una (mera) proprietà privata?

9. Sulla base dei pronunciamenti che ho più sopra ricordato si potrebbe concludere che i beni privati gravati da uso civico sono espropriabili, mentre, invece, i beni civici non possono essere espropriati. Tuttavia, la giurisprudenza ammette che anche siffatti beni siano oggetto di esproprio, purché prima sia avvenuta la loro sdemanializza-

²⁵ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1957, I, c. 921.

²⁶ Ma la sentenza – come subito preciserò – conclude «se non previa sdemanializzazione». La massima della sentenza è in *Rep. Foro it.*, 1973, voce *Usi civici*, n. 10.

²⁷ La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2012, II, p. 73, con mia nota *Sull'impignorabilità dei beni di uso civico: una rilevante sentenza della Corte Suprema*.

Quello che mi preme far presente è che nella predetta sentenza la Suprema Corte, dopo aver premesso che «per usi civici possono intendersi i diritti spettanti ad una collettività – ed a ciascuno dei suoi componenti, che può quindi esercitarlo *uti singulus* – organizzata ed insediata su di un territorio, il cui contenuto consiste nel trarre utilità dalla terra, dai boschi e dalle acque, nonostante la loro titolarità formale in capo a differenti soggetti pubblici o privati», e dopo avere riconosciuto «la persistente vitalità dell'istituto [che] poggia ora su una sua tendenziale mutazione funzionale, all'uso civico essendo cioè riconosciuta una nuova caratterizzazione della sua natura di bene collettivo, in quanto utile anche – se non soprattutto – alla conservazione del bene ambiente e per di più per ciò stesso non soltanto a favore dei singoli appartenenti alla collettività dei fruitori del bene nel singolo contesto territoriale collegato alle possibilità di concreto utilizzo dell'immobile, ma evidentemente alla generalità dei consociati», ha concluso che il regime relativo ai beni gravati da uso civico li rende insuscettibili (anche) di espropriazione forzata, dato che «l'incommerciabilità derivante dalle norme della legge nazionale comporta come inevitabile conseguenza che, al di fuori dei più o meno rigorosi procedimenti di liquidazione dell'uso civico e prima del loro formale completamento, la preminenza di quel pubblico interesse che ha impresso al bene immobile il vincolo dell'uso civico stesso ne vieti qualunque circolazione, compresa quella derivante dal processo esecutivo».

Mi preme anche mettere in evidenza il richiamo della detta sentenza alla «nuova» funzione degli usi civici, quella della conservazione del paesaggio e la tutela dell'ambiente, su cui v. anche Corte cost. 1° aprile 1993, n. 133, pubblicata in *Dir. giur. agr. amb.*, 1993, p. 278, con mia nota *La tutela della natura civica delle terre e degli usi civici quale interesse pubblico generale: il dictum della Corte costituzionale*. Si ricordi, infine, che per l'art. 199, comma 1°, lett. b), del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, le aree gravate da usi civici sono sottoposte a vincolo paesaggistico.

zione²⁸; però non può mai esserci una sdemanializzazione di fatto, ma essa deve essere il risultato di un complesso procedimento che la Corte di cassazione, nella sentenza del 28 settembre 2011, n. 19792, ha così esplicitato: «per i beni gravati da uso civico la delicatezza e complessità degli accertamenti necessari per la sclassificazione, ma soprattutto la peculiare struttura dell'istituto con il particolare ruolo dei singoli titolari dell'uso civico, escludono che questa possa avvenire in via di mero fatto. A differenza dai beni demaniali tradizionalmente intesi (...), per i quali il presupposto della sdemanializzazione resta – nell'ipotesi più favorevole per il privato – una situazione di protratta inerzia della pubblica amministrazione, unica abilitata ad espletare sul bene anche la signoria di fatto indispensabile per imprimervi la destinazione all'uso pubblico, sui beni gravati da uso civico sussiste la compresenza di un complesso di diritti soggettivi esercitabili *uti singulus* da ciascuno dei beneficiari di quello, sicché le situazioni da accertare sono molte e complesse, nel contraddittorio, almeno potenziale, con i singoli compartecipi e, per loro o in loro figurativa rappresentanza, con l'ente pubblico territoriale di riferimento individuato dalla legge. Soltanto la garanzia dei passaggi procedurali volti a verificare l'effettiva perdita, da parte del bene, delle sue attitudini ad essere destinato all'uso civico – relazioni di organi tecnici dotati di particolare competenza, ricerche comparative su documenti, esame di provvedimenti di sfruttamento del bene a fini diversi da quelli originari e così via, a seconda delle differenti legislazioni regionali – può allora garantire la collettività indistinta degli altri partecipanti a quest'ultima, in quanto tali contitolari del medesimo diritto, in ordine al venir meno di una situazione, almeno originariamente pacifica, di sussistenza di quell'uso civico»²⁹.

²⁸ Si ritiene, cioè, che previamente sia necessario un provvedimento formale di sdemanializzazione nelle forme del provvedimento di mutazione di destinazione così come è previsto dall'art. 12 della legge 1766/1927 sugli usi civici: cfr. E. TOMASELLA, *L'espropriazione e i beni civici*, in L. MIELE (a cura di), *La Regione Puglia e gli usi civici*, Foggia, 2000, p. 45. Si ricordi allora che *supra*, nella nota 8, ho riportato le sentenze dei Commissari per gli usi civici del Lazio, del Veneto e della Calabria in cui si sostiene che per l'espropriazione dei beni gravati da uso civico è necessario il provvedimento amministrativo di autorizzazione del mutamento di destinazione.

