

## PARTE I

# LE ATTIVITÀ ESTRATTIVE DI CAVE E TORBIERE: COMPRESENZA DI INTERESSI PUBBLICI ED EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA GIURIDICA

SOMMARIO: 1. Inquadramento dell'istituto. Caratteri generali. – 2. L'avocazione delle cave *ex art. 45 r.d. n. 1443/1927*. – 3. Attività di cava e tutela delle zone agricole. – 4. Necessità dell'autorizzazione per la coltivazione delle cave e per la loro espansione così come per la prosecuzione di quelle già in attività, una volta scaduto il termine per il loro esercizio. Necessità di una (autonoma) autorizzazione paesaggistica allorché insiste un vincolo sulla zona interessata dalla cava anche apposto successivamente all'inizio della coltivazione già autorizzata, ai fini della tutela dell'ambiente e del paesaggio. – 4.1. Annullamento di un'autorizzazione estrattiva (asseritamente illegittima). – 4.2. La sentenza della Corte di Giustizia, sez. V, 7 gennaio 2004, causa C-201/02. – 5. Cave ed aree protette (i parchi nazionali e regionali): pronuncia della Corte costituzionale 18 marzo 2005, n. 108. – 6. Cave e diritti di uso civico. – 7. Tutela dei reperti archeologici e attività estrattive (un caso particolare in Campania). – 8. Il particolare regime delle cave di marmo di Massa e Carrara. – 8.1. La storia. – 8.2. Il regolamento di Carrara. – 8.3. Il diritto speciale di Massa e Carrara riguarda le cave o le miniere? – 8.4. La disciplina degli agri marmiferi e il demanio civico.

### 1. *Inquadramento dell'istituto. Caratteri generali*

Il bene cava è chiaramente scindibile, come evidenziato già da tempo dalla dottrina, in bene fondiario (proprietà terriera) e attività di cava (impresa) allorché al primo viene impressa una destinazione di interesse pubblico: esercizio della cava per assolvere un interesse rilevante per l'economia nazionale.

Il regime speciale del giacimento non incide su quello del suolo, strettamente inteso, sul quale il proprietario può eventualmente continuare ad esercitare le sue facoltà di godimento, che, peraltro, è limitato solo per le caratteristiche particolari del giacimento, ma che può essere del tutto escluso, nel caso in cui l'attività sia svolta da un altro soggetto.

La destinazione impressa al bene consente il passaggio del bene fondiario dalla disponibilità (1) del proprietario al patrimonio indisponibile prima dello

---

(1) L'art. 826 c.c. afferma che le cave sono comprese nel patrimonio indisponibile dello Sta-

Stato, ora della Regione, qualora tale disponibilità (2) sia stata sottratta al proprietario stesso in caso di avocazione (3).

---

to (ora della Regione o della Provincia) solo allorché la disponibilità sia stata sottratta al proprietario del fondo ad opera dell'autorità mineraria. Infatti – art. 45, r.d. n. 1443/1927 – è previsto che le cave sono lasciate nella disponibilità del proprietario del suolo. Questi ha l'obbligo di coltivare la cava poiché con la destinazione del suolo ad attività estrattiva il diritto del proprietario si trasforma in diritto-dovere ad esercitare l'attività di impresa. E (comma 2) quando il proprietario non intraprenda la coltivazione della cava o torbiera o non dia ad essa sufficiente sviluppo, l'ingegnere capo del distretto minerario può prefiggere un termine per l'inizio, la ripresa o l'intensificazione dei lavori. Trascorso infruttuosamente il termine prefisso, questi può dare la concessione della cava e della torbiera «*in conformità alle norme contenute nel Titolo II del presente decreto in quanto ad esso applicabili*» (n. 1443/1927).

(2) La disponibilità riconosciuta al proprietario è una disponibilità al fine della ricerca, in effetti sarebbe una «*legittimazione riconosciuta ex lege in ragione del peculiare rapporto oggettivamente esistente tra cava e suolo*» (F. FRANCIOSI, *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 189).

(3) La competenza legislativa concorrente in materia è, com'è noto, stata attribuita alle Regioni prima della riforma del Titolo V, le quali hanno provveduto a legiferare in assenza di una nuova normativa quadro e dunque sulla base di principi desunti dalle vigenti norme statali. Infatti, alla luce del vecchio art. 117 della Costituzione si attribuiva alla Regione la competenza ad emanare norme nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato affinché tali norme non fossero in contrasto con l'interesse nazionale e con quello di altre Regioni. Per le stesse materie l'art. 118 stabiliva che spettano alla Regione anche le funzioni amministrative con un parallelismo (ora superato) dunque tra le une e le altre. Infatti abbiamo, all'art. 62 del d.P.R. n. 616/1977 che con le funzioni amministrative relative alla materia cave e torbiere che concernono tutte le attività attinenti alle cave di cui all'art. 2, comma 3, ed al Titolo III del r.d. 29 luglio 1927, n. 1443, al comma 3 dell'art. 62, sono trasferite anche le funzioni amministrative statali in materia di vigilanza sull'applicazione delle norme di polizia delle cave e torbiere di cui al d.P.R. 9 aprile 1959, n. 128 e sue modificazioni nonché le funzioni di igiene e sicurezza del lavoro in materia di cave.

