



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Dipartimento di Scienze Giuridiche

L'ACQUA E IL DIRITTO

**Atti del Convegno tenutosi presso
la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento**

(2 febbraio 2011)

a cura di

GIANNI SANTUCCI

ANNA SIMONATI

FULVIO CORTESE

2 0 1 1



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Dipartimento di Scienze Giuridiche

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO

99

2011

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2011*
by Università degli Studi di Trento
Via Belenzani 12 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-390-9
ISSN 1972-1137

Stampato in Italia - Printed in Italy
Dicembre 2011

Litotipografia Alcione S.r.l. - Lavis (Trento)

L'ACQUA E IL DIRITTO

*Atti del Convegno tenutosi presso
la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento
(2 febbraio 2011)*

A cura di

GIANNI SANTUCCI - ANNA SIMONATI - FULVIO CORTESE

Università degli Studi di Trento 2011

INDICE

	Pag.
GIANNI SANTUCCI	
Presentazione	VII

INTRODUZIONE AL TEMA

PIETRO NERVI	
Origine, luoghi e forme di una risorsa	3

GLI ITINERARI MOLTEPLICI DI UN BENE CHE SCORRE

ANDREA PRADI	
L'acqua come bene giuridico	27

NICOLA LUGARESI	
Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico	43

ANTONINO ALÌ	
La protezione e la gestione delle acque nell'Unione europea	73

ANNA SIMONATI	
Il regime pubblicistico delle acque: profili comparatistici	89

IL "DIRITTO" ALL'ACQUA E LA SUA TUTELA

ALVISE SCHIAVON	
Acqua e diritto romano: "invenzione" di un modello?	117

INDICE

	Pag.
FULVIO CORTESE	
L'acqua pretesa	183
BARBARA MARCHETTI	
La giurisdizione sull'acqua: una specialità da conservare?	211
SERGIO BONINI	
La tutela penalistica di un bene che scorre: topografia, morfologia strutturale, punti critici, novella per gli enti, futuribili in materia di acque	233
IL "GOVERNO" DELLE ACQUE	
ANTONIO CASSATELLA	
Acqua e livelli di governo	325
SILVIA PELLIZZARI	
La pianificazione amministrativa della risorsa idrica	357
DAMIANO FLORENZANO	
La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni ...	379
CONSIDERAZIONI DI SINTESI	
ANNA SIMONATI – FULVIO CORTESE	
Osservazioni conclusive	403
Notizie sugli Autori	409

L'ACQUA COME BENE GIURIDICO

Andrea Pradi

SOMMARIO: *1. L'acqua e le sue diverse forme. - 2. L'acqua un bene comune tra tutti. - 3. Appartenenza pubblica e usi privati delle acque. - 4. Gli usi privati ad alta rilevanza sociale e la logica economica. - 5. Alcune conclusioni.*

1. L'acqua e le sue diverse forme

La qualificazione delle acque come bene in senso giuridico e quindi il loro inquadramento nelle diverse situazioni di appartenenza (privata, pubblica o collettiva) discendono dalla loro varietà strutturale. Tuttavia la diversificazione del regime giuridico tra i diversi tipi di acqua, che ci induce ad utilizzare il plurale, non dipende solo dalle qualità naturali, cioè dalle caratteristiche fisiche o dalla composizione chimica della risorsa, ma è maggiormente dettata dalla diversa funzione economico-sociale che essi svolgono in rapporto alle differenti forme di utilizzazione ed ai diversi interessi che sono atte a soddisfare.

Non vi è dubbio che le acque marittime e quelle interne possano essere oggetto di forme d'uso comuni come ad esempio la navigazione e la pesca. Tuttavia le prime solo in minima parte si prestano a fornire quelle utilità che hanno fatto dell'accesso all'acqua un diritto umano universale e fondamentale legando imprescindibilmente questa risorsa alla vita umana e al libero sviluppo della persona¹.