Oltre la sentenza della Cassazione già citata, v. App. Roma, Sez. spec. usi civici, 21 aprile 1992, pubblicata in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 21, con la seguente massima: «Poiché i beni del demanio civico universale sono espropriabili per pubblica utilità solo se previamente sdemanializzati, il commissario agli usi civici conserva la propria giurisdizione anche se il terreno risulti espropriato perché né il decreto di espropriazione né la dichiarazione di pubblica utilità sono equipollenti all'atto di sdemanializzazione».

Infine, quanto alla dottrina sull'istituto della sclassificazione dei beni civici, v. M. MAZZA, *In tema di sclassificazione di terre civiche*, in *Giur. agr. it.*, 1991, p. 25.

²⁹ Trattasi dei punti 12.2, 12.2.1 e 12.2.2. La sentenza è massimata – ma con riguardo al suo diverso punto 11 – in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Usi civici*, n. 7. Si tenga conto anche della sentenza del TAR Sardegna, Sez. I, 17 luglio 2013 n. 546 (già citata *supra*, nota 16), che, nel giudizio promosso da un privato contro l'ordinanza del sindaco del comune di Ulassai che gli aveva intimato di sgomberare i materiali da lui depositati in un'area soggetta ad usi civici, ha affermato che non è ammissibile la sdemanializzazione di fatto dei terreni di uso civico, essendo necessario il procedimento di loro liquidazione o liberazione come disciplinati dalla legge n. 1766 del 1927. Il procedimento previsto dalla legge n. 1766 del 1927 è quello prescritto dal suo art. 12, 2° comma, che stabilisce che «i comuni e le associazioni non potranno, senza l'autorizzazione (ora) regionale, alienarli o mutarne la destinazione», riprendendo in sostanza una regola della vecchia legislazione meridionale, con riguardo alla quale le Sezioni unite della Suprema Corte, con la sentenza 28 maggio 1955 n. 1657, avevano ricordato che «spettando la titolarità dei diritti di uso civico alle popolazioni, ai fini della disposizione degli stessi, non bastava la deliberazione degli enti rappresentativi dell'Ente comune (distinto dalla popolazione), ma occorreva la deliberazione di tutti i cittadini riuniti in pubblica assemblea *nemine discrepante* e l'approvazione del Sovrano. Inol-

In conclusione, dall'insieme delle sentenze sopra riportate si ricava che la proprietà collettiva potrebbe assumere una diversa destinazione di interesse pubblicistico³⁰, ma si ritiene che la necessaria sdemanializzazione debba precedere il provvedimento di espropriazione per pubblica utilità. Dunque, e in altre parole, al regime di inalienabilità dei beni di uso civico non inirebbe di per sé la condizione di beni non suscettibili di espropriazione, ma tale regime pretenderebbe, ai fini dell'esproprio, uno specifico atto della pubblica amministrazione che, facendo emergere un interesse pubblico prevalente rispetto all'interesse – anch'esso «pubblico» – sotteso ai beni di proprietà collettiva, riesca a provocare la perdita della loro rilevanza «pubblicistica»³¹.

Orbene, al «complesso» procedimento indicato dalla Corte Suprema con la sentenza n. 19792 del 2011 che più sopra ho fedelmente riportato, può essere equiparata la «semplice» richiesta del parere (peraltro non vincolante) della regola proprietaria del bene civico, così come affermano le Sezioni unite?

10. Mi preme ancora un'ulteriore considerazione. Le Sezioni unite richiamano doverosamente il comma 1-*bis* dell'art. 4 del Testo unico delle leggi sull'espropriazione per pubblica utilità che prescrive che «i beni *gravati da uso civico* non possono essere espropriati o asserviti coattivamente se non viene pronunciato il mutamento di destinazione d'uso, fatte salve le ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità sia compatibile con l'esercizio dell'uso civico». Il coinvolgimento delle regole attraverso il loro «parere» obbligatorio ma non vincolante, non viene, però, desunto per analogia dal detto comma 1-*bis* – trattandosi, nella controversia in discussione, di beni civici e non di beni privati gravati da usi civici – ma ricorrendo ad un'operazione che si dice essere imposta da una «interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata» della normativa vigente, con una sorta di sentenza additiva che mi sembra, però, essere prerogativa della Corte costituzionale.

In altre parole, le Sezioni unite si sono rese conto delle conseguenze della loro affermazione sulla natura privata della proprietà regoliera, argomentando così la necessità di un procedimento in cui l'atto di esproprio fosse preceduto da un parere (*peraltro non*

tre era chiesto anche il concorso di una *iusta et rationabilis causa* giustificatrice dell'alienazione o della rinuncia, perché le popolazioni non fossero indotte a privarsi di tali *iura naturalia* senza apprezzabili vantaggi, che potessero soddisfare diversamente le loro necessità biologiche e vitali».

³⁰ Ma in forza della legge 7 agosto 1990, n. 241 (in materia di procedimento amministrativo), anche il procedimento di valutazione del contemperamento degli interessi deve rispondere all'esigenza di assicurare piena visibilità all'azione amministrativa nel momento della sua formazione e di garantire la partecipazione dei destinatari dell'atto finale alla fase istruttoria preordinata alla sua adozione, in modo che attraverso l'acquisizione anche delle ragioni esposte da loro, l'amministrazione sia posta in condizione di esercitare il proprio potere con piena cognizione di tutti gli elementi di fatto e di diritto.