Per la Provincia autonoma di Bolzano, in particolare, il riferimento è alla legge n. 38/1976 che all'art. 8 prevede l'acquisizione del giacimento non coltivato al patrimonio indisponibile della Provincia (disposizione analoga all'art. 45 della legge mineraria che prevede che le cave, allorché il proprietario non ne intraprenda o ne sviluppi a sufficienza la coltivazione, previo procedimento particolare, sono date in concessione ad un altro soggetto).

«*Si verificherebbe in questo caso un passaggio da un bene privato che comunque è di interesse pubblico in un bene pubblico assoggettabile pertanto alle regole pubblicistiche e dunque alla concessione per quanto riguarda l'attribuzione del diritto ad un soggetto terzo che potrà svolgere l'attività in modo conseguente agli obblighi presi nella convenzione. Oltre l'art. 340 c.c. è l'art. 826 c.c. che ricomprende nel patrimonio indisponibile le cave la cui disponibilità è appunto sottratta al proprietario del fondo. Ad accentuare gli elementi di distacco dal modello proprietario riguardo al giacimento fu quella dottrina che in passato sostenne l'appartenenza originaria delle cave al patrimonio indisponibile dello Stato e l'attribuzione del diritto di coltivazione al proprietario del suolo per effetto di una concessione ex lege*» (Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2003, n. 2992).

Pertanto il diritto esercitabile dal proprietario non sarebbe nella sua disponibilità ab origine. La questione si è posta in termini diversi in riferimento agli artt. 41 e 42 della Costituzione. Infatti, la diversa concezione della proprietà o delle proprietà consente attualmente di considerare per nulla estranea al diritto di proprietà privata la vicenda dell'inserzione in questa di un

interesse pubblico con modalità che determinano che alcuni tipi di beni assumono una rilevanza tale (pubblica) da giustificare l'individuazione di una categoria particolare sottoposta a un regime particolare.

Su questa strada la Corte costituzionale, con la sent. 9 marzo 1967, n. 20 ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 45 della legge mineraria n. 1443/1927. In tale sentenza infatti si afferma che il diritto ad esercitare l'attività estrattiva, comunque lo si voglia configurare, viene attribuito al proprietario con i limiti imposti dalla rilevanza pubblica del bene data dall'interesse pubblico allo sfruttamento del giacimento; l'atto di concessione quindi incide sul diritto del privato per l'attivarsi del limite cui sottostava; la fattispecie esula pertanto dal comma 3, art. 42 Cost. e non dà luogo ad un'espropriazione. Secondo la Corte è *«interessante rilevare come anche chi afferma che il potere di avocazione di cui all'art. 45 partecipa al potere generale attribuito alla pubblica Amministrazione in ordine all'intera categoria di procedere all'assimilazione delle cave alle miniere, nello stesso tempo riconosce che l'adeguatezza dello sfruttamento da parte del proprietario sia concetto relativo implicante valutazioni discrezionali. Dunque, l'atto di avocazione, essendo implicito in un diritto-dovere a sfruttare il bene in base ad una concessione ex lege (in realtà autorizzazione), non concreta un provvedimento espropriativo»*.