¹ Il 28 luglio 2010 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha approvato una risoluzione che riconosce l'accesso all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari tra i diritti umani fondamentali, che a sua volta riprende una dichiarazione dell'Ufficio

La semplificazione che una breve trattazione del regime giuridico delle risorse idriche necessita non può quindi che circoscrivere l'ambito della sua analisi a quella categoria che maggiormente ha interessato ed interessa oggi il dibattito giuridico e non solo, vale a dire la categoria delle acque superficiali correnti di origine piovana, quelle che in maniera diversa scorrono sulla superficie terrestre e che giungono fino al mare.

Rispetto alla categoria delle acque correnti in superficie il diritto si trova a dover risolvere problemi relativi all'appartenenza ed alla disciplina delle diverse forme di utilizzo in misura maggiore che non relativamente ad altre categorie idriche. Tali problemi sono legati da una parte ad una risorsa che scorre, fuggitiva, difficile da catturare e da delimitare e dall'altra alla necessità di garantirne il più ampio accesso, in quanto, nelle principali forme di utilizzo peculiari, tale categoria idrica risulta essere funzionale all'esercizio di diritti fondamentali dell'uomo; si pensi all'uso potabile e igienico sanitario, ed allo svolgimento di attività produttive primarie, come avviene per l'uso irriguo in agricoltura.

Di più, le diverse e sempre maggiori utilizzazioni di tale risorsa, per impieghi industriali o di produzione di energia, che il progresso

dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani del settembre 2007 in cui si legge: *«È ormai tempo di considerare l'accesso all'acqua potabile e ai servizi sanitari nel novero dei diritti umani, definito come il diritto uguale per tutti, senza discriminazioni, all'accesso ad una sufficiente quantità di acqua potabile per uso personale e domestico – per bere, lavarsi, lavare i vestiti, cucinare e pulire se stessi e la casa – allo scopo di migliorare la qualità della vita e la salute. Gli Stati nazionali dovrebbero dare priorità all'uso personale e domestico dell'acqua al di sopra di ogni altro uso e dovrebbero fare i passi necessari per assicurare che questa quantità sufficiente di acqua sia di buona qualità, accessibile economicamente a tutti e che ciascuno la possa raccogliere ad una distanza ragionevole dalla propria casa»*. Su questo vedi però ampiamente N. LUGARESI, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in questo volume.

tecnologico permette², accompagnate dalla sua minor disponibilità dovuta ai cambiamenti climatici e alla sua ineguale distribuzione sul globo terrestre, pongono il diritto di fronte a nuove e maggiori sfide legate al suo accesso, ai potenziali conflitti nell'utilizzo ed ai rimedi da prevedere per prevenire e dirimere tali conflitti.

2. *L'acqua un bene comune tra tutti*

Le particolari caratteristiche naturali delle acque correnti le rendono difficili da incasellare nelle categorie dominicali tradizionali, quelle per intenderci del demanio pubblico o del dominio privato. Tali categorie sono state pensate per disciplinare l'uso del fondo, cioè della terra, una risorsa limitata nella sua estensione, facilmente confinabile, non aperta all'utilizzo contemporaneo di più persone e quindi ad uso concorrenziale o rivale nel consumo, da cui facilmente vengono generate situazioni di conflittualità in relazione all'accesso e al suo sfruttamento. Conflitti di cui il diritto si è da sempre fatto carico e intorno ai quali è stata costruita l'idea del *dominium* romanistico, la cui disciplina è incentrata sull'escludibilità dell'utilizzo della risorsa da parte del suo titolare e su cui sono costruiti i rimedi che ad esso vengono offerti per fare valere il suo diritto nei confronti di tutti gli altri consociati³.

Dal punto di vista economico e sociale poi la presenza di acqua in maniera sovrabbondante rispetto al fabbisogno sociale ha fondato l'idea della sua inesauribilità e conseguentemente la scarsa necessità di una regolamentazione restrittiva dell'utilizzo della risorsa medesima.

² U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 1009.

³ Cfr. V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Lezioni curate ed edite da P. Bonfante, vol. II, Roma, 1933.