³¹ Ed allora è particolarmente appropriato il richiamo alla sentenza del Cons. Stato 22 gennaio 1964, n. 10, con cui è stato annullato il provvedimento del Prefetto di Belluno che aveva dichiarato l'esproprio di alcuni terreni collettivi nel comune di Borca di Cadore, perché «la dichiarazione di pubblica utilità non [avrebbe potuto] prescindere dalla valutazione comparativa dei due interessi [quello di pubblica utilità dell'opera perseguito con l'esproprio, da un lato, e quello della conservazione del vincolo perpetuo alle attività agro-silvo-pastorali dei beni civici, dall'altro] cui è riconosciuto carattere pubblico, che solo differirebbero per il rispettivo grado di concreta rilevanza», ponderazione con prevalenza dell'interesse pubblico generale che unicamente potrebbe giustificare la modifica di destinazione del bene civico, la quale è possibile solo alle particolari condizioni fissate dall'art. 12 della legge del 1927 per il passaggio dei beni civici dal regime di proprietà collettiva a quello di proprietà privata.

vincolante, così è espressamente affermato) delle regole³². Mi sembra una toppa applicata su un tessuto forse ormai sciupato!

11. Alla fine di questa lunga contestazione non posso non ricordare che la dottrina³³ riconosce nella proprietà collettiva una proprietà né interamente privata, né interamente pubblica, dato che privati sono i beni³⁴ e i soggetti titolari³⁵, mentre è pubblico o parapubblico il regime. D'altronde mi è obbligatorio richiamare gli insegnamenti di Paolo Grossi che, a partire dal suo fondamentale lavoro³⁶, riconosce che occorre prendere coscienza che «queste strane proprietà nascono al di là dello Stato e al di là dello Stato si motivano, sono il segno di altre culture aliene o contrarie e di esse serbano il marchio»³⁷, affermando che «la vera proprietà collettiva è un ordinamento giuridico pri-

³² Si tenga presente che anche il Tribunale Superiore delle acque pubbliche ha fatto riferimento, nella sentenza citata *supra* nella nota 3, alla necessità di un intervento delle Regole nel procedimento che potrebbe culminare nella perdita della loro terra, osservando che, in relazione alle esigenze di tutela dell'incolumità e integrità del patrimonio regoliero, «basta la spendita dei loro [delle regole] poteri di protezione e salvaguardia dell'ambiente montano nell'ambito del procedimento unico *ex art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003*, nel cui contenitore, segnatamente in fase di VIA, le esigenze di tutela trovano il loro punto di sintesi con tutti gli altri interessi coinvolti». Si noti, però, che tale soluzione non è stata ritenuta adeguata dalle Sezioni unite con la sentenza che qui contesto, allorché si riferisce «all'obbligo dell'organo competente di sentire le Regole (non rivelandosi a tal fine sufficiente il loro eventuale intervento in seno al procedimento unico di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, finalizzato al rilascio dell'autorizzazione per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili)».

³³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, L. FULCINITI e F. MARINELLI che in argomento hanno scritto monografie; ed ancora v. G.G. BOLLA, G. CERVATI, G. GALLONI, U. PETRONIO, P. RESCIGNO ed E. ROMAGNOLI che all'argomento hanno dedicato vari saggi, tutti citati in G. DI GENIO, *op. cit.*, *passim*.

³⁴ Privati sono espressamente qualificati i boschi del demanio collettivo dalla legge Regione Toscana 21 marzo 2000, n. 39, sulla legge forestale della Toscana, in cui è stabilito che «l'amministrazione dei boschi appartenenti a proprietà collettiva è regolata dalla disciplina per la proprietà privata».

³⁵ Personalità giuridica di diritto privato l'art. 3 della legge n. 97 del 1994 attribuisce alle «organizzazioni montane anche unite in comunanza, comunque denominate, ivi comprese le comunioni familiari montane di cui all'art. 10 della legge 3 dicembre 1971 n. 1102, le regole cadorine di cui al d.lgs. 3 maggio 1948, n. 1104, e le associazioni di cui alla legge 4 agosto 1894, n. 397» a seguito (?) di un provvedimento regionale. Segno con un punto interrogativo le parole «a seguito» perché non mi pare corretto che l'inerzia di certe Regioni, «ritardatarie» nell'applicazione della legge nazionale n. 97 del 1994, possa far continuare l'esistenza del dubbio sulla natura delle collettività titolari di beni civici, come spero di aver dimostrato nel mio *Sulla natura giuridica delle associazioni agrarie marchigiane*, in questa *Rivista*, 2015, II, p. 152, spec. par. 5. Comunque la personalità giuridica di diritto privato alle dette collettività è attribuita dalle seguenti leggi regionali: legge reg. Veneto 22 luglio 1994, n. 31, contenente norme in materia di usi civici; legge reg. Friuli-Venezia Giulia 5 gennaio 1996, n. 3, sulla disciplina delle associazioni e dei consorzi di comunioni familiari montane; legge reg. Lombardia 29 giugno 1998, n. 10, con disposizioni per la valorizzazione, lo sviluppo e la tutela del territorio montano in attuazione della legge n. 97 del 1994; legge reg. Abruzzo 18 maggio 2000, n. 95, contenente nuove norme per lo sviluppo delle zone montane; legge reg. Toscana 23 maggio 2014, n. 27, sulla disciplina dell'esercizio delle funzioni in materia di demanio collettivo civico e diritti di uso civico. In argomento v. M. TAMPONI, *Gli interessi tutelati nella gestione delle terre di collettivo godimento*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2011, p. 1. V. anche M. GIUFFRIDA, *Il conferimento della personalità giuridica di diritto privato alle organizzazioni montane, in Agricoltura e diritto. Scritti in onore di E. Romagnoli*, Milano, 2000, p. 483.

