



**SMOKE ON THE WATER O DELLA RIPUBBLICIZZAZIONE DELL'ACQUA.
LO STATUTO GIURIDICO DELLA RISORSA IDRICA TRA BENI DEMANIALI, BENI
COMUNI E DOVERI DI TUTELA DELL'AMMINISTRAZIONE**

di Roberto Miccù* e Francesco Palazzotto**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il diritto all'acqua e alla sua conservazione in campo internazionale: cenni - 3. I beni comuni: un'alternativa rispetto alla dicotomia pubblico/privato? - 4. La proprietà collettiva demaniale e la risorsa idrica - 5. Lo statuto giuridico dell'acqua ed il concetto di sviluppo sostenibile - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

La vulnerabilità della risorsa idrica e la sua rilevanza per la nostra esistenza hanno comportato la necessità di individuare uno statuto giuridico in grado di tutelare i diversi aspetti di un fondamentale bene pubblico.

Partendo dalla convinzione che l'acqua sia un bene, ma anche un diritto e un servizio, la dottrina ha evidenziato la necessità di uno statuto giuridico che stabilisca canoni di tutela e di servizio adeguati ad affrontare e risolvere le problematiche insite nella vulnerabilità della risorsa idrica e nella sua importanza all'interno di un ecosistema sostenibile.

Questo lavoro vuole mostrare come l'istituto del demanio, coadiuvato da un'adeguata attività di regolazione¹, sia in grado di tutelare la risorsa idrica e di assicurare il diritto di accesso alla stessa a prescindere dalla tipologia di gestione pubblica o privata prescelta. L'ipotesi di lavoro testé avanzata si pone in linea con la *ratio* presente nella disciplina

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento di Economia e Diritto, Università “La Sapienza” di Roma. L'articolo è frutto di una comune riflessione, ma i par. 1 e 6 sono da attribuire a R. Miccù, mentre i par. 2-3-4 e 5 sono da attribuire a F. Palazzotto.

** PhD in “Public Services” e cultore della materia in Istituzioni di diritto pubblico – Dipartimento Economia e Diritto, l'Università “La Sapienza” di Roma.

¹ Tale attività di regolazione e di controllo trova oggi la sua cornice nella disciplina che ha istituito ed individuato le competenze dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI); con riferimento al disegno di legge di cui infra, si veda la memoria del 28 giugno 2016, n. 344/2016/I/IDR.

recentemente prospettata dal legislatore, seppur ancora sotto forma di proposta di legge (cd. ddl. sulla ripubblicizzazione dell'acqua), del rispetto di tutte le esigenze legate alla risorsa idrica, pur in un'epoca di crisi economica-finanziaria come quella attuale. Le modifiche apportate al disegno di legge (originariamente, proposta di legge C. 2212, approvata alla Camera in data 20 aprile 2016 e trasmessa al Senato in data 22 aprile 2016) hanno prodotto un testo (DDL S. 2343 - Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque - 07/11/2016) che, rispetto alla prima versione, risulta coordinato con le più recenti riforme in ordine all'organizzazione e alla gestione dei servizi idrici, con particolare riferimento al decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, (cd. Decreto Sblocca Italia), alla legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di Stabilità 2015) e alle più recenti disposizioni della legge 28 dicembre 2015, n. 221 (cd. Collegato ambientale), che a loro volta sono intervenuti perfezionando e completando il modello di *governance* in essere.

Al riguardo, occorre tener presente che, da un lato, il legislatore ordinario sta procedendo all'approvazione della "Legge per il governo e la gestione del servizio idrico integrato", dall'altro, che il legislatore delegato è stato in procinto di approvare il decreto delegato sui servizi pubblici locali, il c.d. "Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale"². Tale decreto delegato, riguardo la tipologia di gestione possibile per il servizio idrico, rinviava però alla normativa di settore e quindi al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i. Con riferimento a tale ultimo atto normativo abbiamo usato il passato, dal momento che, nelle more dell'esercizio della delega, è intervenuta recentissimamente la sentenza della Corte cost. n. 251/2016, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittime quattro disposizioni della legge delega³.

Il disegno di legge cd. sulla *ripubblicizzazione* del servizio idrico integrato prevede, ai sensi dell'art. 4, co. 3 lett. a), che la scelta del gestore del servizio avvenga secondo le regole della gara europea e che solamente in deroga alle stesse si possa prevedere l'affidamento diretto a società pubbliche, secondo quanto stabilito dall'art. 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152⁴.

² Si tratta di uno dei decreti delegati che il governo dovrà approvare sulla base dell'art. 16, co. 1 della L. n. 124 del 2015, c.d. Riforma Madia della P.A.; il decreto delegato sui servizi pubblici locali all'art. 3, co.2 recita. "... Salve le disposizioni in materia di modalità di affidamento dei servizi, per le quali le predette disposizioni integrano e prevalgono sulle normative di settore, e salve le modifiche e le abrogazioni espresse contenute nel presente decreto, rimangono disciplinati dalle rispettive normative di settore il servizio idrico integrato e il servizio di gestione integrata dei rifiuti di cui al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni;...", il testo integrale è reperibile su <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/01-03-2016/dlgs-servizi-pubblici-locali>; in dottrina di recente si veda A. LUCARELLI, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, www.federalismi.it, 02 novembre 2016; F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in www.federalismi.it, 20 aprile 2016.

³ Cfr. Sentenza Corte cost. n. 251 del 9 novembre 2016: non è possibile in questa sede entrare nel merito della sentenza della Corte costituzionale, una sentenza densa di implicazioni che necessitano di un più meditato rinvio ad altra sede.

⁴ L'art. 4, co.3 del DDL 2343 del Senato stabilisce che "All'articolo 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, sono apportate le seguenti modificazioni: a) l'ultimo periodo del comma 1 è sostituito dal seguente: «L'affidamento può avvenire anche in via diretta a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*, comunque partecipate da tutti gli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale»;

Un primo segnale di come la tipologia di gestione pubblica o privata possa non influire sulla tutela della risorsa idrica e, al contempo, sul diritto di accesso può essere fornito, in via del tutto liminare, dalla disposizione di cui all'art. 7 del DDL all'esame del Senato e precisamente il co. 1 che assicura un quantitativo minimo necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali di acqua anche per gli utenti morosi⁵.

Quanto stabilito all'art. 7 della proposta di legge prescinde, infatti, totalmente dalla tipologia di gestione, ma in realtà non è altro che la trasposizione di quanto già disposto dall'art. 3, del DPCM del 29 agosto 2016 che al co. 1 stabilisce che “In nessun caso è applicata la disalimentazione del servizio a: a) gli utenti domestici residenti che versano in condizioni di documentato stato di disagio economico-sociale, come individuati dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico in coerenza con gli altri settori dalla stessa regolati, ai quali è in ogni caso garantito il quantitativo minimo vitale pari a 50 litri abitante giorno;”⁶.

Questa previsione conferma la possibilità di tutelare l'accesso alla risorsa idrica a prescindere dalla tipologia di gestione così come previsto dall'attuale sistema normativo nazionale.

Peraltro, al riguardo va sottolineato che nella già richiamata memoria del 28 giugno 2016, n. 344/2016/I/IDR PAEEGSI, in riferimento a quanto introdotto nel DDL 2343 del Senato all'art. 7, ha sollevato alcuni dubbi: infatti, l'Autorità evidenzia come la previsione di un quantitativo minimo di litri giornalieri da assicurare gratuitamente a ciascuna persona determini alcune criticità riconducibili da un lato, alla difficoltà di misurare i volumi consumati per ciascuna unità abitativa, dall'altro, all'assenza di una dettagliata anagrafica degli utenti, da parte delle realtà gestionali, tale da consentire di associare a ciascuna utenza domestica il numero di persone che la compongono.

⁵ Si riporta l'art. 7. del DDL 2343 del Senato che riguarda il “*Diritto all'acqua, morosità incolpevole risparmio idrico*”, che al co. 1 recita: “1. È assicurata, quale diritto fondamentale di ciascun individuo, l'erogazione gratuita di un quantitativo minimo vitale di acqua necessario al soddisfacimento dei bisogni essenziali, che deve essere garantita anche in caso di morosità; tale quantitativo è individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri nel limite massimo di 50 litri giornalieri per persona, tenendo conto dei valori storici di consumo e di dotazione *pro capite*. Tale decreto è adottato, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia. L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, nella predisposizione del metodo tariffario ai sensi dell'articolo 10, comma 14, lettera d), del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, e dell'articolo 21, comma 19, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, assicura che la tariffa garantisca un adeguato recupero dei costi del servizio per mezzo dell'applicazione del criterio di progressività e dell'incentivazione al risparmio della risorsa idrica, a partire dal consumo eccedente il quantitativo minimo vitale giornaliero, nella determinazione del corrispettivo del medesimo.”

⁶ Si veda la L. 28 dicembre 2015, n. 221 (c.d. collegato ambientale), recante «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali»; ed in particolare l'art. 61, comma 1, della citata legge n. 221 del 2015, che stabilisce che con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, previa intesa in sede di Conferenza unificata, siano individuati i principi e i criteri per il contenimento della morosità degli utenti del servizio idrico integrato assicurando che sia salvaguardata, tenuto conto dell'equilibrio economico e finanziario dei gestori, la copertura dei costi efficienti di esercizio e investimento e garantendo il quantitativo minimo vitale di acqua necessario al soddisfacimento dei bisogni fondamentali di fornitura per gli utenti morosi;

Quanto appena evidenziato consente di sottolineare l'importanza di un nodo fondamentale in materia e cioè il rilievo degli investimenti per l'ammodernamento delle infrastrutture nel settore idrico. Per rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali legati alla risorsa idrica, infatti, non è necessario predisporre una gestione pubblica del servizio, ma occorre soprattutto incentivare gli investimenti per l'ammodernamento delle reti dell'intero ciclo dell'acqua⁷. Questo è necessario anche per rispettare gli obblighi imposti dal legislatore europeo con la direttiva quadro 60/2000/CE⁸.

Per l'attuazione di tali investimenti è necessaria una *governance* del servizio che sfrutti le efficienze e le economie di scala oltre che di una regolazione che assicuri la tutela dei diritti fondamentali legati alla risorsa, al fine di attirare anche i capitali privati. Il dovere di lasciare alle generazioni future un capitale naturale idoneo ad uno standard di vita adeguato, almeno simile al nostro, nello specifico caso della risorsa idrica deve essere coadiuvato dalla conservazione anche di un capitale necessario, costituito dalle risorse economiche necessarie per adeguare le infrastrutture alle sempre mutevoli esigenze ambientali⁹.