La mancanza di rivalità nel consumo, per dirla in termini economici⁴, per cui l'utilizzo da parte di un soggetto non pregiudica né diminuisce la contemporanea fruizione da parte di un altro, permette al diritto romano di annoverare le acque superficiali tra le *res communes omnium*, cioè tra le cose in comunione tra tutti, assieme all'aria ed al mare (e al lido del mare). La mancata sussunzione della risorsa idrica in una delle forme di appartenenza classiche, della proprietà privata o di quella pubblica, ha alimentato il dibattito tra i romanisti intorno alla ricostruzione del regime giuridico della risorsa idrica⁵. E se la forma di appartenenza non costituisce criterio guida sufficiente per individuare il regime delle acque correnti in superficie, è la disciplina delle diverse forme d'uso cui esse posso prestarsi a fornirci un'indicazione più precisa. Su tale versante le fonti romane ci hanno tramandato insegnamenti preziosi⁶.

L'idea della comunione universale sulle risorse idriche, che contraddistingue la categoria marcianea⁷, si caratterizza per la libera disponibilità delle stesse da parte dell'intera collettività. Le acque correnti sono aperte all'uso libero e gratuito da parte di tutti, senza che per l'esercizio di tale diritto sia necessaria alcuna autorizzazione da parte dei pubblici poteri, con la sola preoccupazione da parte dell'ordinamento di prevenire o impedire quei comportamenti da parte di alcuni che ne pregiudichino l'accesso da parte degli altri. Pur statuendo la più ampia possibilità di derivazione delle acque per usi privati il diritto romano pone due ordini di limiti di carattere generale: in primo luogo che la sottrazione di acqua non sia di pregiudizio al libero eserci-

⁴ Cfr. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006.

⁵ Per un'analisi più approfondita cfr. A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano: "invenzione" di un modello?*, in questo volume.

⁶ Cfr. M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, vol. 1, 2010, pp. 39 ss.

⁷ La creazione della categoria delle *res communes omnium* è fatta risalire ad un frammento delle *Institutiones* di Elio Marciano raccolto in D.1.8.2.1.

zio degli usi pubblici o collettivi, come la navigazione, la pesca o la balneazione e, secondariamente, che la possibilità di derivazione non impedisca il pari utilizzo da parte di altri⁸. Questo principio era volto innanzitutto alla soddisfazione degli interessi essenziali per la vita e per il libero sviluppo della persona ed era collegato principalmente agli usi potabili, alimentari ed igienici.

Positivamente queste direttive si sono tradotte nella limitazione di derivazione da tutti i fiumi pubblici (*publica flumina*), laddove l'aggettivo pubblico non viene inteso nel senso della soggettiva appartenenza allo Stato, ma della loro destinazione o attitudine a soddisfare un uso pubblico o collettivo, primariamente la navigazione⁹. Solo per i fiumi non navigabili la derivazione era quindi libera, mentre per quelli navigabili essa poteva avvenire purché non ne rendesse difficile o addirittura impedisse la navigabilità. Per quel che riguarda gli usi privati o comunque rivali sui fiumi non navigabili, il limite posto dal divieto di pregiudizio dell'eguale uso altrui trova poi nella classica tutela proprietaria di natura inibitoria la sua traduzione normativa. La derivazione diretta delle acque trova quindi nei rimedi somministrati dal giudice dietro sollecitazione dal diretto interessato leso nel suo diritto di accesso alla risorsa idrica l'individuazione dei suoi limiti¹⁰.

Se l'impostazione data dal diritto romano presuppone un'immagine della risorsa idrica illimitata ad uso quindi non rivale, bisogna sottolineare come nell'ambito della materia che qui si tratta la rivalità nel consumo non è stata di grado costante nel tempo, ma è dipesa dagli incrementi che dell'uso della risorsa idrica ha permesso lo sviluppo

⁸ Centrale per tale ricostruzione diventa il testo di POMPONIO, 34 ad Sabinum, D.43.12.2.

⁹ Cfr. a tal proposito la convincente lettura delle fonti romane compiuta da F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le "res publicae" e le "res fiscales" in diritto romano*, in *Studi giuridici*, vol. II, Roma, 1939, pp. 3 ss. *Contra* cfr. però G. ASTUTI voce *Acqua (storia)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1958, pp. 356 ss.