³⁶ Mi riferisco a «Un altro modo di possedere». *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

³⁷ *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in questa *Rivista*, 1991, I, p. 260.

mario (...) perché qui si ha una comunità che vive certi valori e li osserva, valori ad essa peculiari, gelosamente conservati lungo linee generazionali dalla durata almeno plurisecolare, valori meritevoli del nostro rispetto e della nostra comprensione»³⁸, sicché non è ammissibile decidere i casi in cui si discuta delle proprietà collettive alla stregua solo delle leggi esistenti ed applicando queste, senza tener conto del fatto che il pubblico o il privato, «territori pensati come divisi da confini assai netti»³⁹, non valgono per i beni civici nella consapevolezza che «lo storico del diritto non può non elevare le sue più ferme riserve sull'applicazione agli assetti proprietari collettivi dell'arco alpino (e, in genere, alle varie forme di proprietà collettiva) della dicotomia pubblico-privato»⁴⁰, e ciò per la semplice ragione che «la comunità intermedia è sempre e comunque una sintesi delle due dimensioni, che in essa si compongono e si mescolano fino a perdere i tratti rispettivamente connotanti»⁴¹.

Ed allora, come si possono giustificare le Sezioni unite che riassumono questo loro *jus dicere* in poche frasi dirette a sconfiggere una dottrina e una giurisprudenza di oltre un quarantennio, dimenticando che esse stesse, con la precedente ordinanza interlocutoria, avevano riconosciuto necessario acquisire, dall'Ufficio del Massimario, anche «il contributo offerto dalla Dottrina»?

ALBERTO GERMANÒ

³⁸ P. GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale*, in *questa Rivista*, 1997, I, p. 271.

³⁹ P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e proprietà collettive*, cit., p. 262.

⁴⁰ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 263.

⁴¹ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 264. Ritengo utile ricordare quanto ebbi a scrivere su *Le comunioni familiari montane come formazioni sociali*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 887, e in *Comunioni familiari montane*, vol. II, Atti del Seminario di studio "Per una proprietà collettiva moderna", Brescia, 1992; p. 75: ritenere le collettività titolari di beni civici come formazioni sociali implica la considerazione che i diritti collettivi sono esercitati dagli individui in quanto membri di una collettività nella prospettiva dell'art. 2 Cost. In argomento v. anche E. ROOK BASILE, *Proprietà collettive e formazioni sociali*, in *Studi senesi*, 1998, p. 345.

USI CIVICI

TRIBUNALE DI POTENZA 27 agosto 2015 – Giudice monocratico L. Ge-summaria – *M. c. Comune di Baragiano.*

Usi civici - Occupazione abusiva di beni civici - Richiesta da parte del Comune di un'indennità di occupazione - Legittimità della richiesta.

Legittimamente il Comune, titolare di beni civici, richiede al loro occupatore abusivo un'indennità annua di occupazione (1).

(Omissis).

Con ricorso ritualmente notificato, M. conveniva in giudizio il Comune di Baragiano proponendo opposizione all'ingiunzione di pagamento del 17 dicembre 2007, prot. 6184, emessa dal predetto Comune, con la quale gli veniva intimato di versare la somma di euro 143.66 per l'occupazione arbitraria di particelle gravate da usi civici per gli anni 1999-2003.

Avverso la detta ingiunzione fiscale l'attore proponeva opposizione contestando la sussistenza della pretesa creditoria e, in particolare eccepiva:

1) la nullità dell'iscrizione a ruolo in assenza di un titolo avente efficacia esecutiva, ai sensi dell'art 21 del d.lgs. n. 461 del 1999;

2) l'illegittimità della richiesta di pagamento del canone avanzata dal Comune nei suoi confronti in quanto, trattandosi di un occupatore arbitrario del fondo gravato da uso civico (c.d. usurpo), non era tenuto al versamento di alcun canone non sussistendo con l'ente pubblico un rapporto di enfiteusi;

3) l'illegittimità della procedura e dei criteri adottati dall'ente locale per la determinazione del canone. In particolare, sotto il profilo procedurale l'attore deduceva che il Comune di Baragiano, per la quantificazione degli importi richiesti, si era avvalso della collaborazione di un tecnico all'uopo nominato anziché dell'opera degli istruttori o periti demaniali incaricati dalla Regione così come previsto dagli artt. 6 e 7 della legge reg. Basilicata 12 settembre 2000, n. 57. Con riferimento alla misura del canone l'opponente ne contestava la legittimità in quanto l'importo non sarebbe stato determinato sulla base del reddito dominicale come, invece, previsto dal comma 1° dell'articolo 9 della legge reg. 12 settembre 2000, n. 57;

4) la prescrizione del diritto vantato dal Comune di Baragiano con riguardo ai canoni perché non esercitato da tempo immemorabile. In particolare, come specificato dall'opponente con la memoria ex art. 183, comma 6°, cod. proc. civ., i rapporti enfiteutici si considerano estinti per usucapione quando il relativo canone non è corrisposto da oltre un ventennio e il concedente non ha esercitato il potere di ricognizione entro il diciannovesimo anno, come avvenuto nel caso di specie.

Il ricorrente, quindi, chiedeva che previa sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato, fosse accertata la insussistenza della pretesa ereditaria, previa disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, con condanna del Comune convenuto alla rifusione delle spese di lite.

Si costituiva in giudizio il Comune di Baragiano il quale preliminarmente eccepiva:

1) il difetto di giurisdizione del giudice adito in favore del Commissario per gli usi civici, laddove fosse contestata la *qualitas soli*;

2) il difetto di giurisdizione del giudice adito in favore dell'A.G. amministrativa, con riferimento alla contestazione attorea relativa alla quantificazione del canone.

Nel merito, parte convenuta, dopo avere rinunciato all'eccezione di estinzione della causa, chiedeva, con articolate argomentazioni, il rigetto della domanda assumendo che non avendo il M. proceduto all'affrancazione del fondo di proprietà comunale, aveva l'obbligo di pagare l'indennità per l'illegittima occupazione del fondo medesimo.