Sotto questo profilo non possiamo continuare a cullarci nella semplicistica dicotomia pubblico/privato dal momento che la storia dei rapporti fra Stato e mercato insegna che sia il privato che il pubblico possono essere fonti di inefficienze e di criticità.

Del resto, il diritto fondamentale della persona all'acqua, inteso come garanzia della disponibilità di una risorsa idrica di buona qualità ed in quantità sufficiente per garantire il soddisfacimento dei più elementari bisogni della vita quotidiana, in condizioni di eguaglianza e con le caratteristiche dell'universalità, sia come diritto soggettivo o collettivo all'acqua, non è preso esplicitamente in considerazione dalla Costituzione repubblicana del

⁷ Per ciclo dell'acqua si deve intendere, ai sensi dell'art. 4 comma 1, lett. f) della legge Galli, trasfuso nel Codice dell'ambiente, l'insieme dei servizi di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. La portata innovativa delle norme introdotte con la Legge Galli si fondava sul fatto che essa ha segnato il passaggio da un sistema frazionato e difficilmente controllabile e conducibile verso livelli standard di qualità ad una gestione definita da criteri di efficienza, efficacia ed economicità, affidata ad operatori specializzati sul mercato.

⁸ In dottrina, si veda A. MASSARUTTO, *L'acqua*, Bologna, Il Mulino, 2008, 34; La direttiva risulta sicuramente ambiziosa, dal momento che essa ha posto delle scadenze molto stringenti. Di seguito il cronoprogramma delle scadenze più importanti:

- 1) entro il 2003: identificazione dei bacini idrografici e attribuzione ai relativi distretti idrografici; identificazione delle autorità competenti;
- 2) entro il 2004: elaborazione di analisi per la definizione delle caratteristiche dei distretti idrografici e dell'impatto ambientale delle attività umane, analisi economica dell'utilizzo idrico e registro delle aree protette entro i distretti;
- 3) entro il 2006: armonizzazione del sistema di classificazione dello stato ecologico delle acque secondo parametri comuni all'interno dell'Unione europea; attivazione di sistemi di rete di monitoraggio dello stato delle acque superficiali, delle acque sotterranee e delle aree protette;
- 4) entro il 2009: definizione di un programma di misure che, tenendo conto dei risultati delle analisi, permetta il raggiungimento degli obiettivi ambientali fissati dalla direttiva; predisposizione di piani di gestione di bacini idrografici;
- 5) entro il 2010: definizione di una politica dei prezzi che tenga conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e di risorsa;
- 6) entro il 2012: adozione di un programma di misure – di base e supplementari – applicabile ai distretti idrografici identificati;
- 7) entro il 2015: attuazione delle misure necessarie per impedire il deterioramento di tutti i corpi idrici superficiali e sotterranei, oltre che per impedire o limitare l'immissione di sostanze inquinanti nelle acque sotterranee;
- 8) 2021: termine del secondo ciclo di gestione;
- 9) 2027: termine del terzo ciclo di gestione e termine ultimo per il raggiungimento degli obiettivi.

⁹ A. DE CARLI - A. MASSARUTTO - V. PACCAGNAN, *La valutazione economica delle politiche idriche: dall'efficienza alla sostenibilità*, <http://www.researchgate.net/publication/242102762>

1948. Infatti, in passato la difficoltà nell'approvvigionamento idrico non era considerata al pari di una vera e propria minaccia, poiché la scarsità della risorsa veniva attribuita a fenomeni contingenti che non pregiudicavano l'uso della risorsa idrica per il soddisfacimento dei bisogni quotidiani dei cittadini. In altri termini la scarsità non era percepita come mancanza della risorsa, la cui sufficienza per i bisogni umani era data per scontata, ma semplicemente come un problema di efficienza del sistema infrastrutturale, cioè del sistema acquedottistico¹⁰.

Tuttavia, le disposizioni costituzionali da cui trarre, comunque, in via interpretativa la copertura di un diritto all'acqua, sono molteplici e per questo ci si limita a rinviare alla copiosa dottrina che ha trattato il tema con riferimento alla tutela dei diritti sociali¹¹.

Il riconoscimento di uno specifico diritto all'acqua, pur rappresentando un passaggio obbligatorio, necessita però - come si è osservato - di una serie di misure positive attuative di investimenti che consentano la realizzazione delle infrastrutture¹².

Lo scenario nazionale è caratterizzato da interventi del legislatore tesi ad una medesima finalità, rappresentata dalla ricerca dell'efficienza e del risparmio, imposta dalla crisi economico-finanziaria che ha colpito tutti i paesi dell'Unione Europea, seppur con intensità differente. In particolare, l'attuale stato di crisi nel quale versa il "welfare-state" si riflette, da un lato nella riduzione delle prestazioni fornite ai cittadini, dall'altro nella costante ricerca di modelli organizzativi che permettano agli enti locali di rispettare i vincoli di bilancio, necessari per il rispetto del patto di stabilità dettato dall'Unione Europea¹³.

Riguardo il Servizio idrico integrato (SII), necessario per assicurare il diritto all'acqua, la sfida che il legislatore prima e l'amministrazione poi devono affrontare consiste proprio nel mantenere un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali e il risparmio delle risorse pubbliche.

È giusto ricordare che nessuna costituzione europea, neppure le più recenti, abbiano mai riconosciuto esplicitamente l'acqua come un bene appartenente alla comunità e come questa non sia stata mai inserita esplicitamente fra i diritti fondamentali, contrariamente a quanto previsto recentemente nelle carte costituzionali di alcuni paesi sudamericani e africani, cioè nei c.d. Paesi in via di sviluppo definiti *water stressed*¹⁴.

Nel prosieguo si dimostrerà come – secondo la nostra ricostruzione - la risorsa idrica rientri fra i beni demaniali intesi come proprietà collettiva. L'obiettivo è quello di

¹⁰ D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 126.

¹¹ Da un punto di vista generale, sulla tutela dei diritti sociali, cfr. almeno: F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, 2 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, Roma 1989, 28; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano 2001, *passim*; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Jovene, Napoli 2003, 126; M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, 804; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino 2006.

¹² In particolare riguardo la risorsa idrica, G. CORDINI, *I diritti sull'acqua e il diritto all'acqua. Le risorse idriche: profili giuridici*, in *Il diritto dell'economia*, 1-2010, 7 e ss; S. STAIANO, *Note sul diritto fondamentale all'acqua*, cit., 1 e ss; S. SCAGLIARINI, *«L'incessante dinamica della vita moderna»*, cit., 1 e ss.; D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, cit., 125 e ss.

¹³ M. PASSALACQUA, *«Pareggio» di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione*, www.amministrazioneincammino.luiss.it/.

¹⁴ Le Nazioni Unite definiscono *water stressed* le aree in cui le scorte annuali di acqua sono inferiori ai 1700 metri cubi a persona (vedi <http://www.un.org/waterforlifedecade/scarcity.shtml>).

approfondire lo statuto giuridico dell'acqua assumendo come parametro di riferimento la normativa nazionale ed europea, non prima di aver fatto alcune brevi premesse di diritto internazionale¹⁵.

2. Il diritto all'acqua e alla sua conservazione in campo internazionale: cenni.

La gestione della risorsa idrica è sempre più oggetto di attenzione da parte della comunità internazionale, sia a causa dei fenomeni di siccità e di inquinamento globali, sia perché sulla gestione del bene si è da tempo acceso un forte conflitto alimentato da tutte quelle forze, culturali e sociali, che si oppongono alla liberalizzazione, frutto dell'economia globalizzata, dei servizi essenziali.

La liberalizzazione dei servizi, scaturita dalla politica instaurata con la World Trade Organization (WTO), non può essere considerata un fattore negativo di per sé, neanche con riguardo ad una risorsa fondamentale quale quella idrica. L'aspetto negativo potrebbe, piuttosto, identificarsi nel fatto che non vi siano, ad oggi, meccanismi idonei a garantire contemporaneamente la liberalizzazione dei servizi, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e la protezione ambientale della risorsa. Tali meccanismi dovrebbero essere identificabili in una regolazione multilivello di carattere internazionale che possa controllare l'intervento dei privati nel settore, in modo tale da non far ripetere ciò che è accaduto ad esempio a Cochabamba, in Bolivia¹⁶. Casi come quello da ultimo richiamato, hanno portato, in alcuni paesi sudamericani e africani, ad un riconoscimento esplicito dell'acqua come bene appartenente alla comunità e diritto fondamentale.

Una delle questioni più dibattute nel diritto internazionale contemporaneo è quella che verte sull'esistenza o meno di una chiara base giuridica che radichi, nel relativo ordinamento, un diritto all'acqua, sia esso individuale, collettivo o sociale; diritto che tuteli un'esigenza di carattere primordiale che è funzionale alla stessa sopravvivenza degli esseri viventi.

Nell'ordinamento internazionale vigente non esiste un'esplicita formulazione del diritto all'acqua come diritto soggettivo; cercando tra le fonti del diritto, infatti, si possono trovare soltanto documenti e dichiarazioni di principio privi di carattere vincolante, che, pur essendo strumenti che hanno avuto notevole importanza nel focalizzare l'attenzione pubblica sui problemi legati alla risorsa idrica e sui connessi diritti degli individui e delle comunità, sono per loro natura inadeguati a garantire un livello minimo di effettività di tali diritti.

¹⁵ Per una disamina riguardo il riconoscimento del diritto all'acqua come diritto fondamentale indipendente si veda J. M. CHÁVARRO, *The Human Right To Water. A Legal Comparative Perspective at the International, Regional and Domestic Level*, Cambridge, Intersentia, 2015.

¹⁶ A Cochabamba nasce un comitato composto dai cittadini, chiamato "coordinadora de defensa del agua y la vida", per protestare contro la privatizzazione dell'acqua. Inizia così una vera e propria battaglia, che provocherà 6 vittime e numerosi feriti, e che terminerà il 10 aprile 2000 con la vittoria del popolo boliviano; si veda N. LUGARESÌ, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in *L'acqua e il diritto*, Trento, *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, 2011, p. 43-72, in particolare 61 e ss; A. CIERVO, *Ya basta! Il concetto di comune nelle costituzioni latinoamericane*, in M. R. MARRELLA (a cura di) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012.