¹⁰ Cfr. M. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 60 e A. SCHIAVON, *cit.*

tecnologico. Il progressivo aumentare degli usi delle acque correnti in superficie ha comportato ben presto la rottura dell'equilibrio del bilancio idrico tra fabbisogno e disponibilità della risorsa e ne ha influenzato profondamente lo sviluppo della relativa disciplina giuridica. L'evoluzione sociale ed economica che ha segnato l'utilizzo delle acque superficiali ha sgretolato quella illusione culturale orientata a resistere quanto più possibile sulla frontiera della comunione universale, ponendo dei seri interrogativi relativamente all'allocazione e definizione dei diritti sulle stesse.

Interrogativi cui già il diritto romano post-classico tentò di dare risposta sottoponendo al controllo pubblico le derivazioni dirette. Il più intenso e pieno utilizzo delle acque legato allo sviluppo dell'economia agricola e cittadina e l'influenza dei modelli economico e sociali di altre parti dell'Impero, la cui economia era legata ai grandi fiumi, portò in epoca post-classica e giustiniana a fondare la disciplina delle derivazioni dai grandi fiumi sempre più su regolamenti e concessioni di natura pubblica, che sostituiscono l'antica libertà di irrigazione che caratterizzava il primitivo ambiente di Roma e dell'Italia antica. L'evoluzione del regime delle acque segnato dalle mutate esigenze economico e sociali in diritto romano anticipa sotto vari aspetti i moderni ordinamenti¹¹.

3. Appartenenza pubblica e usi privati delle acque

Rispetto alle risorse idriche che scorrono in superficie gli ordinamenti moderni occidentali prevedono ad oggi tutti una grande bipartizione tra il settore delle acque pubbliche ed il settore delle acque

¹¹ Vedi per una interessante e dotta panoramica storica P. BONFANTE, *Il regime delle acque dal diritto romano al diritto odierno*, in *Scritti giuridici*, vol. IV, Roma, 1926, p. 242.

private. Da un punto di vista comparativo si può notare una forte convergenza nell'erosione l'area di appartenenza privata e la sempre maggior attrazione nelle forme di appartenenza pubblica delle acque correnti in superficie¹².

Lo sviluppo della disciplina giuridica delle acque nell'ordinamento italiano, dall'unificazione legislativa ai giorni nostri, è segnata da tale tendenza. La progressiva riduzione degli spazi lasciati all'appartenenza privata delle risorse idriche ha trovato la sua conclusione con la formale espunzione del settore delle acque private ad opera della legge n. 36/1994 (la c.d. legge Galli, dettante disposizioni in materia di risorse idriche) che ha sancito al suo art. 1 la appartenenza pubblica di tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, e relegato le forme di appartenenza privata a quelle ipotesi residuali di acque piovane raccolte in invasi o cisterne, al servizio di fondi agricoli ed edifici. Benché tale intervento legislativo non abbia mutato esplicitamente il regime di appartenenza, l'assegnazione di tutte le acque superficiali al demanio pubblico trovava giustificazione in via sistematica per effetto del disposto dell'art. 822 del c.c. il quale tra i beni del demanio pubblico oltre ai fiumi, i torrenti e i laghi annovera anche «*tutte le altre acque definite pubbliche dalle leggi apposite*»¹³. Il riferimento alla categoria demaniale tuttavia ha scarsa importanza in quan-

¹² Per alcuni spunti comparativi vedi A. SIMONATI, *Il regime pubblicistico delle acque: profili comparatistici*, in questo volume.

¹³ La legge n. 36/1994 non abrogando esplicitamente la precedente disposizione contenuta nel R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 che definiva pubbliche «*tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, ...le quali, ... abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse*» non conteneva in effetti un trasferimento esplicito alla mano pubblica di tutte le acque superficiali. Trasferimento poi avvenuto con il d.P.R. 18 febbraio 1999 n. 238, che al suo art. 1 stabilisce che «*appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali, anche raccolte in invasi o cisterne*», salve solo «*le acque piovane non ancora convogliate in un corso d'acqua o non ancora raccolte in invasi o cisterne*». Per una disamina generale su tali testi normativi cfr. S. PALAZZOLO, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur. Agg.*, Milano, 2000, p. 34.