Tanto premesso, si ritiene che l'eccezione sollevata dall'attore in ordine alla nullità dell'iscrizione a ruolo in assenza di un titolo avente efficacia esecutiva, ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 46 del 1999, sia infondata per le ragioni già illustrate nell'ordinanza resa il 5 ottobre 2011 alle quali ci si riporta, e, in particolare, perché l'atto impugnato non è una cartella di pagamento bensì una ingiunzione fiscale di cui al r.d. n. 639 del 1910 che non presuppone la formazione di un ruolo esattoriale.

Ne consegue che il richiamo alla disciplina di cui agli artt. 17 e 21 del d.lgs. n. 46 del 1999, operata dal ricorrente, non appare pertinente al caso di specie laddove il predetto eccepisce che la riscossione mediante ruolo non sia stata preceduta dalla formazione di un titolo esecutivo.

Altrettanto infondata è l'eccezione sollevata dal Comune convenuto in ordine al difetto di giurisdizione del giudice adito, in favore della giurisdizione del Commissario degli usi civici, perché la materia del contendere non riguarda la *qualitas soli*.

Invero, dall'esame complessivo della domanda e dalla lettura di tutti gli atti difensivi, non si evince affatto che oggetto di contestazione da parte dell'attore sia la natura del suolo in suo possesso (quantomeno non risulta che egli abbia assunto una posizione univoca e specifica in tal senso) bensì viene contestata l'imposizione di un canone da parte dell'ente locale anche nei confronti di chi, come il ricorrente, è qualificato dallo stesso ente impositore come occupatore arbitrario (c.d. usurpatore) del terreno non avendo egli proceduto alla legittimazione del fondo medesimo e alla conseguente instaurazione del rapporto di enfiteusi con l'ente pubblico.

In sostanza l'attore sostiene che in quanto occupante abusivo del fondo e non già enfiteuta non poteva essere destinatario della pretesa dell'ente relativamente alle particelle in questione.

Ai sensi degli artt. 9, legge n. 1766 del 1921, e 25, r.d. n. 332 del 1928 occupatore abusivo è colui che, come nel caso di specie, trovandosi in possesso di terre in origine demaniali non sia in grado di produrre a giustificazione del suo possesso un titolo, oppure questo non sia riconosciuto valido a norma delle leggi vigenti nel territorio dell'epoca.

Deve essere, infine, respinta anche l'ulteriore eccezione sollevata dal Comune di Baragiano secondo il quale la contestazione dell'attore in ordine alla determinazione della misura del canone enfiteutico sarebbe questione appartenente alla giurisdizione del giudice amministrativo.

A tale proposito vi è da rilevare, infatti, che la controversia relativa all'occupazione di terre ad uso civico, nella quale il privato, come nel caso in esame, contesti la pretesa del Comune al pagamento dei canoni enfiteutici da esso dovuti nonché la determinazione dei canoni medesimi, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario a norma dell'art. 5, comma 2°, legge n. 1034 del 1911, essendo in

discussione il diritto soggettivo perfetto del destinatario a non essere sottoposto, da parte dell'ente pubblico, all'imposizione di canoni o di altre prestazioni pecuniarie se non nella misura e con le modalità stabilite dalla legge ed a far valere l'eventuale avvenuto adempimento della relativa obbligazione (v. Cass., Sez. un., n. 9286/2004; Cass., Sez. un. 12164/1993; n. 10383/1993; n. 5974/1991).

Orbene, la materia del contendere nel caso concreto riguarda proprio la fondatezza della pretesa dell'ente al pagamento di un canone o comunque di una prestazione economica nonché la sua corretta determinazione fondata sull'occupazione di un fondo comunale da parte di un soggetto non legittimato, sicché non è ravvisabile alcun difetto di giurisdizione ma si pone al più la diversa questione della disapplicazione (peraltro richiesta dall'attore) dell'atto amministrativo presupposto di quello impugnato, adottato dal Comune per la determinazione delle tariffe applicabili anche nel caso concreto.

In particolare, il Comune di Baragiano ha ingiunto all'attore il pagamento dell'indennità di occupazione arbitraria delle particelle nn. 58 e 116 del foglio 15 sulla base del presupposto che le stesse siano detenute dal predetto in mancanza di un titolo legittimo e senza che egli abbia proceduto all'affrancazione del fondo (e, quindi, all'acquisizione della piena proprietà), circostanza questa emersa dalle verifiche documentali eseguite dall'ente e in verità non contraddetta, nel corso del giudizio, da alcuna prova contraria.

Orbene, dalla lettura dei provvedimenti amministrativi adottati dall'amministrazione comunale (v. delibera n. 34 del 29 settembre 2007 del Consiglio comunale di Baragiano), dall'esame dell'ingiunzione di pagamento impugnata e dalle difese svolte dal convenuto, appare evidente che l'ente comunale ha ingiunto il pagamento di una prestazione economica non qualificabile come canone enfiteutico, come invece sostenuto dall'attore, bensì come una vera e propria indennità diretta a ristorare la collettività per la mancata fruizione di un bene nella esclusiva disponibilità di un soggetto privato, che lo occupa senza titolo.

L'importo della predetta indennità è stato determinato dal Comune applicando analogicamente gli stessi parametri utilizzati per la quantificazione dei canoni enfiteutici, come si evince dalla deliberazione n. 34/2007 del Consiglio comunale di Baragiano.

Alla luce delle precedenti considerazioni, appare pertanto del tutto legittima nell'*an* la pretesa del Comune nei confronti dell'attore: detta pretesa, infatti, trova la sua giustificazione: nell'utilità che quest'ultimo trae dallo sfruttamento di un terreno ad uso civico di cui non è proprietario per non averne mai richiesto la preventiva legittimazione e la conseguente affrancazione.