Il diritto all'acqua lo ritroviamo in alcune risoluzioni (atti privi di efficacia vincolante) dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed implicitamente è contenuto nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948¹⁷.

Fra le fonti convenzionali dotate di efficacia vincolante, che più di ogni altre potrebbero rappresentare le basi giuridiche per l'affermazione di un tale diritto, si possono annoverare il Patto sui diritti civili e politici del 1966 ed il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, sempre del 1966¹⁸.

In dottrina, è stato affermato che il diritto all'acqua potabile, la cui massima espressione è rappresentata dal diritto di accesso alla risorsa, sarebbe sancito dal "principio di diritto internazionale generale che tutela e garantisce il diritto fondamentale alla vita e alla salute", il quale svolgerebbe la funzione di "garantire anche il diritto all'utilizzo di quella quantità di acqua che è necessaria alla concreta realizzazione dei diritti anzidetti"¹⁹.

Occorre segnalare che non solo queste formulazioni da cui si dovrebbe evincere un diritto all'acqua sono "indirette e generiche", ma soprattutto che esse non sono sostenute da adeguate norme di attuazione, il che determinerebbe una lacuna dell'ordinamento internazionale²⁰.

Le norme che non sono accompagnate da strumenti di attuazione, amministrativi o giudiziari, possono essere considerate mere esortazioni di carattere morale in quanto manca

¹⁷ Riguardo l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, si veda in particolare la risoluzione n. 64/92 del luglio del 2010, nella risoluzione dell'8 aprile 2011 del Consiglio dei diritti umani n. 16/2, che richiama la risoluzione n. 15/9 del 30 settembre del 2010; riguardo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, al pari di ogni altra risoluzione dell'Assemblea Generale, non ha carattere vincolante per gli Stati. Per confutare questa osservazione, si è sostenuto che alcune delle previsioni contenute nella dichiarazione sono ormai entrate a far parte del diritto internazionale consuetudinario. La questione è tuttavia ancora fortemente controversa. Si veda D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 128: << Inoltre la Dichiarazione Universale non contiene formulazioni normative di tipo imperativo, e manca di norme secondarie che riguardino la garanzia dei diritti enunciati e prevedano sanzioni a carico dei comportamenti lesivi di tali diritti.>>

¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, G. A. Res. 217, 21 U.N. GAOR Supp. 52, U.N. Doc. A/6316 (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G. A. Res. 2200, 21 U.N. GAOR Supp. 49, U.N. Doc. A/63/16 (1967); in dottrina si veda J. M. CHÁVARRO, *The Human Right To Water*, cit, 41 e ss.

¹⁹ L. GAROFALO, *Osservazioni sul diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale*, in *"Analisi Giuridica dell'Economia"*, 1/2010, 23; S. SANNA, *Il diritto all'acqua. Profili di diritto internazionale*, in AA.VV., *L'acqua e la sua gestione un approccio multidisciplinare*, a cura di M. GIGANTE, Jovene Editore, 2012, p.158 e ss, che afferma che: << Procedendo nella ricognizione delle fonti internazionali attinenti al diritto all'acqua pare condivisibile la posizione di chi ritiene rilevabile, nell'ordinamento internazionale odierno, una norma consuetudinaria a tutela del diritto in questione, vincolante tutti i soggetti della comunità internazionale a prescindere dalla loro adesione ad uno o più degli accordi vigenti in materia. In conformità con la prospettiva seguita dagli organi delle Nazioni Unite e accolta anche dalla Corte interamericana, la regola in oggetto troverebbe la sua base giuridica nelle stesse norme di diritto internazionale generale che affermano e garantiscono il diritto alla vita e alla salute o altri diritti fondamentali, alla cui realizzazione l'accesso all'acqua si riveli direttamente funzionale. L'esistenza di una norma consuetudinaria sul diritto all'acqua sarebbe, altresì, provata dalle sempre più frequenti dimostrazioni di consenso dei soggetti della comunità internazionale, espresse in documenti di natura vincolante o di *soft law*, di cui quelli adottati dagli organi delle Nazioni Unite, e in precedenza richiamati, costituiscono significativi esempi.>>, contemporaneamente dichiara che <<Non è facile, tuttavia, individuare il preciso contenuto della norma di diritto internazionale generale sul diritto all'acqua, in ragione delle inevitabili differenze tra gli strumenti normativi e tra le prassi giudiziarie nazionali e internazionali, che riflettono le profonde diversità economiche, sociali e culturali esistenti tra i singoli ordinamenti giuridici.>>

²⁰ L. FERRAJOLI, *L'acqua come bene comune e il diritto all'acqua come diritto fondamentale*, Relazione al convegno internazionale sul diritto all'acqua, Gorizia, 8 febbraio 2003, citato in M. VARANO, *Il diritto all'acqua*, cit., 509, «ciò che manca sono le garanzie e le istituzioni di garanzia» e «il riconoscimento della importanza del diritto, che dà forma, concretezza e linguaggio ai principi»; l'Autrice osserva che: «*rebus sic stantibus* il diritto all'acqua non è riconosciuto e protetto dall'ordinamento internazionale come un effettivo "nuovo diritto" dell'uomo: non lo è come diritto soggettivo da rivendicare all'interno di una comunità politica, né come diritto collettivo da far valere nei rapporti internazionali».

la possibilità di poterle applicare coattivamente o di sanzionare l'inadempimento. Infatti, sebbene il Patto sui diritti civili e politici appresti forme di tutela più dettagliate rispetto a quelle previste dal Patto sui diritti economici sociali e culturali, si tratta pur sempre di strumenti del tutto insufficienti a garantire l'effettività dei diritti, essendo i meccanismi sanzionatori molto deboli e per lo più inefficaci²¹.

Inoltre, occorre segnalare che l'art 47 del "Patto sui diritti economici, sociali e culturali" recita che "Nessuna disposizione del presente Patto può essere interpretata in senso lesivo del diritto inerente a tutti i popoli di godere e di disporre pienamente e liberamente delle loro ricchezze e risorse naturali.". Ciò comporta che il diritto allo sfruttamento delle risorse naturali, da parte della comunità di appartenenza, possa anche rappresentare un ostacolo nei confronti della tutela ambientale, in quanto questo diritto è in contrapposizione al fatto che le risorse naturali, necessarie a garantire l'equilibrio dell'intero ecosistema, siano sottratte allo sfruttamento intensivo (come avviene per la foresta amazzonica) e messe sotto il controllo di un effettivo governo planetario finalizzato alla salvaguardia dell'ecosistema. In questo contesto, dunque, non sembra realistico attendersi un nuovo quadro normativo internazionale.

Nell'attuale quadro giuridico-economico internazionale non basta proclamare, sia pur universalmente, un diritto all'acqua per assicurare l'accesso alla risorsa. Il riconoscimento di un diritto all'acqua, nei termini appena espressi, pur rappresentando un passaggio obbligatorio, necessita di una serie di misure positive attuative di investimenti che consentano la realizzazione delle infrastrutture. Questo passaggio renderebbe l'acqua un bene economico, da intendere come un bene da gestire, da scambiare, da consumare e da rigenerare. Tutto ciò comporta che l'obiettivo di uno studio sull'acqua si sposti dal diritto al bene, al fine di approfondire, come si è detto, uno statuto giuridico che, partendo da questo *décalage*, possa tutelare aspetti tra loro da bilanciare, quali la vulnerabilità ambientale e l'accesso alla risorsa²².

Dal dibattito contemporaneo, emerge sempre più l'esigenza di creare strumenti per la tutela e la valorizzazione su scala planetaria di beni ritenuti particolarmente meritevoli di salvaguardia, come l'acqua. Questi beni se inseriti in un "patrimonio comune dell'umanità", sarebbero sottratti alla protezione e valorizzazione da parte dei singoli Stati, in modo da attribuire a questi un regime giuridico il più possibile uniforme. Inoltre, vi è il convincimento che occorra anche instaurare un sistema di gestione capace di assicurare una globale e imparziale diffusione dei benefici ricavabili da un loro razionale utilizzo.

²¹ D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in «Diritto pubblico», 11, 1, 2005, 129.

²² Riguardo la necessità e l'importanza degli investimenti per tutelare la risorsa idrica e contemporaneamente assicurarne l'accesso, si veda S. SILEONI, *Acqua*, in E. SOMAINI (a cura di), *I Beni Comuni oltre i luoghi comuni*, Torino, 2015, 117 e ss; più in generale, idem, [L'acqua: una risorsa fondamentale. quale diritto?](#), *Rivista AIC*, 3/2016, 2 ss e 11 ss.

Riguardo i beni del patrimonio comune dell'umanità, l'accezione sicuramente più nota è quella riportata nella convenzione di Parigi del 1972, riguardante la protezione sul piano mondiale del patrimonio culturale e naturale²³.

La convenzione individua la categoria di beni appartenenti al patrimonio culturale e quella appartenente al patrimonio naturale, impegnando gli Stati contraenti ad assumere tutte le iniziative necessarie per una loro adeguata protezione e valorizzazione.

I beni riconducibili a una delle due categorie di cui sopra appartengono ad “un patrimonio universale, alla cui protezione l'intera comunità internazionale ha il dovere di cooperare”²⁴.

Oggi, la nozione di “patrimonio comune dell'umanità” viene utilizzata con significati differenti, che partono da una unica premessa, cioè l'assunzione di responsabilità da parte delle istituzioni internazionali rispetto alla cura di interessi riconosciuti di dimensione sovrastatale, ma che finiscono col rispondere a logiche differenti. Infatti, al termine “patrimonio”, evocativo di un regime di carattere reale, non corrisponde la relativa disciplina, perlomeno in riferimento alla convenzione di Parigi del 1972, in quanto la normativa internazionale non incide sui diritti dominicali contemplati e protetti dagli ordinamenti nazionali né intacca la loro sovranità sugli stessi, ma obbliga gli Stati solamente a tenere determinati comportamenti.

Il “patrimonio comune dell'umanità” è una nozione che ha delle grandi potenzialità e può permettere la tutela delle risorse dall'inquinamento e dall'esauribilità al fine di tutelare le generazioni future²⁵.