to, più che configurare il trasferimento allo Stato delle acque correnti in superficie, sembra piuttosto aver evidenziato la rilevanza pubblica delle stesse in relazione a tutti i possibili usi che di esse possono essere fatti e agli interessi che questi ultimi sono volti a soddisfare. L'interesse che è alla base della rilevanza pubblica di un'acqua va riferito quindi a quello, generale, soddisfatto nelle sue diverse utilizzazioni¹⁴. Considerando tutte le acque di pubblico interesse il legislatore quindi non si è riferito alla risorsa in sé, ma alla sua attitudine ad usi di interesse per la collettività. In questa maniera il profilo della "appartenenza" delle acque allo Stato viene riferito non già al regime dominicale della risorsa ma al suo regime d'uso.

Risulta chiaro a questo punto che piuttosto che incentrare l'analisi sulla situazione di appartenenza della risorsa la verifica del regime delle acque può trovare maggior riferimento nella disciplina degli usi contenuta nelle leggi di settore. Su tale versante è opportuno fin d'ora sottolineare come le forme autenticamente collettive di godimento delle acque superficiali correnti sono ad oggi del tutto marginali. La dottrina include nella categoria degli usi pubblici o collettivi liberi e comuni a tutti la navigazione commerciale e da diporto, la balneazione e la pesca nelle acque fluviali¹⁵. Tutte attività di rilevanza trascurabile se paragonate a quelle che formano la categorie degli usi speciali, cioè quelli tipicamente individuali quali l'uso irriguo, quello potabile, quello volto allo sfruttamento dell'energia cinetica prodotto dall'acqua ed altri usi industriali cui le acque possono essere destinate.

Data la sempre maggior importanza degli usi individuali appare chiaro come gran parte del diritto delle acque sia volto a disciplinare lo

¹⁴ Questa è stata l'interpretazione data dalla Corte costituzionale per sostenere la legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge Galli che altrimenti avrebbe configurato un trasferimento allo Stato di tutte acque private al di fuori delle garanzie costituzionali previste dall'art. 42 comma 3 della Costituzione, cfr. Corte cost. 19 luglio 1996, n. 259, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2319.

¹⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 564.

snodo critico che segna il passaggio dalla forma di appartenenza pubblica all'utilizzo privato. Come abbiamo già sottolineato in precedenza tale passaggio non avviene tramite un mutamento radicale di situazione di appartenenza. L'acqua non cade insomma in proprietà privata sol perché viene derivata per uso individuale dall'alveo demaniale pubblico. Con l'estensione del carattere di pubblica utilità a tutti gli usi idrici, anche quelli privati di natura rivale, la tradizione giuridica italiana si discosta dall'ottica del diritto romano (almeno quello dell'epoca classica), ripresa poi dalla versione originaria del *code Napoléon* in cui la ragione dell'appartenenza pubblica delle acque veniva perimetrata alla tutela dei soli usi non rivali¹⁶.

È all'importante tradizione dei "giuristi idraulici" legata principalmente ai nomi di Gian Domenico Romagnosi e, forse ancor più, al meno famoso Giacomo Giovannetti, che si deve la riconduzione dell'alveo della demanialità dall'ottica del diritto romano, che la limitava ai soli usi non rivali, alla visione sociale del bene acqua. Il concetto di demanialità viene costruito in senso oggettivo sull'interesse generale sotteso all'utilizzo di un bene da parte di un privato: interesse che si concretizza non più alla preservazione degli usi collettivi, ma alla efficiente distribuzione di una risorsa scarsa tra utilizzatori che, benché privati, svolgono una funzione di pubblica utilità¹⁷.

Il criterio guida che da tale tradizione ci proviene e che ha informato ed informa tutt'oggi la disciplina idrica tanto in materia di acque private che pubbliche, è costituito dalla considerazione che, a prescindere dalla titolarità, qualsiasi uso che della risorsa idrica si faccia, esso persegue utilità sociali che si concretizzano nella destinazione del bene all'uso più efficiente. A tal fine gli usi sono graduati gerarchicamente dalla legge ed il loro esercizio non è libero ma avviene

¹⁶ Cfr. art. 538 Cod. Nap.