Se nell'avocazione si possa individuare una misura espropriativa o meno, si veda V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e torbiere*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, secondo cui in realtà l'inattività consentirebbe un'espropriazione del fondo o di una sua parte. Tuttavia *«resta da spiegare l'appartenenza privata col previsto trapasso dei beni alla proprietà pubblica, per giunta non soggetto ad obbligo di indennizzo se non nella misura minima ... e comunque senza rapporto al valore del suolo e del suo giacimento ...»*. E riflettendo, secondo l'A., sull'evoluzione subita dal regime di proprietà privata negli ultimi 50 anni, appare evidente *«il distacco di questo istituto dalla esclusiva funzione di tutela di interessi meramente privati ... l'accrescersi continuo delle esigenze collettive cui lo Stato è chiamato a far fronte (ora anche Regione e Comuni) acuisce l'istanza di cui questo è ormai portatore istituzionale, all'ottima utilizzazione dei beni rilevanti per la comunità; e induce l'ordinamento a prestare strumenti sempre più numerosi e meglio adatti alla soddisfazione piena di siffatti interessi. La graduazione del tipo, della portata e della quantità di tali strumenti, il necessario rapporto alle intensità dei bisogni cui sono destinati a provvedere, è rimessa a criteri "lato sensu" politici e di tecnica legislativa ... in via ancor oggi normale si ritiene sufficiente alla (indiretta) soddisfazione dei bisogni collettivi l'utilizzazione del bene consentita dalla sua appartenenza privata: questa è sancita in principio tuttavia sempre col corredo di maggiori o minori restrizioni operanti ab externo e con la riserva di espropriazione in funzione di una migliore utilizzazione del bene per esigenze diverse da quelle normalmente soddisfatte. Ma può darsi che l'utilità presentata dal bene sia giudicata di immediato e diretto rilievo (come appunto nel caso delle cave e torbiere che si considera) e dunque di indispensabile godimento per la comunità. In tale ipotesi l'ordinamento dichiara – non necessariamente per esplicito – l'interesse pubblico del bene e lo sottopone ad un regime particolare che ne assicuri la destinazione e la realizzazione della funzione economica specifica a beneficio della collettività ... la qualificazione di interesse pubblico opera ab interiore permeando di sé la disciplina del bene sia quanto all'appartenenza che alla disponibilità e all'impiego. Tuttavia la dichiarazione di interesse pubblico non conduce necessariamente alla proprietà pubblica»*. Tali beni sono di proprietà privata e la loro strumentalità li qualifica sostanzialmente e quindi secondo l'A. per le cave e torbiere non è dubbia la dichiarazione di pubblico interesse operata dalla norma nei confronti di esse. *«L'intuizione di una commistione di interesse pubblico e privato nel regime delle cave e torbiere va attribuita già a quanti al riguardo hanno da tempo e ripetutamente invocato la funzione sociale della proprietà o il dominio immanente dello Stato, parlando anche di proprietà "risolubile o condizionata"»*. E dunque, non è facile distinguere la sottrazione delle cave al proprietario dalla differente ipotesi di espropria-

In seguito ad autorizzazione della Regione il proprietario del fondo può esercitare l'attività di cava (ma si è sempre ritenuto che egli possa naturalmente anche dare in affitto lo sfruttamento di una cava) (4) e solo nel caso in cui non

---

zione per pubblica utilità. Infatti, «a) parlare di risolvibilità o di condizionamento della proprietà delle cave in rapporto all'interesse generale significa al più descrivere in punto di fatto il fenomeno, senza fornirne peraltro una ricostruzione sufficientemente precisa, che soprattutto lo differenzia dalla generale riserva di espropriazione per pubblica utilità; b) alle medesime difficoltà di individuazione rispetto al generale potere dello Stato di apprendere i beni privati e vigilarne l'impiego va incontro la tesi del dominio eminente – rinnovata eco di antiche teorie, peraltro rivolte ad abbracciare l'intera proprietà privata – comunque eccessiva, attesa la possibilità di diversa caratterizzazione del fenomeno con schemi usuali; c) il ricorso alla formula della funzione sociale vale bensì a riportare la disciplina in esame al più generale processo di socializzazione dei beni, come delle attività private ... ma non sottolinea quanto di specifico e concreto si racchiude nella normazione in oggetto, che certo attua la destinazione sociale dei beni considerati, ma in maniera autonoma e propria» (pag. 673 e segg.).

In realtà restano i dubbi sul fatto se l'avocazione concretizzi o meno una misura espropriativa anche perché l'appartenenza privata delle cave era contestata appunto in base all'opinione diffusa secondo cui tali beni in virtù del d.l. del 1927 appartenevano al patrimonio dello Stato ed erano concessi ai privati «per disposizione generale della legge, salva l'ipotesi di decadenza per inadempimento del dovere di coltivazione».

Ciò sarebbe dimostrato: dalla misura dell'indennizzo previsto in tal caso (che non si rapporta al valore del bene ma solo a quello degli impianti); dalla omessa menzione normativa di un trasferimento allo Stato (l'art. 5 parla solo della concessione a terzi); dall'omogeneità di disciplina dei giacimenti e del sottosuolo (che si afferma) voluta dalla legge; soprattutto dalla formula stessa citata (art. 45) che parla di disponibilità delle cave da parte del proprietario del suolo (non dunque necessariamente del giacimento sottostante, si argomenta) e quindi mostra di attribuire a questi soltanto una delle facoltà indispensabili per integrare pienamente la nozione di proprietà, e per di più propria quella che è più difficile riconoscerli in pieno, per l'esistenza dei poteri di intervento della pubblica amministrazione». Tuttavia, secondo l'A. (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e torbiere*, cit.), la figura della concessione ex lege non trova riscontro nell'ordinamento ed anzi contrasta con i caratteri tipici dell'atto in parola, le iscrizioni catastali (che hanno un valore almeno indicativo) che non designano lo Stato come proprietario di cave.

(4) Il proprietario può dare anche in affitto lo sfruttamento di una cava e dunque può utilizzarla liberamente (ma anche darla in usufrutto, enfiteusi, venderne i prodotti, cederla).