Il fatto che un bene sia indispensabile per lo svolgimento della vita, non comporta che questo non possa essere gestito come un bene economicamente rilevante. L'aspetto che garantisce la non appropriabilità del bene è la titolarità della proprietà e non la sua gestione; anzi la titolarità della proprietà e la titolarità della gestione vanno considerati come due momenti separabili. Questa separazione diventa importante proprio per conciliare gli aspetti da controbilanciare insiti in questa tipologia di beni come l'acqua, e precisamente la garanzia di un diritto fondamentale dell'uomo, in quanto bene indispensabile per la sua vita, in uno con la necessità di rendere questo bene disponibile per il godimento, aspetto che necessita di una serie di attività economicamente rilevanti e valutabili, necessarie per una corretta distribuzione, un buon controllo della qualità e quindi della conseguente tutela ambientale degli stessi. Con ciò non si vuol negare l'esistenza di un tentativo da parte dei principali attori privati della globalizzazione di voler sfruttare determinati servizi legati a beni essenziali come l'acqua in alcuni paesi. Il problema è sicuramente meno avvertito nei

²³ T. SCOVAZZI, *La notion de patrimoine culturel de l'humanité dans les instruments internationaux*, in *Le patrimoine culturel de l'humanité - The Cultural Heritage of Mankind*, ed. by J.A.R. NAFZIGER and T. SCOVAZZI, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 3 ss..

²⁴ Art. 6, convenzione di Parigi, “Convenzione sulla Protezione del Patrimonio Mondiale, culturale e naturale dell'Umanità”, 1972.

²⁵ Per funzioni e istituti riconducibili agli schemi del diritto amministrativo globale, si veda S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

Paesi *industrializzati*, ma negli Stati meno progrediti dove lo Stato sociale di diritto è meno presente si è presentato in tutta evidenza²⁶.

A livello internazionale la strada da percorrere è ardua, impervia e necessita di tutta l'attenzione dei governi e delle istituzioni internazionali. Infatti, oggi in una economia globalizzata come la nostra, è necessario che si predisponga una tutela e una valorizzazione su scala planetaria dei beni, come l'acqua, predisponendo regole comuni orientate alla tutela dell'ambiente.

Gli effetti delle politiche di privatizzazione sono più aggressive quando rivolte a contesti territoriali in cui non è sviluppata una forte tradizione *welfaristica* degli Stati nazionali che possa contenere le spinte più radicali di privatizzazione e liberalizzazione. Di particolare rilievo in tal senso sono le Costituzioni dell'Uruguay del 2004 e della Bolivia del 2009; queste Costituzioni sono state riformate a seguito di tentativi di privatizzazione e liberalizzazione molto radicali.

La Costituzione dell'Uruguay è stata riformata nel 2004: l'articolo 47 Cost. (Capitolo dei Diritti, Doveri e Garanzie) stabilisce che "l'acqua è una risorsa naturale essenziale per la vita. L'accesso all'acqua potabile e l'accesso alla depurazione costituiscono diritti umani fondamentali"; inoltre, sempre il medesimo articolo, afferma che la gestione pubblica delle risorse idriche dovrà basarsi su criteri di partecipazione dei cittadini e di sostenibilità. Il dettato costituzionale rende illegale la gestione privata dei servizi idrici, stabilendo che questi devono dipendere direttamente dallo stato o da persone giuridiche pubbliche²⁷.

Ancora più interessante è la riscrittura della Costituzione della Bolivia, a seguito di un referendum popolare del 2009, perché contiene una interessante distinzione tra diritti fondamentali e diritti fundamentalissimi²⁸.

Il diritto all'acqua e all'alimentazione è affermato, in via generale, dall'art. 16 della Costituzione boliviana, mentre la disposizione secondo cui l'acqua è un diritto fundamentalissimo è collocata nel capitolo quinto, e risponde alla considerazione per cui la garanzia di questo diritto deve essere intesa come condizione necessaria all'esercizio del diritto alla vita. L'articolo 373 Cost., poi, stabilisce che tali risorse non potranno essere oggetto di appropriazione privata e che i relativi servizi non saranno oggetto di concessioni. Infatti, l'art. 20 della Costituzione recita che "Ciascuna persona ha diritto all'accesso universale e uguale al servizio di acqua potabile L'accesso all'acqua costituisce un diritto umano e non può essere oggetto di concessione e privatizzazione"²⁹.

²⁶ S. SILEONI, *Acqua*, in E. SOMAINI (a cura di), *I Beni Comuni oltre i luoghi comuni*, cit.

²⁷ Nell'ottobre del 2004, il popolo uruguayano ha appoggiato con più di 1.440.000 votanti, il 64,6% del corpo elettorale, l'iniziativa della CNDAV con la quale si emendava la Costituzione; in dottrina sull'argomento, si veda C. SANTOS, A. VILLAREAL, *Uruguay: la vittoria della lotta per l'acqua*, in A. DE SANCTIS (a cura di), *Acqua per un modello pubblico di gestione. Successi, lotte e sogni*, Teramo, 2006, 161 e ss.

²⁸ Per una rapida sintesi degli eventi e delle problematiche dalle quali nasce l'esigenza di rifondare lo Stato boliviano attraverso l'elaborazione e l'approvazione di una nuova Costituzione, si v. C. STORINI, A. NOGUERA, *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Il difficile cammino verso la rifondazione dello Stato*, *Diritto pubblico comparato ed europeo* n. 3/2008, *passim*; per un'analisi più dettagliata dei precedenti socio-politici che hanno dato luogo all'Assemblea Costituente, si veda C. TORANZO, *Rostros de la democracia: una mirada mestiza*, La Paz, ILDIS, 2006.

²⁹ T. E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2010, 29 e ss; N. LUGARESÌ, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, cit., 43-72.

La proclamazione del diritto all'acqua come "fondamentalissimo" ha determinato una centralizzazione delle competenze, tanto che è stato istituito anche un Ministero dell'Acqua³⁰.

La Costituzione risponde alla volontà di creare un nuovo modello di stato sociale e di diritto, fondato sul fine istituzionale dello Stato di conseguire la universalizzazione del benessere sociale come diritto inviolabile di tutti³¹.

La distinzione tra diritti fundamentalissimi e fondamentali introdotta dal costituente boliviano non si riferisce, dunque, a un distinto livello di garanzie, giacché esse sono le medesime per ciascun diritto, ma a un obbligo di azione prioritaria da parte dello Stato in relazione a determinate materie, al fine di eliminare la povertà, assicurando una vita dignitosa a tutti. Inoltre, la dichiarazione dello *stato d'eccezione* non può giammai sospendere i diritti fundamentalissimi, unitamente ad alcuni tra quelli fondamentali (giusto processo, informazione e diritti delle persone private della libertà).

Da questa breve disamina si evince come il diritto all'acqua sia strettamente legato al concetto di sovranità popolare e ad una gestione pubblica della risorsa idrica. Allo stesso tempo risulta la costituzionalizzazione della categoria dei diritti fondamentali e fundamentalissimi, ma, bisognerà verificare come lo Stato boliviano ed il suo Governo saranno capaci di garantire effettivamente questi diritti e soprattutto verso quali orizzonti in futuro si muoverà l'economia del paese.

3. I beni comuni: un'alternativa rispetto alla dicotomia pubblico/privato?

Alcuni studiosi includono la risorsa idrica fra i beni comuni, in quanto bene strumentale al soddisfacimento dei bisogni umani e alla tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, la teoria dei beni comuni, nonostante il merito di aver dato un nuovo impulso alla ricerca scientifica in relazione alla proprietà pubblica, necessita di un approfondimento che ne evidenzi le criticità³².

³⁰ L. MEZZETTI, *Il diritto all'acqua negli ordinamenti dei Paesi latinoamericani: evoluzioni recenti e prospettive*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 2, 553 ss.

³¹ C. STORINI, A. NOGUERA, *Processo costituente e Costituzione in Bolivia. Cit.*, 1288.

³² A titolo esemplificativo oltre ai riferimenti riportati lungo il lavoro, in merito alla teoria dei beni comuni, si veda U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; id., *Contro riforme*, Einaudi, Torino, 2013; id., *I Beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 119 e ss.; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012; id., *Il principio sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, cit., 105 e ss.; id., *Il diritto dei beni comuni oltre il pubblico e il privato*, in G. ALLEGRI, M. R. ALLEGRI, A. GUERRA, R. MARSOCCI (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web*, Napoli, Editoriale Scientifica, reperibile anche on-line su <http://www.uninomade.org/il-diritto-dei-beni-comuni/>; S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo humane divide*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 311 e ss.; ID., *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Bari, 2012; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in *Giustamm.it*, 2013; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *Federalismi.it*, 2013; U. POMARICI, *Beni comuni*, in id. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino 2012; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra "moderno" e "post-moderno"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 1059 e ss.; G. RICOVERI, *Beni comuni vs. merci*, Milano 2010. S. RISTUCCIA, *Beni comuni e azioni collettive. Strumenti per un dibattito interdisciplinare oltre l'economia classica*, in *Riv. it. di comunicazione pubblica*, 2010, 9 e ss.. Fondamentale, in quanto ispiratore delle tesi sui "commons", è il contributo di M. HARDT - A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010, *passim*, che rappresenta la base filosofica sui beni comuni. Per una prospettiva

I sostenitori della teoria dei beni comuni, insoddisfatti dalla normativa attuale dei beni pubblici, hanno sostenuto la necessità di introdurre nel nostro ordinamento una nuova categoria giuridica di beni che potesse meglio tutelare i diritti fondamentali dell'uomo. Alcuni autori sostengono che i Governi, per fronteggiare le ripetute crisi economico-finanziarie, hanno attuato delle politiche di privatizzazione, *svendendo* beni strumentali al libero svolgimento della vita e al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'uomo³³; inoltre, gli stessi affermano che l'istituto dei beni demaniali non è stato idoneo a tutelare beni indispensabili per la sopravvivenza dell'essere umano³⁴. Tuttavia, a distanza di qualche anno dal ddl elaborato dalla c.d. "Commissione Rodotà"³⁵, si può affermare che il nostro ordinamento giuridico prevede, oltre alla figura dei beni pubblici, anche i beni comuni?

Il punto di centrale della teorica dei beni comuni è rappresentato dall'articolato presentato dalla Commissione c.d. Rodotà, che ha individuato, senza presunzione di completezza, l'elenco dei beni comuni: "i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate". Inoltre, alcuni aspetti salienti, rintracciabili nel ddl, si possono identificare nella titolarità e nel regime di questi beni.