¹⁷ Cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1995, pp. 409 ss.

in regime di concessione su un bene pubblico¹⁸ fortemente regolamentato dall'accessorio contratto (c.d. disciplinare di concessione), che ne disciplina l'utilizzo, sempre nell'ottica di una distribuzione di una risorsa scarsa che privilegi l'utilizzo più efficiente e la riduzione degli sprechi al fine del conseguimento del massimo benessere collettivo.

Anche la disciplina che il Codice Civile detta per acque non assoggettate al regime delle acque pubbliche, ipotesi oramai assolutamente residuale, è permeata dalla stessa logica, per cui la conformazione proprietaria avviene per utilità sociale intesa come efficiente sfruttamento della risorsa. Il divieto di diversione delle acque stanziali (909 c.c.) e l'obbligo di restituzione delle colature e degli avanzi per le acque correnti non pubbliche (910 c.c.) sono tutte misure conformative che vanno nella direzione di un comportamento socialmente utile del proprietario. Ad esso infatti spetta sì la facoltà di utilizzare per sé le acque che gravitano sul suo fondo, senza però abusarne, divertendole al fine di impedire che esse possano essere sfruttate appieno¹⁹.

4. Gli usi privati ad alta rilevanza sociale e la logica economica

In epoca recente, in cui si è maggiormente diffusa l'attenzione alla tutela delle risorse idriche in senso conservativo, i principi che ci provengono dai giuristi idraulici relativamente al prelievo e all'utilizzo dell'acqua vengono maggiormente esplicitati. E ciò non attraverso la mera modificazione del regime di appartenenza, come affrettatamente si potrebbe supporre leggendo i primi articoli della legge n. 36 del 1994. La dichiarazione di demanialità di tutte le acque superficiali

¹⁸ E non di un bene pubblico come sottolinea M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, p. 285.

¹⁹ Cfr. U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2001.

correnti viene accompagnata dal potere della pubblica amministrazione di disciplinare diversamente le modalità di utilizzo delle acque, a seconda dei soggetti e delle finalità, secondo principi generali ben definiti dalla legge stessa. Il criterio guida nella gerarchizzazione degli usi viene legato alla tutela di una risorsa che il progresso tecnologico ha “scoperto” essere limitata ed il cui consumo deve avvenire al fine di mantenere l'equilibrio ecologico della risorsa idrica. Gli usi delle acque vengono indirizzati al risparmio e al rinnovo delle risorse per non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici²⁰.

All'interno di tali principi e di graduazione gerarchica a fini conservativi della risorsa idrica il consumo umano ha occupato sempre una posizione preminente rispetto agli usi funzionali ad attività economiche. Al fine di garantire i diritti della persona e di salvaguardare le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale²¹, questi ultimi vengono ammessi quando la risorsa risulta sufficiente e quando il suo sfruttamento in questo senso non pregiudichi la qualità dell'acqua per il consumo dell'uomo.

Come già sottolineato in precedenza in relazione agli usi idrici la primazia di quelle utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona (uso potabile, usi civili sanitari ecc.) non è mai stata messa in discussione²². La rilevanza pubblica del servizio idrico ritornò in tutta la sua evidenza alla fine del XIX secolo quando l'Europa fu investita da grandi epidemie legate all'acqua. In Italia fu la legge nazionale per la municipalizzazione degli acquedotti approvata dal Parlamento nel 1903, durante il governo Giolitti, a garantire un servizio idrico adeguato fruibile da tutti i cittadini per far fronte

²⁰ Così recita il testo dell'art. 2 l. n. 36/94.

²¹ Così come sancito nei commi 2 e 3 dell'art. 1 della l. n. 36/94.