«Tale contratto, avente ad oggetto la concessione dello sfruttamento di un terreno quale cava per estrarre materiale inerte, è inquadrabile come affitto di bene immobile produttivo e poiché esso, come tale, viene fatto rientrare nel genus della locazione in virtù dell'espressa dizione letterale dell'art. 1615 c.c. e della collocazione che della relativa disciplina fa il c.c. come una species della locazione e non come un contratto tipico autonomo – ne deriva la sua soggezione alla norma di cui all'art. 1350 n. 8 c.c. la quale, là dove prescrive l'obbligatoria forma scritta per i contratti di locazione di beni immobili per una durata superiore a nove anni, si riferisce all'intero ambito della disciplina dell'istituto generale della locazione (cui è dedicato l'intero capo VI, titolo III, libro IV delle obbligazioni). Né in senso contrario a questa interpretazione può assumere rilievo la previsione di cui all'art. 447 bis c.p.c. che assoggetta al rito speciale c.d. locatitio le controversie in materia di locazione e di comodato e quelle di affitto di aziende, ma non anche le controversie in tema di affitto di un bene immobile produttivo, poiché la suddetta disposizione, avente carattere interamente processuale (ed implicante l'applicabilità del menzionato rito speciale alla particolare ipotesi dell'affitto di azienda) non è desti-

adempia agli obblighi e condizioni previsti nel provvedimento di autorizzazione e comunque nel caso di inattività o non sufficiente (ottimale) sfruttamento, il giacimento può essere acquisito al patrimonio indisponibile (5) della Regione. In particolare il passaggio del bene cava al patrimonio indisponibile può avvenire anche in caso di decadenza dell'autorizzazione in seguito a gravi inadempienze previste dalle leggi in materia (v. ad es. art. 16 legge Reg. Liguria 10 aprile 1979 n. 12). La decadenza può intervenire non solo nei casi, come già detto, in cui sia riscontrata un'inadempienza alle prescrizioni e ai vincoli stabiliti nello stesso provvedimento autorizzativo, *di portata tale da compromettere la realizzazione definitiva dell'intervento autorizzato, nonché per altre inadempienze, nei casi di recidiva reiterata* (art. 15 legge Reg. Liguria cit.), ma anche alla presenza di altre condizioni, come nel caso di trasferimento della titolarità dell'autorizzazione senza il preventivo nulla-osta della Giunta Regio-

---

*nata ad incidere sulla disciplina sostanziale del contratto di affitto di beni immobili produttivi (Cass. Civ., Sez. III, 16 novembre 2006, n. 24371, in Giust. civ. Mass., 2006, pag. 11). In tema di affitto di cave il corrispettivo da corrispondersi al proprietario da parte dell'affittuario non deve necessariamente essere periodico e vincolato dall'ammontare dei prodotti del bene oggetto del contratto, ben potendo risultare, per converso, compatibile con il ricordato schema negoziale la previsione di un corrispettivo variabile in relazione alla quantità dei materiali estratti, ovvero rapportato ad una quota del materiale estraibile (e non necessariamente da estrarre) o del ricavato della vendita del materiale stesso, con la conseguenza che, se il materiale non viene estratto, ovvero se quello estratto non viene venduto, il corrispettivo non è dovuto, salva la facoltà per il proprietario di avvalersi del diritto di accertare in ogni tempo, anche con l'accesso in loco, il rispetto, da parte dell'affittuario, degli obblighi su di lui incombenti, nonché di chiedere la risoluzione del contratto se l'affittuario stesso non destini al servizio della cosa i mezzi necessari per la gestione di essa, ovvero non osservi le regole della buona tecnica (art. 1619 e 1618 c.c.)» (Cass., 15 aprile 1999, n. 3750, in Dir. e giur. agr., 2000, pag. 194). V. conformemente Cass. civ., sez. III, 2 aprile 1992, n. 3995 secondo cui «la locazione di una cava di pietra, avendo ad oggetto una cosa produttiva, va inquadrata nello schema dell'affitto e, in quanto tale, non è assoggettabile alla disciplina della locazione di immobili destinati ad una delle attività indicate nell'art. 27 della legge 27.7.1978 n. 392»; ed anche Cass. civ., sez. III, 28 marzo 2001, n. 4503: «per costante giurisprudenza di questa S.C. il contratto che per oggetto ha la concessione dello sfruttamento di una cava di pietra, che è un bene produttivo, deve essere inquadrato nello schema dell'affitto e non nella diversa figura contrattuale della locazione, con la conseguenza che ad esso non sono applicabili le leggi di proroga delle locazioni urbane, né la legge n. 392/78 nella parte concernente la disciplina delle locazioni non abitative». Cfr. anche sent. n. 3995/1992, n. 11467/1992; Cass. civ., sez. I, 17 giugno 1998, n. 6039.*