A tale ultimo proposito si rileva, infatti, che i terreni usurpati o arbitrariamente occupati (che nel caso di specie sono stati individuati dal Comune mediante la consultazione degli inventari regionali e dagli atti dell'*ex* catasto comunale, come da documentazione allegata dal convenuto) non possono essere affrancati finché non vengono legittimati ai sensi dell'art. 9 della legge n. 1766 del 1927, operazione questa che, come già detto, non è stata mai attivata nel caso di specie dall'interessato.

Posto che nel caso concreto si tratta di indennità e non di canone enfiteutico, l'attore ne contestava la quantificazione sostenendo che il Comune sarebbe giunto alla sua determinazione in maniera illegittima e cioè in violazione dell'art. 9, comma 1°, della legge reg. n. 57/2000. Alla luce di ciò il ricorrente chiedeva la disapplicazione del relativo provvedimento amministrativo adottato dal Comune posto a base

dell'ingiunzione di pagamento impugnata. In particolare, secondo il ricorrente la misura del canone, di cui si chiede il pagamento con l'ingiunzione fiscale, non sarebbe stata computata sulla base del reddito dominicale come invece previsto dalla predetta norma regionale e dalla circolare adottata dal Dipartimento Agricoltura-Sviluppo Rurale-Economia Montana-Ufficio Capitale Terra della Regione Basilicata, prot. n. 191111 del 27 settembre 2007, con la quale si specificava che il reddito dominicale doveva essere assunto, non solo per il calcolo del capitale di affranco, bensì anche come misura del canone corrente.

Orbene, si ritiene che la domanda dell'attore diretta ad ottenere l'annullamento dell'ingiunzione opposta, previa disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo relativo alla determinazione del canone enfiteutico, sia destituita di fondamento e, pertanto, deve essere respinta.

Invero, come già in precedenza detto e come evidenziato nei suoi scritti difensivi dallo stesso ricorrente (che si duole appunto di dovere versare un canone in assenza di un rapporto enfiteutico essendo egli mero occupante arbitrario del terreno), nel caso di specie la pretesa economica del Comune di Baragiano si fonda sull'occupazione senza titolo da parte del privato di un fondo appartenente all'ente pubblico sicché la somma ingiunta solo impropriamente può essere definita "canone" enfiteutico ma tale non è perché, occorre ribadirlo, si tratta di una vera e propria indennità che è un istituto non espressamente disciplinato dalla legge reg. n. 57 del 2000, né in particolare dall'art. 9, comma 1°, che detta invece i criteri per la quantificazione del canone di affranco e del canone corrente, sicché il richiamo operato dall'attore alla predetta norma, denunciandone la violazione, non è pertinente.

Nel caso di specie l'ente locale trovandosi nella condizione di dovere stabilire, oltre ai canoni per l'affranco *ex* art. 9 della legge regionale citata, anche gli importi a carico di coloro che risultavano detentori senza titolo dei terreni comunali ha esteso anche a questi ultimi i criteri adottati per i primi, ancorando in tal modo l'entità delle somme richieste, rimesse evidentemente alla sua discrezionalità, a criteri obiettivi che non appaiono né irragionevoli né incongrui.

Ferma restando la non applicabilità nel caso concreto della norma che l'attore assume violata (art. 9, comma 1°, legge reg. n. 57 del 2000) vi è da rilevare che anche se in ipotesi si volesse sostenere il contrario e ritenere, quindi, applicabile la norma citata, non sarebbe in ogni caso ravvisabile la denunciata violazione di legge laddove si consideri, infatti, che l'art. 9 della legge reg. n. 57 del 2000, nella formulazione vigente in epoca anteriore alla entrata in vigore della legge reg. n. 15 del 2008 e, come tale, operante nella fattispecie concreta, prevedeva due criteri per la quantificazione del canone tra loro assolutamente alternativi di cui uno ancorato al reddito dominicale e l'altro fondato sui valori desunti dalle tabelle dei prezzi medi di esproprio delle terre agricole («Il Comune ne predispose l'affrancazione rivalutando i canoni o censi, per via tecnico-estimativa sulla base dei valori desunti dalle tabelle dei prezzi medi di esproprio delle terre agricole o assumendo direttamente quale canone il reddito dominicale a scelta del livellario...»).

Ne consegue, dunque, che anche ove si ritenesse in ipotesi applicabile nel caso concreto (ma ciò non è per le ragioni evidenziate) la norma dell'art. 9 citata nella sua formulazione vigente all'epoca dell'adozione dell'ingiunzione impugnata, il reddito dominicale, contrariamente all'assunto dell'attore, non può assurgere comunque a parametro legale esclusivo ed ineludibile per la determinazione dell'importo richiesto dall'ente comunale.

Secondo parte attrice, infine, l'ente convenuto, nel servirsi di un ausiliario di fiducia per la determinazione dei canoni, autonomamente nominato, sarebbe incorso in una ulteriore violazione di legge in quanto avrebbe seguito una procedura diversa da quella previsto dall'art. 7 della legge reg. Basilicata n. 57 del 2000 (nella sua formulazione anteriore alla modifica apportata dalla legge reg. 28 luglio 2008, n. 15, tenuto conto che l'ingiunzione fiscale è stata emessa nel dicembre del 2007) che imponeva ai comuni lucani che agli accertamenti, alle verifiche e alle riconfinazioni delle terre civiche si provvedesse tramite gli istruttori e i periti demaniali incaricati dalla Regione e attinti dall'Elenco di cui al precedente art. 6.