²² Cfr. M. FIORENTINI, *op. cit.*, p. 62.

alla grande crisi igienico sanitaria dell'epoca²³. Rispetto a tutte le utilità funzionali all'esercizio di attività economiche (usi irrigui, usi industriali, usi energetici), concesse ai privati seguendo il criterio dell'uso maggiormente produttivo in senso economico, gli usi civili vengono gestiti direttamente dal pubblico e i costi di realizzazione vengono posti a carico della fiscalità generale. Sia la legge del 1919 che poi quella ancora più analitica del 1933 affermano il principio inderogabile di mantenere sotto il controllo pubblico l'utilizzazione delle acque per uso di civile abitazione, ponendo a carico della fiscalità generale l'intera costruzione delle reti infrastrutturali (acquedotti e reti fognarie) e lasciando al cittadino il solo onere dei costi di gestione degli acquedotti comunali al fine di coprire con le entrate tariffarie le spese sostenute dalla collettività per la fornitura del servizio.

La rappresentazione del pubblico come il settore degli sprechi e dell'inefficienza ha guidato il passaggio al mercato di classi di beni e servizi ad alta funzione sociale. La scarsa organizzazione del servizio idrico, foriera di enormi sprechi, è all'origine di quei provvedimenti legislativi portati all'esaltazione della gestione privatistica dei beni e dei servizi di interesse generale.

Sulla base di queste osservazioni la logica efficientistica confinata agli usi funzionali ad attività economiche viene estesa a quelle utilità in cui tale logica mal riflette la complessità delle relazioni sociali. Accanto all'integrazione dei diversi servizi idrici per una gestione unitaria e razionale delle diverse fasi (dalla captazione alla fonte, all'adduzione al serbatoio, alla distribuzione, all'uso, alla raccolta delle acque reflue per finire con la depurazione), con la legge Galli vengono poste le basi per trasformare il servizio idrico da servizio di interesse generale, gestito in via diretta dalla amministrazione pubblica e garantito a tutti i cittadini grazie al pagamento del solo valore d'uso, in "bene di

²³ Cfr. M. BERSANI, *Acqua in movimento - Ripubblicizzare un bene comune*, Roma, 2007.

consumo”, gestibile in via ordinaria anche da privati e regolato dalle leggi della concorrenza e del mercato. Con l'introduzione del principio del *full recovery cost* e della remunerazione garantita del capitale investito non solo le spese infrastrutturali e quelle di gestione, ma anche il costo dell'investimento stesso trovano copertura nel sistema tariffario.

La “privatizzazione” del servizio idrico trova giustificazione teorica nella retorica dell'efficienza, vera stella polare del pensiero economico neoclassico che ha ridisegnato la distinzione fra pubblico e privato in una rinnovata dimensione riassetando le linee di competenza su un rapporto di sussidiarietà. Fuoriuscendo dagli ambiti tradizionali delle libertà civili, l'intervento pubblico viene confinato e giustificato dalla correzione delle inefficienze di mercato (c.d. *market failure*). Non più l'intervento del settore pubblico per la produzione e gestione di beni e servizi funzionalizzata al soddisfacimento di interessi dell'intera collettività che ad esso fa riferimento, ma produzione e gestione di quei soli beni che il mercato non è in grado di generare per mancanza di incentivi economici²⁴.

Se queste sono le premesse teoriche si deve però osservare che le ragioni vere delle “privatizzazioni” in Italia devono essere individuate nel tentativo di contrasto all'immenso deficit pubblico che trova nel cospicuo patrimonio pubblico la sua posta di pareggio. In nome della riduzione del debito e del pareggio di bilancio lo Stato italiano ha proceduto all'alienazione di gran parte degli *assets* che direttamente gestiva ed il costante stato emergenziale delle finanze pubbliche ha impedito una politica riformatrice tendente ad esaltare la naturale funzione sociale ed economica dei beni e servizi pubblici. Il decreto n. 135/2009, c.d. decreto Ronchi, convertito in l. n. 166 del 2009, non è

²⁴ Cfr. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, cit., p. 119.

alieno da tali critiche²⁵. La previsione dell'affidamento della gestione del servizio idrico a società a capitale misto pubblico-privato, dove però il privato deve essere socio operativo con una quota di partecipazione non inferiore al 40%, va ad aggiungere un ulteriore tassello al processo espropriativo del soggetto pubblico e quindi di tutti i cittadini dei beni comuni faticosamente realizzati negli anni sulla base della fiscalità generale²⁶.