(5) Si è ritenuto che il bene cava, come tale, è inscindibile dal fondo sul quale viene praticato l'esercizio dell'attività di cava che è destinato a produrre materiali commerciabilmente utili. La proprietà privata del proprietario fondiario per una sua qualità intrinseca viene ad avere una particolare destinazione che ne giustifica l'assoggettabilità al regime pubblicistico. In realtà vi sono vari motivi per i quali un bene cava viene ad avere una destinazione, una specifica funzione: il principale è il reperimento di materiale e l'incremento dunque dello sviluppo dell'economia, anche se tali materiali sono considerati di minore importanza rispetto alle miniere. N. CENTOFANTI, *I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2007. Tuttavia, come vedremo, sulla questione ci sono perplessità ed un orientamento giurisprudenziale diverso.

nale e il previo accertamento sulle capacità tecnico-economiche del subentrante (v. art. 14 legge Reg. Liguria cit.). In caso di avocazione della cava o torbiere, qualora il bene sia dato in concessione, il concessionario ha l'onere dell'adeguato e sufficiente sfruttamento del bene minerario pubblico, la cui inosservanza comporterà la decadenza della concessione.

Sappiamo infatti che la proprietà delle cave e delle torbiere è uno strumento per la realizzazione dell'interesse pubblico che, secondo la dottrina (6), è insito nella sua stessa struttura (7).

Questi beni sono soggetti ad una disciplina pubblicistica perché sono beni funzionalizzati ad un interesse pubblico (8), beni che hanno una destinazione, pertanto i diritti ad essi relativi sono risolubili, condizionati allo svolgimento effettivo dell'attività estrattiva.

Ma sono beni anche in proprietà privata, nella disponibilità del proprietario il quale, pur sottoposto agli obblighi che derivano dal fatto che lo sfruttamento della cava risponde ad un interesse pubblico, può esercitare diretta-

(6) V. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e torbiere*, cit., pag. 678 e segg.; secondo l'A., «l'esercizio del potere ablatorio da parte della p.A. non già si contrappone ad essa ab externo negandola in veste di un'utilità diversa ed eterogenea rispetto alla funzione del bene, ma al contrario rappresenterà la maturazione di un germe già insito nel diritto stesso. Posta la istituzionale destinazione del bene al vantaggio collettivo, la proprietà pubblica si sostituirà a quella privata come lo strumento più idoneo si sostituisce a quello rivelatosi insufficiente: nell'ambito (e col fine) immutato della soddisfazione del medesimo interesse. Nessun abbattimento, dunque, dell'assolutezza di un diritto, mai riconosciuta [diritto condizionato dunque, come sottolinea l'A.] ma semplice perfezionamento del sistema di tutela dell'utilità generale connaturata alla funzione del bene ... cave e torbiere sono beni disciplinati come beni privati di interesse pubblico: questa essenziale qualificazione può valere ad escludere l'applicazione dell'art. 42 della Costituzione inteso a regolare diverse – e siano pure normali – ipotesi del sacrificio della piena e indiscussa proprietà privata nella sua tuttora veste generale di mezzo di attuazione immediata di interessi individuali».

(7) Al riguardo parliamo di una proprietà funzionalizzata che è cosa diversa da una proprietà selezionata o cooptata in funzione di un'intrapresa. Locuzione che «sta a significare che si resta o si diviene proprietari, strettamente in funzione della realizzazione o a seguito della realizzazione di un insieme, più o meno complesso, di interventi» (S. AMOROSINO, *Il governo dei sistemi territoriali*, Cedam, Padova, 2008, pag. 51).

(8) Occorre sottolineare che nell'esercizio di cava è sempre l'attività imprenditoriale che viene in evidenza in quanto attività funzionalizzata ad un interesse pubblico, come d'altra parte è rilevato spesso dalla stessa giurisprudenza. v. T.A.R. Campania-Napoli, sez. IV, 20 gennaio 2010, n. 214, secondo cui «il contributo connesso con l'esercizio dell'attività di cava previsto dalla legge Reg. Campania n. 34/1985 non è direttamente attinente alla concessione di beni pubblici. Esso infatti è dovuto sia nel caso in cui i suoli su cui esercitare l'attività di cava sono di proprietà pubblica (dove quindi sussiste un rapporto concessorio sul bene) sia nel caso in cui l'attività esercitata su suoli di proprietà privata (dove il titolo abilitativo è quindi di natura autorizzatoria e riguarda l'attività) ... Risulta quindi indipendente dalla titolarità pubblica del fondo e si rivela connesso all'attività posta in essere, e non direttamente allo sfruttamento del bene, e anzi esula del tutto da quest'ultimo aspetto ...».

mente tale attività ma anche trasferire, iure privato, il diritto a terzi con atto traslativo (9) o costitutivo di un diritto reale (10) (vendita, usufrutto, o altro negozio lecito) e anche dare in affitto (11) le cave, così come stipulare contratti riguardanti la vendita del prodotto dell'estrazione.