Anche tale ultima violazione denunciata dall'attore appare priva di fondamento oltre che inconfidente per le medesime ragioni in precedenza evidenziate e, in particolare, perché la normativa regionale sopra richiamata, in quanto dettata per la procedura relativa alla determinazione del canone di affranco e di quello di natura enfiteutica, non può essere utilmente invocata anche per il caso in esame in cui è in discussione il diverso istituto dell'indennità di occupazione, senza considerare che comunque il tecnico di fiducia è stato nominato dal Comune di Baragiano per procedere a mera operazione di calcolo e di mera ricognizione dei terreni interessati e cioè per il compimento di attività semplici non comparabili con quelle, ben più complesse descritte nell'art. 7 della legge reg. n. 57 del 2000, demandate, invece, alla competenza degli istruttori e dei periti demaniali incaricati dalla Regione.

Da ultimo l'attore ha eccepito la prescrizione del diritto vantato dal Comune di Baragiano con riguardo ai canoni annui per la mancata percezione da tempo immemorabile. Tale eccezione è infondata.

A tale proposito, si ribadisce che nel caso di specie non si tratta di terreni assegnati o concessi al privato cittadino gravati da un canone redimibile con l'affrancazione, bensì di particelle occupate senza titolo dall'attore e in quanto tali rientranti nel demanio civico comunale (patrimonio indisponibile) e non affrancabili.

Stante la natura demaniale del bene, il relativo diritto in capo all'ente pubblico sul bene medesimo è, quindi, imprescrittibile.

In ogni caso appare utile richiamare sul punto la giurisprudenza di legittimità in materia di enfiteusi secondo la quale l'enfiteusi è configurabile come un diritto reale di godimento a favore del concessionario o utilista del fondo che rimane di proprietà del concedente, che si usa denominare titolare del dominio diretto, per cui mentre è possibile la prescrizione per non uso del diritto concessionario, il dominio diretto è imprescrittibile. L'enfiteuta non può usucapire la proprietà del fondo se il titolo del suo possesso, corrispondente all'esercizio di un diritto reale su cosa altrui, non muti per causa proveniente da un terzo o in forza di opposizione da lui fatta contro il diritto del proprietario: l'omesso pagamento del canone, per qualsiasi tempo protratto, non giova a mutare il titolo del possesso nemmeno nel caso che al pagamento sia stata attribuita dalle parti efficacia ricognitiva (*ex plurimis* Cass, n. 323/1973; n. 4231/1976). Per cui il mancato pagamento del canone protrattosi per un periodo ultraventennale non comporta l'usucapione a favore dell'enfiteuta, ma solo la prescrizione quinquennale, che nel caso di specie non è stata comunque dedotta dall'attore, del debito per le annualità scadute. Tale ultimo principio in materia di prescrizione vale a maggior ragione con riferimento ai diritti esercitati dall'ente comunale convenuto su terreni che, come nel caso di specie, non sono mai stati oggetto di legittimazione, di concessione ovvero di affrancazione e che hanno, quindi, conservato la natura demaniale. Alla luce delle precedenti

comprehensive considerazioni, la domanda attrice deve essere, pertanto, respinta. La obiettiva complessità delle questioni trattate, l'assenza di specifici precedenti giurisprudenziali editi, e la innegabile controvertibilità delle stesse, costituisce giusto motivo per disporre la integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

(*Omissis*).

(1) **Occupazione di demani civici e pagamento di indennità.**

1. Il risveglio dell'interesse per le proprietà collettive porta anche a richieste di danaro per la loro occupazione abusiva. Così, i Comuni, intestatari di demani civici, procedono ad iscrivere a ruolo le pretese creditorie e ad ingiungerne il pagamento agli occupatori ai sensi del d.lgs. n. 46 del 1999, o invocano nell'interesse della collettività – accanto al provvedimento di reintegra – il risarcimento del danno conseguente all'impossibilità di utilizzare il terreno civico a causa dell'abusiva occupazione.

2. Particolarmente interessante è la sentenza del Tribunale di Potenza del 27 agosto 2015 che sopra ho riportato. Qui mi preme segnalare subito quelle pronunce che ben potrebbero essere considerate antesignane di tale sentenza.

Devo precisare che, per quanto mi consta, non vi è giurisprudenza specifica sul punto, né il colto giudice potentino ne ricorda. È però possibile rintracciare la pronuncia del Commissario degli usi civici di Roma del 31 dicembre 1953, secondo cui, dichiarata la nullità della vendita dei beni demaniali civici e, quindi, dichiarata l'occupazione abusiva *ab origine*, il Commissario, oltre ad ordinare il rilascio del terreno demaniale, «condanna l'occupatore al pagamento dei frutti indebitamente percepiti per tutto il periodo dell'abusiva occupazione»¹. Inoltre, vi è la sentenza della Suprema Corte del 30 marzo 1951, n. 698, secondo cui «il Comune, al quale fu impedito l'esercizio dei propri diritti di uso civico, deve essere reintegrato nella situazione competentegli mediante la corresponsione di quella utilità, di cui gli è stato impedito di godere»². Infine, può essere citata la sentenza della Corte d'appello di Roma del 5 dicembre 2009 che, occupandosi di un terreno di un Comune gravato da uso civico, ha applicato l'art. 2043 cod. civ. e, conseguentemente, ha condannato l'usurpatore al risarcimento del danno risultante dalla mancata possibilità, da parte del Comune, di utilizzare lo stesso terreno con destinazione a camping o all'ospitalità di roulottes, sicché «di tale possibile entrata la collettività è stata privata per effetto di una condotta *contra legem*, perciò valutabile *ex art. 2043 cod. civ.*»³.