5. Alcune conclusioni

Quello dell'acqua è l'esempio più vivo e lampante di come i processi di privatizzazione in Italia siano avvenuti al di fuori di qualsiasi reale ripensamento critico dello scopo e della funzione della proprietà pubblica, e quindi degli ambiti e degli spazi che si vogliono riservare allo Stato e al libero mercato quali istituzioni fondamentali di organizzazione sociale. Tuttavia la crisi economica che ha posto in serio dubbio i fondamenti teorici delle privatizzazioni aggiunta alla reazione

²⁵ Facendo seguito a quanto già fissato dall'art. 23 della legge 6 agosto 2008 che faceva obbligo ai Comuni di privatizzare tutti i servizi pubblici locali, compreso il servizio idrico, dichiarandoli "servizi di interesse economico", l'art. 15 del decreto n. 135/2009 statuisce: «*Il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica... nel rispetto dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, parità di trattamento... b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica... c) in deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma due, per situazioni eccezionali a causa di peculiari caratteristiche...che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato... l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario...*».

²⁶ Vedi più ampiamente su tali temi A. LUCARELLI, G. MARCOU, U. MATTEI, *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, Napoli, 2009.

sociale che si è avuta con il successo dei referendum sull'acqua del passato giugno, cui è stata data veste teorica dagli importanti studi sulla proprietà pubblica condotti in ambito accademico²⁷, costituiscono la dimostrazione di quanto sia necessario un ripensamento dell'assetto normativo che regola la proprietà pubblica, che non si limiti solo a prevedere le modalità di trasferimento da pubblico al privato, ma che focalizzi la sua attenzione sul miglior schema di gestione dei beni in ragione della loro natura ed utilizzo, (ri)prendendo anche in considerazione modelli istituzionali di gestione delle risorse alternativi. Proprio quei modelli che il pensiero liberale ha espunto dall'universo giuridico, perché non funzionali al mercato, ma che forse sono maggiormente adatti a gestire ed a conservare quelle categorie di beni ad alta utilità sociale soprattutto a vantaggio delle generazioni future. Il rinvigorito dibattito culturale intorno alla forme collettive di appartenenza ha riportato all'attenzione anche della cultura giuridica quelle alternative istituzionali di gestione del bene comune emarginate dalle istanze individualistiche propuginate dalla cultura liberale dei codici nati nel solco dell'illuminismo e che, soffocate tra le due sole forme riconosciute di proprietà individuale, pubblica e privata, hanno trovato spazio nel nostro codice civile solo quale regime eccezionale (condominio) e temporaneo (comunione), in una logica liquidatoria che già si era formalizzata in epoca fascista²⁸.

Quelle poche e residuali esperienze di gestione collettiva delle risorse comuni che hanno resistito ai numerosi assalti liquidatori perpetrati dalle legislazioni statuali giungendo intatte fino a noi hanno permesso di mantenere in vita questo modello istituzionale di appartenenza, che trova in Italia nelle terre collettive montane la sua espressione

²⁷ Cfr. U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, cit.

²⁸ Mi si permetta di fare un rinvio a A. PRADI, *Usi Civici: le reliquie della proprietà collettiva*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici: dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010, p. 410.

più compiuta e che ad oggi disciplina l'utilizzo di risorse ambientali che, considerando ad esempio quelle di natura boschiva, coprono circa due milioni di ettari, ossia il 25 per cento della superficie forestale nazionale. L'obbligo morale, più che giuridico, di conservazione del patrimonio ambientale a garanzia del suo godimento da parte delle generazioni future ha contribuito a far riconoscere in questa forma di proprietà collettiva una valida alternativa istituzionale alla proprietà individuale, nella gestione e tutela dei beni comuni ben lontana dal generare la tragedia globale teorizzata da Hardin²⁹.

²⁹ La parabola raccontata da Garret Hardin nel 1968 sulla tragedia dei beni comuni, lungi da veicolare l'idea della superiorità istituzionale della proprietà privata nella gestione delle risorse naturali, oggi altro non dimostra che la necessità di una qualche forma di regolamentazione restrittiva dell'utilizzo delle risorse, come lo stesso HARDIN ha specificato qualche anno dopo in *Managing the Commons*, San Francisco, 1977.