Riguardo la titolarità, occorre segnalare che la teoria dei "beni comuni" prende le distanze sia dalla proprietà privata che da quella pubblica, cioè si propone come un'alternativa rispetto alla dicotomia pubblico/privato, richiamata dalla Costituzione italiana nell'articolo 42³⁶; questi beni non sono né pubblici né privati ma comuni, cioè a titolarità diffusa, svincolati dalla logica dell'appartenenza. I beni comuni, secondo i suoi teorici, interessano determinati beni non da un punto di vista strutturale del rapporto, cioè dell'appartenenza,

economica E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006. Si segnalano anche uno scritto in lingua inglese, di particolare rilievo in questa materia, perché ha consacrato la proprietà privata come l'unica soluzione che avrebbe potuto evitare "la tragedia dei comuni": G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in "Science", 1968, 1243 e ss., M. HELLER, *The Tragedy of anticommons: property in the Transition from Marx to Market*, in *Harvard Law Review*, 1998, 621 e ss.

³³ Per quanto riguarda la situazione economica internazionale che vede il potere pubblico soccombente davanti allo strapotere delle multinazionali private e che comporta la "svendita dei gioielli di famiglia" si veda, U. MATTEI, *Beni comuni, Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, passim.

³⁴ In merito ai procedimenti di sdemanializzazione si veda, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 7, l'Autore sostiene che "I presupposti fondativi della demanialità - a prescindere da un'eventuale copertura costituzionale, che ne fissi i caratteri della inalienabilità, inusucapibilità ed inespropriabilità, non ne hanno impedito i processi di sdemanializzazione ex art. 829 c.c."

³⁵ La definizione dei "beni comuni" è rinvenibile nel Disegno di legge delega elaborato dalla c.d. "Commissione Rodotà", istituita il 21 giugno 2007 ed incaricata di proporre al Parlamento italiano un progetto di modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice civile. Il disegno di legge è la base da cui partire per una riflessione sui beni comuni. Tale disegno, fra le tante novità, contiene due previsioni di notevole rilevanza e precisamente la identificazione di una nuova categoria di beni, per l'appunto quella dei beni comuni, e la scomparsa dei beni demaniali. I beni comuni sono espressamente contemplati all'art. 1, comma 3, lett c) dello schema di legge delega elaborato dalla c.d. "Commissione Rodotà". Come evidenziato da più parti questa nuova figura di beni contemplata nel disegno di legge è nata dall'esigenza di garantire i diritti fondamentali della persona, infatti l'art. 1, comma 3, lett c) recita: "Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona", Sul rapporto fra diritti fondamentali e beni comuni si veda, L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del diritto*, 2/2014, pp. 253-296.

³⁶ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Il mulino, Bologna, II ed., 1990, 273 ss.

ma da un punto di vista funzionale, inteso come rapporto beni-diritti. In altre parole i beni comuni sarebbero quei beni necessari alla persona e all'espletamento dei suoi diritti³⁷.

L'allontanamento dalle logiche dell'appartenenza però comporta la demonizzazione dello Stato-apparato. La teoria dei beni comuni, infatti, proponendo una ricostruzione giuridica di tali beni che prende le distanze sia dall'appartenenza pubblica che privata promuove l'indebolimento dello stato sia come comunità che come istituzione.

Al contrario, occorre precisare che il nostro diritto positivo da sempre ha affermato una differenza strutturale fra i beni pubblici/demanio e proprietà individuale³⁸. Infatti, la peculiarità dei beni pubblici è il loro pubblico e generale uso. Si vedrà, *in fieri*, come la proprietà pubblica comporti tutte situazioni di dovere³⁹, e i “tratti salienti sono rappresentati da inalienabilità, incommerciabilità e inusufruttibilità”⁴⁰.

In merito al regime giuridico, e quindi alle modalità di utilizzo e di gestione, i beni comuni, sempre secondo i suoi teorici, dovrebbero essere gestiti direttamente dalla comunità di riferimento, oltre ad essere liberamente fruibili, in modo da assicurare l'esercizio dei diritti fondamentali, nonché nel libero sviluppo della persona. In altre parole, i beni comuni rappresenterebbero una categoria di beni che necessita di una gestione che provenga dal basso⁴¹. Infatti, viene affermato che la comunità stessa, i potenziali utenti del singolo bene o l'universalità dei soggetti che fruiscono del bene, auto-organizzandosi, lo costituisca, lo regoli e lo gestisca, arrivando ad attaccare il “paradigma della sovranità (statale)”⁴².

La titolarità è funzionale al regime speciale di utilizzo e gestione e non è identificativa di appartenenza. La comunità di riferimento è composta da soggetti diversi, legati funzionalmente, nel senso che il legame si identifica nella funzione del bene stesso e nella medesima esigenza di fruire del bene.

Non tutte le tipologie di beni appartenenti alla categoria dei beni comuni possono essere affidate alla gestione diretta da parte di una comunità di riferimento; per assicurare la tutela di questi beni e i diritti fondamentali legati agli stessi, infatti, sono necessarie strutture molto complesse che richiedono l'impiego di importanti investimenti e grandi organizzazioni.

Un'altra criticità è rinvenibile nell'eterogeneità dei beni che rientrerebbero nella categoria dei beni comuni. Infatti, la dottrina di riferimento, successivamente alla definizione dei beni comuni elaborata dalla c.d. “Commissione Rodotà”, ha aumentato a dismisura la quantità di beni che potevano rientrare in questa categoria, generando una figura così eterogenea da rendere impossibile la creazione di un unico statuto giuridico di riferimento.

³⁷ Cfr. A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, cit., 8 e ss.

³⁸ Si veda a titolo esemplificativo il R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, “Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato” ed il R.D. 23 maggio 1924, n. 827, “Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato”.

³⁹ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, 8.

⁴⁰ S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, 109, l'autore ha evidenziato come la teoria dei beni comuni sta contribuendo all'indebolimento dello Stato come istituzione; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, cit., 164, mette in risalto come i tratti salienti dei beni demaniali siano quelli che è possibile rinvenire nella proprietà collettiva.

⁴¹ Si veda a titolo esemplificativo U. MATTEI, *Beni comuni, Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, passim; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012, passim.

⁴² A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, www.constituzionalismo.it, 3/2014, p.6.

Gli elementi comuni alla categoria dei beni comuni sono pochi, infatti l'eterogeneità che li caratterizza ne rende impossibile una individuazione puntuale ed una riduzione ad unità⁴³.

La quasi totalità delle indagini sui beni comuni si fonda, secondo un punto di vista formale, sulla categoria dei beni demaniali. Tale premessa, come vedremo, è indispensabile perché i beni demaniali corrispondono a quei beni necessari al libero svolgimento della persona umana e strumentali al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'uomo, secondo criteri di solidarietà e di tutela delle generazioni future⁴⁴.

A fronte di tutto ciò, il legislatore, ancora oggi, parla di demanialità delle acque, non rinunciando a tale definizione neppure in occasione del nuovo programma di "federalismo demaniale" iniziato con il d.lgs 28.05.2010, n. 85 (Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42.). Il legislatore, infatti, è stato ben attento dall'escludere il demanio idrico e marittimo dai beni trasferiti al patrimonio disponibile dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni.

In definitiva, quindi, inserire nel panorama giuridico una nuova tipologia di beni può finire per creare maggiori incertezze rispetto ai problemi che vorrebbe risolvere.

4. La proprietà collettiva demaniale e la risorsa idrica.

La risorsa idrica necessita di un regime giuridico che ne impedisca un eccessivo depauperamento, che possa portare ad una eventuale indisponibilità per tutta la comunità e, contemporaneamente, ne assicuri la fruibilità da parte della collettività per garantirne i bisogni primari.

Il mutamento dei valori sottesi alla risorsa idrica ha reso necessaria una ricerca del regime giuridico della stessa che valorizzi due aspetti, frutto di questo cambiamento. Il primo aspetto riguarda le problematiche dell'appartenenza, legate alla fruibilità della risorsa e, allo stesso tempo, alla sua salvaguardia da possibili sfruttamenti illegittimi. Il secondo aspetto concerne la necessaria tutela ambientale, che è legata ad una regolamentazione dell'accesso e ad una protezione della risorsa, sia per garantire le generazioni attuali che future.

La peculiarità di questo bene, necessario ed indispensabile, ma al tempo stesso potenzialmente esauribile, fa sì che sia sempre più delicato l'equilibrio che il legislatore deve garantire a tale risorsa.

La risorsa idrica, oggi, è inquadrata dal nostro legislatore come bene demaniale, il che nelle intenzioni dello stesso dovrebbe impedirne la illegittima appropriazione e allo stesso tempo dovrebbe garantirne la tutela ambientale.

⁴³ Sul tema si veda A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, cit., 11 e ss.; R. ESPOSITO, *Comunità, Immunità, biopolitica. Origine e destino della comunità*, Torino, 2006, 1; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari 2013, 65.

⁴⁴ Si veda per tutti, A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., l'autore pur rappresentando la similitudine fra i beni comuni e i beni demaniali conclude con considerazioni differenti.

Per inquadrare lo statuto giuridico dell'acqua, occorre fare un passo indietro e analizzare i beni demaniali come originariamente intesi, prescindendo dal dettato del Codice civile.

L'istituto dei beni demaniali, come originariamente inteso, ha comportato un approfondimento della proprietà collettiva che presuppone, come premessa di ordine generale, il godimento da parte di una collettività delle utilità fornite da un bene. Rispetto alle altre tipologie di proprietà, nella proprietà collettiva varia il contenuto del godimento, la specie dell'utilità, la situazione soggettiva degli appartenenti alla collettività in ordine al bene ed il carattere aperto o chiuso della collettività⁴⁵.

La proprietà collettiva, infatti, può sussistere solamente in ordine a certi beni o ad un particolare utilizzo degli stessi, per esempio sussiste in ordine ai beni che generano servizi indivisibili per natura, cioè quei servizi che non possono essere né misurati né ordinati in relazione ai soggetti che ne beneficiano come i laghi, i giardini pubblici, o per volontà dell'uomo, come una sorgente in una zona povera di acqua, o i boschi che si vogliono sottrarre allo sfruttamento dei proprietari individuali. Le caratteristiche salienti della proprietà collettiva sono le tipologie di utilizzazione che si possono fare della stessa che, come fa notare la dottrina più accorta, sono estremamente elementari o “al contrario, sono possibili solo con una civiltà associativa altamente organizzata e raffinata.”⁴⁶.

La proprietà collettiva demaniale è la forma più diffusa di proprietà collettiva, in quanto in essa si associano le caratteristiche della proprietà collettiva in generale e la funzione dell'ente come gestore. L'Ente gestore della proprietà collettiva demaniale è l'ente territoriale, in qualità di ente rappresentativo di una collettività definita per la sua caratteristica territoriale.