D'altra parte ciò si evince dall'espressione dell'art. 45 del r.d. n. 1433/1927: le cave e le torbiere sono lasciate in disponibilità del proprietario del suolo.

I diritti relativi all'esercizio di cave (12) possono dunque essere oggetto di negozi di diritto privato e dati in concessione solo nel momento in cui i beni, in seguito ad avocazione, diventano pubblici.

In caso tuttavia di beni pubblici ab origine (proprietà collettive, beni di uso civico) ci si è posto l'interrogativo circa gli strumenti che l'ente di appartenenza, come ad esempio l'amministrazione separata (13) dei beni di uso civico (B.U.C.) titolare di poteri e facoltà relativi alla loro gestione, dovesse usare nel concedere diritti su di essi a terzi: ovvero se utilizzare gli strumenti del

(9) T.A.R. Umbria-Perugia, 13 agosto 2009, n. 486: «*Ai fini del subingresso nell'autorizzazione alla coltivazione dei giacimenti di cava, il trasferimento del diritto sul giacimento, di cui è menzione nell'art. 9 L.R. Umbria 3 gennaio 2000 n. 2, si verifica non soltanto a seguito dell'alienazione della proprietà o di altro diritto reale sul fondo su cui insiste la cava, ma ogniqualvolta, anche attraverso la mera costituzione di un diritto personale di godimento, venga trasferita la "disponibilità dell'area di coltivazione" (articolo 9, comma 3, L.R. Umbria n. 2/00); vale a dire la facoltà di sfruttamento della cava (nella specie, il Collegio ha ravvisato il trasferimento del diritto sul giacimento nella stipulazione di un contratto di comodato tra il titolare dell'autorizzazione ed il ricorrente subentrante)*».

(10) Tali negozi, definiti «contratti di estrazione», si riferiscono al giacimento in quanto tale e sono rivolti a permetterne lo sfruttamento. Il proprietario può cedere ad altri la proprietà dell'intero giacimento o solo dei materiali estratti, o solo il diritto temporaneo di sfruttamento del bene (locazione) (pag. 683, ult. cit.). Per la disamina dei vari contratti anche di usufrutto e di enfiteusi v. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e torbiere*, cit.

(11) Cass., 22 dicembre 1988, n. 7012; Cass., sez. un., 24 novembre 1989, n. 5070; T.A.R. Piemonte, sez. II, 2 marzo 1987, n. 76.

(12) V. in tal senso V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e torbiere*, cit., pag. 680.

(13) Può accadere ad esempio che l'amministrazione separata dei beni di uso civico stipuli un contratto di concessione del proprio bene; vediamo che anche se viene dato ad esso il nome di affitto, stante la natura pubblica del bene, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che qualora si proceda all'affidamento dello sfruttamento di una cava questo è una concessione indipendentemente dal nome del contratto usato dall'amministrazione. Anche se essa abbia ritenuto di qualificare il rapporto come rapporto contrattuale di affitto, tale qualificazione è irrilevante «*ai fini della giurisdizione ove si controverta sulla scelta del contraente*» (Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2003, n. 2992).

Pertanto, in caso di stipulazione di un contratto di concessione di un bene pubblico, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5 legge T.A.R. secondo cui «*sono devoluti alla competenza dei T.A.R. i ricorsi contro atti o provvedimenti relativi a rapporto di concessione di beni pubblici*» (v. anche Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 1998, n. 1363).

diritto privato o del diritto pubblico stante la natura particolare del bene cava (14) e la natura pubblica dei beni civici.

Per la risoluzione del problema secondo l'orientamento giurisprudenziale bisogna guardare alla qualificazione giuridica del bene cava diversa a seconda che esso venga in rilievo come giacimento o come suolo.

Nel primo caso avrebbe natura di bene pubblico, nel secondo caso di bene patrimoniale disponibile.

Dunque, in base a tale orientamento, la cava appartenente all'amministrazione separata dei beni di uso civico allorché viene in rilievo come giacimento fa parte come tale del patrimonio indisponibile poiché si tratta di un bene *«appartenente all'ente pubblico ed in relazione al quale sussiste un immanente interesse pubblico normativamente qualificato ex art. 45 della legge mineraria alla massimazione del suo sfruttamento e come tale di per sé sottratto alla disponibilità del proprietario del fondo, anche in assenza di un provvedimento autoritativo di acquisizione. Quale bene pubblico la cava è un bene il cui godimento può essere attribuito a privati solo mediante provvedimenti concessori, sempre che non venga in rilievo l'affitto del suolo, a fini diversi da quello dello sfruttamento della cava»* (15).

Da ciò potrebbe discendere che in caso di proprietà collettive, beni ab origine pubblici, questi, soprattutto, dovrebbero essere sottoposto al regime della concessione amministrativa, e solo le parti restanti, non interessate dall'attività estrattiva, date in affitto.