3. La vicenda sottoposta al Tribunale di Potenza è presto detta.

Il Comune di Baragiano (PZ) ingiunge a tale M. di pagare una determinata somma per l'occupazione abusiva di alcune particelle di demanio comunale gravato da usi civici. L'intimato si oppone all'ingiunzione eccependo, tra l'altro, l'illegittimità della richiesta di pagamento del canone avanzata nei suoi confronti in quanto, trattandosi di un

¹ Essa è riportata in P. FEDERICO, *Codice degli usi civici e delle proprietà collettive*, Roma, 1995, *sub art.* 9, p. 161, n. 0878.

² *Ibidem*, p. 159, n. 0867.

³ La sentenza è ricordata in questa *Rivista*, 2012, II, p. 72 nella mia nota *L'illegittima occupazione di una terra civica dà luogo al risarcimento del danno*.

occupatore arbitrario del fondo gravato da uso civico, non era tenuto al versamento di alcun canone non sussistendo con l'ente pubblico un rapporto di enfiteusi.

In sostanza, non veniva in contestazione né la natura civica del terreno in discussione⁴, né il fatto dell'usurpazione di terra civica imputata catastalmente al Comune⁵; si contestava, invece, il diritto del Comune ad un "canone" perché, proprio in difetto della legittimazione dell'usurpazione, non si sarebbe costituito il rapporto enfiteutico di cui all'art. 10 della legge 16 giugno 1927 n. 1766, l'unico in grado – a dire dell'intimato – che avrebbe legittimato il Comune a riscuotere una somma dall'occupatore del terreno civico, somma che peraltro, in quanto canone enfiteutico, era da ritenersi, nel caso di specie, prescritto, dato che i rapporti enfiteutici sarebbero da considerarsi estinti per usucapione qualora il relativo canone non sia corrisposto da oltre un ventennio e il concedente non abbia esercitato, a tempo debito, il potere di ricognizione.

4. Dunque, l'oggetto del caso concreto era la fondatezza della pretesa del Comune al pagamento di una prestazione economica da parte dell'usurpatore. E il Tribunale di Potenza ha respinto l'opposizione all'ingiunzione affermando che nella specie il Comune non aveva richiesto il pagamento di un canone, né tanto meno di un canone enfiteutico, proprio perché l'usurpazione non era stata legittimata *ex art. 9* della legge n. 1766 del 1927 e, quindi, non se ne era prodotto l'effetto, ovvero sia la costituzione di un rapporto enfiteutico tra la collettività proprietaria e l'usurpatore.

La prestazione economica era, invece, da qualificarsi come «indennità diretta a ristorare la collettività per la mancata fruizione di un bene nella esclusiva disponibilità di un soggetto privato, che lo occupa[va] senza titolo». Dunque, anche qui un'ipotesi di risarcimento del danno quantificato sulla base del possibile canone corrente⁶, cioè attraverso il ricorso a «criteri obiettivi che non appa[rivano] né irragionevoli né incongrui»⁷.

5. È utile riflettere su un'altra parte della sentenza del Tribunale di Potenza, quella che attiene alla contestazione dell'avvenuta prescrizione del canone per il decorso di un ventennio di usurpazione.

Giustamente il Tribunale di Potenza ribadisce che nella specie non si è trattato di terreni concessi al privato con un canone enfiteutico redimibile con l'affrancazione, bensì di particelle di demanio civico comunale occupate abusivamente. Comunque, qualora fosse da considerarsi "canone" la somma richiesta dal Comune all'usurpatore del terreno civico, occorrerebbe tenere presente il fatto che la natura civica del bene

⁴ Sicché giustamente il Trib. di Potenza ha respinto la contestazione del Comune di difetto di giurisdizione del giudice adito in favore del Commissario agli usi civici della Basilicata, in quanto non era stata messa in discussione la *qualitas soli*.

⁵ Non era in discussione se la proprietà fosse del Comune o della collettività. Su tale appartenenza alla collettività ma con gestione (in difetto di una sua propria organizzazione) da parte del Comune, v. le mie considerazioni in *Usi civici*, in *IV Dig./civ.*, vol. XIX, Torino, 1999, pp. 535-560.

⁶ E proprio perché una indennità e non già un canone enfiteutico il Trib. di Potenza ha ritenuto legittimo il ricorso del Comune ad un tecnico di sua fiducia e non ad un istruttore o a un perito demaniale secondo l'art. 7 della legge reg. Basilicata 12 settembre 2000 n. 57.

Sulla determinazione del canone enfiteutico v. le osservazioni di G. DE GENIO, "Il parallelismo delle funzioni" ovvero sulla determinazione del canone di affranco e di enfiteusi. Il canone di affranco tra vetustà degli usi civici e desuetudine dell'enfiteusi, in *Archivio Sciolaj-Bolla*, 2996, fasc. 1, p. 249.

⁷ Si ricordi che la Corte d'appello di Roma, con la citata sentenza del 5 dicembre 2009, per quantificare il "danno" era ricorsa a calcolare la somma che il Comune avrebbe potuto ricavare dal terreno civico se lo avesse potuto destinare all'uso di campeggiatori o di proprietari di camper.

lo rende imprescrittibile. In ogni caso, l'omesso pagamento del canone, per qualsiasi tempo si fosse protratto, non giova a mutare il titolo del possesso, per cui l'enfiteuta non può, soltanto in forza di tale condotta, usucapire la proprietà del fondo⁸. Ciò che potrebbe ritenersi prescritto è il debito per le annualità scadute oltre il quinquennio.

ALBERTO GERMANÒ

⁸ Cfr. Cass. 15 novembre 1976, n. 4231, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Enfiteusi*, nn. 15-16.