Il Giannini ha affermato che i beni demaniali sono una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività può trarre delle utilità necessarie per l'esistenza dei membri stessi. Successivamente, anche a causa del cambiamento delle abitudini di vita dell'uomo, nonché della sopravvenuta limitatezza di queste risorse, è stato necessario identificare delle figure che potessero esercitare la manutenzione e l'amministrazione di questi beni: in due parole, la *regolazione* e la *governance*, come si direbbe oggi. Queste figure sono state individuate prima nel *dominus terrae*, poi nel sovrano e, infine, nello Stato; queste sono state considerate come “amministratori di beni altrui”⁴⁷.

Queste figure, con il passare del tempo, quasi inavvertitamente, sono state intese come proprietari dei beni, gravati da servitù di uso da parte della collettività. E tali beni, nel tempo,

⁴⁵ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 13 e ss, si veda anche per un approfondimento riguardo le altre tipologie di proprietà secondo l'Autore fanno parte della proprietà collettiva i beni comuni, i domini collettivi, i demani comunali, i beni correttamente detti demaniali di uso pubblico.

⁴⁶ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 36, l'Autore continua mettendo in evidenza come la proprietà collettiva può essere sia pubblica che privata, facendo l'esempio delle associazioni riconosciute.

⁴⁷ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 51 e ss. l'Autore riguardo i beni demaniali afferma che “Storicamente è stato, all'origine, una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività poteva trarre delle utilizzazioni; dovendosi trovare chi potesse provvedere alla sua manutenzione, ed essendo necessario che ci fosse chi potesse esercitare il potere di disposizione quando fosse il caso di acquistare o cedere tali beni, si finì con l'individuare nel *dominus terrae*, e poi nel sovrano, e poi nella corona tale soggetto, che si concepì come amministratore di beni altrui, i quali, a garanzia dei titolari del diritto, si dissero inalienabili. Alla corona si sostituì poi lo stato; in certi luoghi il sovrano era divenuto già il comune. Stato e comuni divennero così amministratori del dominio, inteso sempre come proprietà collettiva.”

divennero inalienabili proprio per garantire i titolari originari del diritto, la collettività. Il legislatore, successivamente, prevedendo la proprietà demaniale con l'art. 822 del codice civile, ne ha dilatato la figura, includendo tra questi, beni che non potevano essere di proprietà collettiva in quanto non strumentali al libero svolgimento della persona umana e al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'uomo. Così facendo, il legislatore ha sminuito la nozione di demanio, ricomprendendovi beni di diversa funzione e diversa disciplina positiva⁴⁸.

Il demanio con le sue caratteristiche di non appropriabilità e fruibilità generale corrisponde a quei beni necessari per il libero sviluppo della personalità umana e la sua sopravvivenza.

I beni demaniali possono definirsi come beni di proprietà collettive affidati in gestione legale a enti territoriali. Gli altri beni, equiparati dal legislatore ai beni demaniali, sono beni di proprietà individuale dell'ente pubblico che il legislatore ha parificato agli altri beni demaniali⁴⁹.

L'ente territoriale è il gestore di questi beni in quanto lo stesso rappresenta una determinata collettività, è cioè ente esponenziale della stessa o meglio rappresentativo di questa. La rappresentanza legale, necessaria e non negoziale dell'ente nei confronti della collettività di riferimento, comporta che il legislatore possa prevedere anche tipologie di gestioni differenti. Infatti, dal punto di vista gestionale, si è davanti ad una gestione legale e necessaria, non negoziale, istituita e disciplinata dal legislatore⁵⁰.

L'utilizzo di un bene da parte di una collettività sarebbe costitutivo della demanialità, per cui appare evidente che il demanio rappresenti una forma di appartenenza collettiva della popolazione che quell'uso ha prodotto. L'uso di un bene che una determinata comunità esercita per garantire la sua sopravvivenza o il libero e dignitoso svolgimento della vita dei propri componenti, determina la nascita dell'elemento demaniale⁵¹.

La proprietà collettiva e quella individuale rappresentano la contrapposizione fra sociale ed individuale, ed è per questo motivo che identificano “una costante dell'umana appartenenza”, per cui queste forme di appartenenza le ritroviamo in qualsiasi forma di ordinamento. La proprietà collettiva rappresenta la prevalenza della sfera pubblica su quella individuale, la prevalenza “dell'oggettivo sul soggettivo”⁵².

⁴⁸ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, M. Bulzoni - Editore, Roma, 1963, 52 e ss.

⁴⁹ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit.

⁵⁰ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 52 e ss: “Ne deriva che l'ente territoriale, anche quando agisce non nella cura di interessi che ha quale ente, ma nella cura di interessi della collettività di cui è rappresentativo, è pur sempre un pubblico potere. Esso, quindi ha una sua volontà, che è quella dei suoi amministratori e non è certo quella dei componenti la collettività (o della maggioranza di essi). Anche se il legislatore si sforza di mantenere collegamenti solidi tra i componenti la collettività e gli amministratori dell'ente rappresentativo della collettività non v'è dubbio che manca immediatezza di rapporti giuridici tra i primi e i secondi”.

⁵¹ C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua*, cit., 122.

⁵² P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5, Giuffrè, Milano 1977, *passim*. L'Autore parla in termini di “proprietà funzione”, “un genus appropriativo che si contrappone a quello individuale”, *ibidem*, p.39.

Sono espressione della proprietà collettiva l'*Allmende* del diritto germanico, i nostri *usi civici* ai sensi della l. n. 1776 del 16.06.1927 e le *partecipanze emiliane*⁵³.

L'acqua è un bene demaniale, il demanio è una proprietà collettiva, per cui l'acqua appartiene alla collettività.

Proprio su questi presupposti si fondano le recenti decisioni giurisprudenziali, ed in particolare le sentenze del 14.02.2011, n. 3665 e 16.02.2011, n. 3813 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

La Corte evidenzia che un bene immobile, a prescindere dalla titolarità, nel momento in cui sia destinato alla realizzazione dello stato sociale, debba essere strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi della comunità di riferimento, ciò a prescindere dalla preventiva individuazione come bene demaniale o bene facente parte del patrimonio dello Stato, da parte del legislatore.

Le sentenze in esame evidenziano le criticità del regime codicistico e la necessità di ampliare l'impianto normativo di riferimento con alcune disposizioni costituzionali, al fine di inquadrare correttamente il regime giuridico della proprietà demaniale. In funzione di ciò, la Corte afferma che "le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona [art. 2 Cost.], della tutela del paesaggio [art. 9 Cost.] e della funzione sociale della proprietà [art. 42 Cost.] trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento *finalizzato alla realizzazione* di valori costituzionali."⁵⁴.

In definitiva, la Corte, in riferimento alle valli da pesca, afferma quanto enunciato precedentemente dalla dottrina per i beni demaniali; in particolare, afferma che questa tipologia di beni configuri uno dei casi in cui trovano specifica attuazione i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà, dando origine ad una concezione di bene pubblico inteso come strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali.

La Corte non utilizza il termine *proprietà collettiva*, ma il percorso seguito è perfettamente aderente e rispecchia le peculiarità dei beni demaniali come proprietà collettiva, come originariamente intesi.

⁵³ "Le partecipanze emiliane" rappresentano una antica forma di proprietà collettiva di terreni interessati a bonifica; un'altra figura molto vicina ai beni comuni è rappresentata dall'uso civico, inteso come diritto di godimento su beni immobili, esercitabile in varie forme e spettante ai membri di una collettività, su terreni di proprietà comunale o anche di terzi, non derivante da un negozio giuridico in quanto radicato nella prassi collettiva: in relazione a questi istituti si veda, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983, *passim*; ID, *Uso pubblico*, in *Enc. dir.* XLV, 1992, 964; P. GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa dei rapporti con il diritto statale*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, 261; S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, 70 ss. Riguardo l'*Allmende*, si veda O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria*, in *Riv. it. sc. giur.* XXV, 1898, 204 e ss, in part. 206; ma vedi ora Id., *Scritti giuridici scelti. IV. I beni pubblici*, Jovene, Napoli 1992, 235, l'Autore afferma che la massima espressione della proprietà collettiva era costituita dall'*Allmende* vera e propria, che era oggetto del pieno diritto collettivo, sopra la quale non solo la proprietà, ma anche il possesso e il godimento erano comuni; tra questi beni vi erano le strade, le piazze, i ponti, le fontane comuni, i ruscelli, le sorgenti, i fiumi, i laghi, ecc., cioè quei beni, che oggi noi in gran parte diremmo appartenenti al demanio, in quanto necessari per il libero sviluppo della vita.

⁵⁴ Sent. Cass. Sez. Un. del 14 febbraio 2011, n. 3665.

5. Lo statuto giuridico dell'acqua ed il concetto di sviluppo sostenibile.

Il legislatore con la legge Galli, trasfusa nel Codice dell'ambiente, affronta una *nuova* criticità e cioè la scarsità della risorsa. Proprio tale ultima condizione di fatto determina un accrescimento del significato della demanialità⁵⁵.

La nuova condizione rende sempre più necessaria l'appartenenza collettiva dell'acqua, quale bene demaniale, per garantirne la fruibilità universale; allo stesso tempo, la nuova criticità fortifica la necessità di un controllo pubblico orientato alla tutela della risorsa e, in linea con quanto stabilito nel Codice dell'ambiente, in una prospettiva solidaristica⁵⁶.

La dichiarazione *ex lege* di pubblicità di tutte le acque, come prevista dall'art. 1 della c.d. legge Galli, trasfusa nel Codice dell'ambiente, deriva dal progressivo convincimento che l'acqua sarebbe una risorsa limitata, infatti l'effetto principale della norma in questione, è stato quello di spostare l'attenzione dai profili dominicali a quelli gestionali e di tutela⁵⁷.

La legge Galli è il frutto dell'evoluzione degli interessi pubblici collegati alla risorsa e ad una progressiva presa di coscienza del suo valore, che vede primeggiare le istanze ecologiche e solidaristiche⁵⁸.

Il legislatore con la legge Galli si spinge oltre, affermando, sempre nell'art. 1, che: “qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative e i diritti delle generazioni future, a fruire di un integro patrimonio ambientale” e che tutti “gli usi delle acque siano 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 idrologici”⁵⁹.