Ma un diverso orientamento a cui si aderisce continua a ritenere che tutti i beni cava fino al momento in cui non sono avocati all'asse (16) e quindi non entrano

---

(14) Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2003, n. 2992.

(15) Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2003, n. 2992: *«L'affitto può riguardare la cava come suolo esistente indipendentemente dal giacimento ... l'attività di sfruttamento del giacimento è di interesse pubblico tanto che l'art. 45 della legge mineraria consente la sottrazione dei giacimenti ai proprietari inerti senza esproprio dei suoli. Il suolo su cui insiste la cava considerato autonomamente dal giacimento è un bene patrimoniale disponibile dell'amministrazione e può essere fatto oggetto di un contratto di affitto quando venga in considerazione come tale e non per lo sfruttamento del giacimento ivi esistente (sfruttamento peraltro realizzabile dal proprietario sua sponte, previa autorizzazione indipendentemente da obblighi assunti nei confronti dell'ente concedente»* (v. anche Cons. Giust. amm. Sic., s.g. 27 febbraio 1991, n. 27).

(16) Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2000, n. 3291; id., sez. VI, 26 luglio 1986, n. 572; id., sez. VI, 17 gennaio 1984, n. 11; ma l'orientamento della Cass., sez. un., 29 giugno 1979, n. 3664, riporta nello schema della concessione solo il contratto stipulato dopo l'acquisizione autoritativa del giacimento. In senso contrario, Cons. Stato, sez. VI, 2003, n. 2992, cit., secondo cui invece questo orientamento *«oscurerebbe la finalità oggettiva del rapporto che è tesa alla soddisfazione dell'interesse pubblico allo sfruttamento della cava. Infatti non si vede per quale ragione il bene ed il contratto debbano ricevere una diversa qualificazione pubblicistica o*



*privatistica (affitto o concessione) solo in ragione dell'acquisizione della cava da parte dell'ente pubblico quando la sottrazione alla disponibilità delle cave al proprietario (art. 826, comma 2, c.c.) si ha non solo in caso di provvedimento ex art. 45 ma anche a fortiori in caso di proprietà ab origine pubblica sul giacimento. L'art. 826 cit. mira a qualificare come appartenenti al patrimonio indisponibile le cave e torbiere nei casi in cui tali giacimenti siano stati acquisiti indipendentemente dalla proprietà del fondo, ma non comporta – poiché tanto sarebbe irragionevole – la differenziazione tra giacimenti acquisiti dagli enti pubblici senza titolarità del diritto di proprietà e giacimenti acquisiti dagli enti a titolo di proprietà. L'interesse pubblico allo sfruttamento del giacimento non può che essere oggetto di un potere pubblicistico ove dedotto nel contratto poiché in relazione ad esso l'amministrazione non è nella stessa posizione del privato ma è dotata di poteri di autotutela che connotano il rapporto e possono condurre alla revoca della concessione nel caso in cui lo sfruttamento non sia conveniente e rispondente al parametro normativo».*

In seguito al ricorso avverso la decisione del Cons. Stato, n. 2992/2003 la Cass., sez. un., 8 luglio 2005, n. 14329 (in *www.leggiditalia.it*), ritiene che «rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa alla procedura di scelta del contraente da parte di soggetti comunque tenuti all'applicazione delle regole di evidenza pubblica ... essendo sufficiente verificare che la pretesa azionata riguardi l'esercizio legittimo del corrispondente potere amministrativo; il contratto di affitto stipulato dall'amministrazione separata di uso civico, è un contratto di concessione di un bene pubblico devoluto alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5 legge T.A.R.». Nel caso specifico il fondo (suolo) resterà soggetto all'uso civico e della cava si potrà disporre solo nella forma della concessione dovendosi coordinare le esigenze di tutela dell'uso civico del suolo con quelle derivanti dallo sfruttamento del giacimento. Ed alla concessione si deve applicare quanto previsto per la scelta del contraente e dunque la procedura di gara pubblica.

Per la Suprema Corte (n. 14329 cit.) «è necessario distinguere la cava come suolo dalla cava come giacimento e che questa, anche in assenza di un provvedimento autoritativo di acquisizione, vada sempre ricompresa nel patrimonio indisponibile dell'ente, non rispondendo a criteri di ragionevolezza la differenziazione tra giacimenti acquisiti dagli enti pubblici senza titolarità del diritto di proprietà e giacimenti acquisiti dagli enti a titolo di proprietà, desunta dall'art. 826 c.c. e confermata dalla prevalente giurisprudenza».