Occorre segnalare che l'estensione della pubblicità a qualsiasi tipologia di acqua conferma l'opinione classica per cui il concetto della demanialità fosse fisso e invariabile, ma *l'appartenenza* alla categoria dei beni demaniali varia con il variare dei bisogni, che si pongono come collettivi al variare dei tempi e dei luoghi, assumendo conseguentemente

⁵⁵ C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua*, cit., 135.

⁵⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia, Il Mulino*, Bologna, 1985, 89, dove l'Autore afferma che “Quando la fruizione del bene è collettiva, l'ente pubblico è, sostanzialmente, un amministratore per la collettività.” “gli appartenenti all'universo dei fruitori hanno un diritto soggettivo alla fruizione, il cui esercizio peraltro è talora ristretto dall'esercizio della potestà di polizia dell'ente pubblico. I beni di fruizione collettiva sono quelli che costituiscono i correttamente detti demani marittimo, idrico, stradale, forestale e infine i beni culturali ...”.

⁵⁷ R. BRIGANTI, *Il diritto all'acqua tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Napoli, ESI, 2012, p.58 e ss.

⁵⁸ Si riporta quanto affermato da U. MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino 2001, 272, “Le regole sinora esaminate in tema di utilizzazione delle acque devono essere coordinate con la citata legge 5-1-1994 n. 36, che introduce due disposizioni in particolare. La prima consiste nella direttiva per l'utilizzazione dell'acqua “secondo criteri di solidarietà” (art. 1). Vi è da sperare che questa declamazione resti senza conseguenze operative, poiché è idonea a stravolgere tutte le regole finora studiate, mirate a perseguire un uso efficiente della risorsa, secondo parametri economici. La seconda novità consiste nella graduazione degli usi dell'acqua: l'utilizzazione per il consumo umano è prioritaria (art. 2); dopo il consumo umano, in caso di scarsità, deve essere assicurata la priorità dell'uso agricolo (art. 28); poi si potrà derivare l'acqua per usi industriali (art. 29). Ciò significa, purtroppo, che il bilanciamento degli interessi nell'uso dell'acqua viene ampiamente sterilizzato; il giudice non può dare la preferenza all'uso industriale, a scapito di quello agricolo. Nuovamente sono vanificati i criteri di efficiente allocazione della risorsa.”

⁵⁹ L. LUGARESI, *Acque pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano 2006, 94-97.

importanza sociale⁶⁰. In altre parole, si è creato un paradosso dettato dal fraintendimento del significato giuridico di demanio, dal momento che proprio nell'epoca attuale in cui il legislatore ha dichiarato la pubblicità-demanialità generalizzata delle acque, ancorandola ai criteri di solidarietà, viceversa parte della dottrina sente la necessità di un nuovo inquadramento giuridico con la teoria dei beni comuni.

Il legislatore è stato indotto dalla necessità di preservare il patrimonio ambientale, per cui si potrebbe affermare che abbia visto nella figura demaniale quelle caratteristiche che meglio inquadravano l'acqua e l'ambiente⁶¹. Quanto appena affermato rafforza il percorso ricostruttivo del demanio come proprietà collettiva, e mette in luce come l'appartenenza collettiva comporti un dovere di conservazione che si unisce inscindibilmente al diritto di fruizione⁶².

Questa nuova prospettiva evidenzia degli aspetti non gerarchizzabili, e precisamente, la primarietà dei valori ambientali e la fruibilità della risorsa per la soddisfazione dei bisogni primari dell'uomo⁶³.

Come ha evidenziato la Corte costituzionale nella sentenza n. 273 del 2010, l'acqua è un bene di tutti, ed in quanto tale, deve essere distribuita secondo criteri razionali e imparziali stabiliti da apposite regole amministrative. La Corte afferma che l'acqua è “un bene che appartiene in principio alla collettività” e, come tale, tutti hanno diritto ad accedervi. Inoltre, sostiene che vi sia una “primaria esigenza di programmare e vigilare sulle ricerche e sui prelievi, allo scopo di evitare che impossessamenti incontrollati possano avvantaggiare indebitamente determinati soggetti a danno di altri o dell'intera collettività”. La Corte continua sostenendo che “L'integrale pubblicizzazione delle acque superficiali e sotterranee è stata strettamente legata dall'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche) alla salvaguardia di tale risorsa ed alla sua utilizzazione secondo criteri di solidarietà. Da questo doppio principio discende la conseguenza che deve essere la pubblica amministrazione a disciplinare e programmare l'uso delle acque”⁶⁴.

Emerge così il secondo profilo che si è voluto identificare e cioè l'importanza della salvaguardia della risorsa come potere-dovere della Pubblica Amministrazione che scaturisce dall'integrale pubblicizzazione dell'acqua come disciplinata dalla legge Galli.

⁶⁰ O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti. IV. I beni pubblici*, Jovene, Napoli 1992, 18, l'Autore continua affermando che: “Coll'aumentare sempre più dell'attività sociale degli enti pubblici, aumenta insieme anche l'ampiezza del demanio pubblico; e la risposta alla domanda quali sono i beni demaniali, nel senso di enumerazione di beni, che hanno questa natura, può essere data soltanto per un determinato diritto positivo di un determinato tempo. E nel nostro diritto attuale, questi scopi, che possono essere nella destinazione di una cosa demaniale, possono essere economici, fisici, intellettuali e morali; possono rispondere ad una vera necessità, o ad una utilità, ed anche ad un puro diletto della società, per es. giardini pubblici”.

⁶¹ E. CONTE, *Il demanio idrico secondo la l.5 gennaio 1994, n.36*, in *Rass. giur. en. el.*, 1994.

⁶² Per una prospettiva in tal senso che abbraccia l'ambiente in un *unicum*, che comprende l'acqua ma soprattutto l'uomo, si veda, P. MADDALENA, *La nuova cultura della tutela ambientale e situazioni giuridiche soggettive*, in *I Tribunali Amministrativi Regionali*, Anno XI gennaio 1985, 51; ID, *Danno pubblico ambientale*, Rimini 1990, *passim*; ID, *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente e sviluppo*, 6/2007, *passim*; l'Autore mette in luce come il diritto all'ambiente sia un diritto - dovere di tutta la collettività sull'ambiente.

⁶³ Per un approfondimento si veda E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, *cit.*, in particolare p.19 e ss.

⁶⁴ Corte costituzionale, 22.07.2010, n. 273, punto 4 considerazioni in diritto.

Vi è un indubbio spostamento di baricentro riguardo il fine dell'azione dei pubblici poteri che trova la propria giustificazione nella necessità di scongiurare il depauperamento della risorsa sperimentato nei decenni precedenti; il che porta ad evidenziare come i beni non regolamentati nel loro accesso e nello sfruttamento, in generale senza una *regolazione* e una *governance* adeguata, siano destinati al depauperamento⁶⁵.

La soluzione prospettata, definibile come la demanializzazione dell'acqua, si pone agli antipodi del considerare la risorsa idrica come proprietà privata, ma è aperta a qualsiasi tipologia di gestione pubblica, privata o altre possibili forme di autogestione consentite dal nostro ordinamento, purché regolamentate.

Il punto centrale della normativa è dettato dal co. 2 dell'art. 144, del Codice dell'ambiente che stabilisce che riguardo le acque “qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale”. Viene riscontrata una nuova soggettività rappresentata dalle generazioni future cui sono attribuite delle aspettative qualificate⁶⁶.

Il dovere di lasciare alle generazioni future un capitale naturale idoneo ad uno standard di vita adeguato, almeno simile al nostro, nello specifico caso della risorsa idrica deve essere coadiuvato anche dalla conservazione del capitale, costituito dalle risorse economiche necessarie per adeguare le infrastrutture alle sempre mutevoli esigenze ambientali⁶⁷.

L'ambiente è il contenuto di un diritto, ma anche il contenuto di un dovere di solidarietà; l'art. 2 Cost. lo sancisce nella parte in cui enuncia i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁶⁸.

Il dovere di tutelare e di proteggere l'ambiente è connesso alle diverse forme di solidarietà descritte nel citato art. 2 Cost.: in particolare la solidarietà economica e sociale, attraverso il concetto di sviluppo sostenibile, richiede il perseguimento di uno sviluppo economico che non comprometta le risorse ambientali, impedendone lo sfruttamento indiscriminato, mentre la solidarietà politica dovrebbe obbligare l'Italia a sostenere a livello internazionale politiche di promozione della tutela ambientale, da recepire poi nel diritto nazionale⁶⁹.

L'art. 2 Cost., relativamente ai doveri inderogabili, permette di aprire ad ipotesi di solidarietà che non potevano essere normativizzate nel 1948, “purché il loro oggetto ed il loro contenuto siano ritenuti idonei a realizzare il fine voluto dal Costituente”⁷⁰.

⁶⁵ U. POTOTSCHNIG, *La difesa della qualità delle risorse idriche nella legislazione sulle acque pubbliche*, in *La tutela delle acque. Criteri economici e giuridici per la programmazione della qualità e della quantità delle risorse idriche in Italia*, a cura di E. GERELLI, Milano, 1970, 45, citato da E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, Milano 2012, 39.

⁶⁶ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

⁶⁷ A. DE CARLI - A. MASSARUTTO - V. PACCAGNAN, *La valutazione economica delle politiche idriche: dall'efficienza alla sostenibilità*, <http://www.researchgate.net/publication/242102762>

⁶⁸ F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 215 ss.

⁶⁹ Le tematiche ambientali rientrano, quindi, a pieno titolo in quella teorica dei doveri internazionali, intesi come doveri pubblici globali, A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2005, *passim*.

⁷⁰ T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, 1994, 1 ss., ora in T. MARTINES, *Opere*, Tomo IV, *Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000, 185 ss. e spec. 191 ss.

Sicuramente gli aspetti di tutela e di solidarietà richiesti dal Codice dell'ambiente, che trovano fondamento nell'art. 2 della Costituzione, danno al governo delle acque e conseguentemente al demanio pubblico, di cui la risorsa idrica è la categoria per antonomasia, una nuova luce.

Questa nuova figura della demanialità, vista come proprietà di tutti, in cui la titolarità pubblica si traduce nel perseguimento di una funzione di tutela e di regolazione, che si muove fra i criteri della sostenibilità e della solidarietà, tende a ridursi, secondo quanto affermato dal d.lgs 85/2010 al demanio marittimo e idrico. A riguardo conviene tornare a precisare che il concetto di demanialità è fisso e invariabile, mentre *l'estensione* del demanio varia con il variare dei bisogni che si pongono come collettivi al variare dei tempi e dei luoghi.

Quanto sostenuto fino ad ora in merito alle caratteristiche della risorsa idrica ed al regime giuridico dei beni demaniali contempla necessariamente la presenza di uno Stato che controlli e distribuisca la risorsa.

6. Conclusioni.

Il codice civile, come si è detto, è insufficiente per identificare la demanialità. La Corte di Cassazione ha ricordato i riferimenti costituzionali che indirizzano la demanialità, identificando precisi ancoraggi costituzionali negli artt. 2, 3 co. 2, 9, 32 e 117 Cost.⁷¹.

Quanto prospettato trova conferma in quella parte della dottrina che pone al centro della proprietà pubblica situazioni qualificate come doverosità⁷².

La strumentalità dei beni demaniali al dettato costituzionale comporta, nei confronti dei beni fondamentali come l'acqua, un dovere di tutela costituzionalmente orientato da parte dello Stato e di tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici e privati. Allo stesso tempo, si può affermare che questa strumentalità al dettato costituzionale, costituisca l'essenza principale di questi beni a prescindere dalla tipologia di proprietà (collettiva o individuale dello Stato) attribuitagli dal nostro sistema positivo⁷³.

Alla luce di quanto sostenuto nel presente lavoro, si può evidenziare come non vi sia la necessità di creare una nuova categoria di beni, che rischia di essere foriera solo di maggiori incertezze.

Nel tentativo di riforma della proprietà pubblica, sarebbe stato più proficuo partire dalla proprietà demaniale come concepita originariamente e rafforzare le nuove esigenze di tutela rimarcando la strumentalità di questa tipologia di beni al dettato costituzionale e magari

⁷¹ Si veda E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, Milano 2012, 329, che riporta quanto evidenziato rispetto i beni ambientale da F. FRANCIOSI, *I beni in generale*, in Diritto civile, dir. N. LIPARI – P. RESCIGNO, coord. N. ZOPPINI, II, t. II, Milano, 2009, 34.

⁷² V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna 1998, 1083. Questa doverosità, come visto è una caratteristica generale della tutela ambientale, come evidenziato da, F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale, cit., passim*.

⁷³ D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in [Rassegna di diritto pubblico europeo](#), 2014, 77.

riportando quanto previsto dalla Commissione Rodotà nell'articolato proposto dalla stessa in tema di tutela, e precisamente all'art. 1, co. 3 lett. c)⁷⁴.

L'articolato in questione stabiliva che chiunque può azionare la tutela giurisdizionale ed infatti la relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega proposto dalla Commissione affermava anche che "La tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato. La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione."⁷⁵.

Nella prospettiva di un nuovo intervento normativo in merito alla proprietà pubblica sarebbe opportuno inserire specificatamente questo aspetto, al fine di sgombrare ogni dubbio e di rafforzare la tutela negli effetti già prevista dal nostro sistema positivo, pur se con elementi di criticità (si veda la disciplina della *class action* pubblica).

Riguardo la categoria dei beni appartenenti al demanio naturale le scelte relative all'inizio e alla fine della demanialità sono sottratte alla discrezionalità del legislatore. La giurisprudenza su questo punto ha ribadito che, riguardo questa tipologia di beni, non rilevano neanche "eventuali comportamenti "concludenti" posti in essere dalla pubblica amministrazione mediante suoi funzionari, in quanto illeciti, perché ovviamente *contra legem*"⁷⁶.

La demanialità si forma 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 collettività⁷⁷.

Lo stesso non si può affermare riguardo alle altre tipologie di beni demaniali previste dal codice, visto che il legislatore ha attribuito il carattere della demanialità ad altre tipologie di beni senza indicare alcun criterio da seguire ai fini di tale attribuzione⁷⁸. Ciò ha comportato anche il riconoscimento del potere di sdemanializzazione, quindi del potere di incidere sul regime la cui specialità rispetto a determinati beni ha ragion d'essere in relazione alla loro strumentalità rispetto al libero sviluppo della personalità umana e alla sua sopravvivenza⁷⁹. È questo l'aspetto che caratterizza la categoria dei beni demaniali, come previsti dall'attuale Codice civile, che rende tale normativa inadeguata al punto da richiedere l'utilizzo dell'intero strumentario interpretativo a disposizione dell'operatore giuridico.

⁷⁴ Commissione Rodotà - per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) - Proposta di articolato.

Art. 1. (Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile), co. 3, lett. c) "Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato."

⁷⁵ Relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega proposto dalla Commissione c.d. Rodotà, 9, rinvenibile su <http://www.governo.it/backoffice/allegati/38954-4768.pdf>.

⁷⁶ Corte Cass., 14.02.2011, n. 3665; in dottrina si rinvia a S. LIETO, «Beni comuni», *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2, 2011, 331.

⁷⁷ Corte Cass., 14.02.2011, n. 3665.

⁷⁸ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici* in *Enc. giur.*, V, Roma, 2004, passim.

⁷⁹ D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2014, 90.

Il regime dei beni appartenenti al demanio naturale non conosce forme di sdemanializzazione, neanche in tempi recenti, né episodi di alienazione. Il legislatore ha escluso, come visto sopra, il demanio idrico e marittimo dai beni trasferiti al patrimonio disponibile dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni, anche in occasione del nuovo programma di “federalismo demaniale”⁸⁰.

Questo aspetto importante, caratterizza la proprietà collettiva come una delle forme più antiche di proprietà⁸¹; le caratteristiche intrinseche di questa tipologia di beni non legittimano il legislatore ad operare una possibile sdemanializzazione.

Il potere decisionale dello Stato su tali beni, anche qualora ne fosse riconosciuta la proprietà a titolo individuale, non potrebbe assumere i tratti di un potere illimitato dovendosi mantenere nell’ambito dei limiti fissati nella Costituzione. Tali limiti valgono per lo stesso popolo sovrano e dunque anche per l’amministrazione e il legislatore⁸².

I beni comuni, come identificati originariamente dalla Commissione Rodotà, sono stati successivamente ampliati a dismisura dagli stessi fautori di questa prospettiva teorica. La dottrina più recente, ampliando la tipologia di beni rientranti nella categoria dei beni comuni, finisce così per ripercorrere la stessa strada che ha intrapreso il nostro legislatore per i beni demaniali, commettendo lo stesso errore metodologico.

Riguardo l’aspetto della autogestione, auspicata dai fautori della teoria dei beni comuni, occorre ricordare che già Elinor Olstrom si era espressa nel senso che non vi fosse una formula univoca che potesse assicurare una efficiente gestione di queste risorse, ma che tale gestione potesse essere effettuata con diverse tipologie di assegnazione dei diritti di proprietà. Il nodo centrale, in ogni caso, è rappresentato dall’adozione di norme che regolino l’accesso, lo sfruttamento e la tutela della risorsa⁸³.

Da quanto sostenuto finora, emerge conclusivamente che le caratteristiche principali dei beni demaniali siano l’appartenenza collettiva, il ruolo dello Stato, il potere-dovere di proteggere tali beni e la strumentalità al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell’uomo come richiamati dalla nostra Costituzione. In diverso avviso, i teorici dei beni comuni hanno

⁸⁰ Si veda, M. ARSI, *I beni pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano 2003, 1726-1727; in giurisprudenza si veda, Corte Cass., Sez. un., 14.02.2011, n. 3665, *cit.*

⁸¹ M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali* in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato, Vol. VII, Tomo I.2, I beni pubblici*, Torino 2008, l’A. afferma che “la circostanza per cui il riferimento alla proprietà collettiva, presente nel primo testo approvato dalla III Sottocommissione per la Costituzione il 27 maggio 1946, venne espunto dal medesimo nel testo del progetto definitivo della Commissione presentato all’Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947, non autorizza a concludere che tale istituto non abbia cittadinanza nel nostro sistema costituzionale. E ciò non solo per ragioni procedurali – l’eliminazione *de quo* si deve alla sede di coordinamento – ma, ben più profondamente, perché «la esigenza sottesa all’inserimento nella norma del riferimento alla “proprietà collettiva” veniva sostanzialmente esaudita attraverso la formulazione di quello che sarà l’art. 43, insomma con l’esplicita previsione dell’istituto della collettivizzazione che attiene all’impresa e solo indirettamente alla proprietà”.

⁸² G. DE VERGOTTINI, *La persistente sovranità*, in www.gjurcost.org, 2, l’A. afferma che “La sovranità, ieri come oggi, non si manifesta mai come assoluta e la sua limitabilità può essere ammessa senza che per tale ragione debba giungersi a prospettare la negazione”.

⁸³ E. OLSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, trad. it. *Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative delle comunità*, Venezia, 2006; il premio Nobel ha esaminato una serie di casi storici che hanno avuto esiti eterogenei: in alcuni la comunità è riuscita a conservare ed incrementare le risorse, mantenendo un certo benessere; in altri le ha dissipate, andando incontro alla rovina. Nell’ottica «neoistituzionalista» abbracciata dal Premio Nobel 2009 per l’economia, il nodo centrale è quello dell’efficienza dei controlli sugli utenti.

caratterizzato questa particolare tipologia di beni per la non appartenenza, l'autogestione e lo svilimento del ruolo dello Stato.

Ulteriore conseguenza di quanto sopra sostenuto e che lo statuto della risorsa idrica, così come interpretato, non subordina la tutela della stessa ad alcuna tipologia di gestione prefigurata.

Dal che deriva che la tassonomia prevista dal Codice civile eccede le peculiarità dei beni demaniali, quali beni essenziali e strumentali al libero svolgimento della vita.

L'azione dell'apparato amministrativo di controllo, tutela e regolazione di questa tipologia di beni, alla luce degli obblighi imposti dalla nostra Costituzione e dal codice dell'ambiente, dovrà effettuarsi a prescindere dalla tipologia di gestione.

La modalità di gestione di un determinato servizio di tale tipologia di beni non dovrebbe avere alcuna incidenza sulla tutela della risorsa e dei diritti fondamentali dell'uomo.

Alla fine, se ne evince che l'acqua è il bene demaniale per eccellenza, che nella risorsa idrica emergono due caratteristiche fondamentali, e cioè, l'appartenenza collettiva ed il potere-dovere dell'apparato amministrativo di tutelare la risorsa secondo i principi costituzionali della protezione ambientale e dello sviluppo sostenibile, che vedono al centro l'uomo ed il libero svolgimento della vita.