Secondo il Consiglio di Stato (sent. n. 2992/2003), la procedura di gara pubblica serve per la tutela della concorrenza; in riferimento a ciò sappiamo che «in seguito alla riforma costituzionale ad opera della legge 18 ottobre 2001 n. 3 l'attuale riparto tra Stato e Regioni della potestà legislativa lascia all'esclusiva competenza del primo la tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lettera e) consentendo alla legge regionale di occuparsi, anche in via principale, di tutte le questioni attinenti all'azione economica degli enti territoriali nel rispetto delle norme poste dallo Stato a tutela della concorrenza ... Fatta salva la competenza dello Stato relativa alla tutela della concorrenza, alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni ed alle funzioni fondamentali degli enti locali, il legislatore regionale diviene il legislatore del diritto dell'amministrazione economica locale ... Tenute ferme le regole statali di tutela della concorrenza, la definizione delle regole e dei principi spetta alla Regione, così come la disciplina di tutti gli aspetti di quell'azione» (M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, a cura di G. Della Cananea e M. Dugato, Editrice scientifica, Napoli, 2006).

Occorre sottolineare sul punto che i beni-cava, come già evidenziato, sono soggetti, oltre che ad una disciplina pubblicistica, anche ad una disciplina strettamente privatistica riferibile alla proprietà privata, evidentemente non applicabile nelle ipotesi di concessione dello sfruttamento di una cava. Ma v. sul punto V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cave e torbiere*, cit., pagg. 680-683. Il proprietario, «pur sottoposto ad obblighi derivanti dall'attività di sfruttamento può disporre del suo bene nei modi che il diritto privato gli consente. Questi può ben essere un ente pubblico

nel patrimonio indisponibile per provvedimento dell'autorità mineraria possono essere sempre oggetto di contratti di diritto privato tra cui quello di affitto.

Vediamo, infatti, che al proprietario può essere sottratta la coltivazione, già intrapresa, della cava per essere data in concessione, anche se gli sarà corrisposto un indennizzo per le opere effettuate e il materiale già estratto (giacente).

Proprietario del terreno coltivabile ad attività estrattiva può essere ovviamente anche un Comune e come tale il bene fa parte del suo patrimonio disponibile, assoggettabile ugualmente alla normativa statale e alle leggi regionali che disciplinano la materia.

L'esercizio di cava – non solo l'inizio dell'attività ma il suo ampliamento o la sua prosecuzione – necessita dell'autorizzazione.

L'autorizzazione (regionale) determina la possibilità di iniziare o continuare ad esercitare l'attività e può contenere anche le modalità di svolgimento della stessa e dunque prevedere la destinazione finale del terreno una volta cessata l'attività di escavazione.

Tali modalità possono essere oggetto di apposita stipula, di una convenzione.

In passato, soprattutto, si è ritenuto che per l'inizio dell'attività fosse necessario anche un atto di concessione edilizia, comunale (17). Sul punto in passato

---

*proprietario della cava, iure privato, e compiere atti di trasferimento in proprietà e in godimento e negozi di vendita, usufrutto e locazione (affitto). Tali negozi, definiti contratti di estrazione si riferiscono al giacimento in quanto tale e sono rivolti a permetterne lo sfruttamento. Il proprietario può cedere ad altri la proprietà dell'intero giacimento o solo dei materiali estratti o solo il diritto temporaneo di sfruttamento del bene (locazione) talora in usufrutto ed enfiteusi».*

E dunque è possibile per il proprietario servirsi di mezzi privati (contratti per affittare il bene cava) e quindi effettuare una vendita immobiliare quando il negozio abbia ad oggetto il giacimento ma in seguito ad espropriazione le cave entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato (ora Regione) che è il presupposto per l'inizio di uno sfruttamento ad esclusivo fine di interesse generale. E dunque secondo l'A. «la proprietà pubblica si deve ritenere comprenda sia il giacimento che il suolo sopra o sotto il quale è situato. Non si può escludere tuttavia che quest'ultimo venga retrocesso al privato quando sia esaurito il giacimento, in mancanza di una specifica utilità del bene così residuo. La contraria opinione per cui la sottrazione della disponibilità della cava al proprietario ex art. 45 equivarrebbe alla conservazione del godimento ma non della proprietà che solo diventerebbe nuda fino alla cessione o esaurimento del giacimento è evidentemente priva di fondamento. Contrasta con la lettera della legge poiché disponibilità è uguale a proprietà, si introduce una distinzione tra proprietà del giacimento o del suolo che le norme non conoscono, ricorre a complicate costruzioni per dar ragione del diritto dello Stato sul giacimento, in aperto dispregio alla chiara nozione fornita dall'art. 826 e non tiene presente che la concessione a terzi riposa sempre sul presupposto della proprietà pubblica. Se il concessionario esaurisce il giacimento il terreno residuo ritorna allo Stato. La concessione è un atto che riposa sull'acquisito carattere pubblico del bene ed il termine è adoperato con assoluta improprietà quando con esso si designano ad esempio i contratti di sfruttamento conclusi da un ente pubblico, proprietario della cava, iure privato» (pag. 683).

(17) *Vexata quaestio*. In passato si è ritenuto che l'inizio della coltivazione era possibile non solo in seguito a un atto di autorizzazione regionale ma anche di concessione edilizia del Comune,