

Rivista N°: 3/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 26/07/2016

AUTORE: Serena Sileoni*

L'ACQUA: UNA RISORSA FONDAMENTALE, QUALE DIRITTO?

Sommario: 1. L'acqua, la vita, il diritto - 2. L'acqua come diritto - 3. L'acqua come diritto fondamentale - 4. L'acqua come diritto sociale - 5. L'acqua come bene economico - 6. L'acqua come bene non economico - 7. L'acqua come bene comune - 8. L'acqua nell'ordinamento italiano - 9. Il referendum italiano «sull'acqua» - 10. Gli effetti del referendum sull'acqua - 11. Il diritto all'acqua: come garantirlo?

O voi tutti assetati venite all'acqua,
chi non ha denaro venga ugualmente;
Isaia, 55, 1

1. L'acqua, la vita, il diritto

Non c'è vita dove non c'è acqua. Non c'è vitalità dove essa si esaurisce. Non c'è salute dove è contaminata.

Poiché, come insegna l'adagio economico, non esiste bene che non sia scarso, la scarsità dell'acqua, in termini quantitativi e qualitativi, è una seria preoccupazione dei nostri tempi, in cui l'accesso ai dati globali, l'incremento demografico e la consapevolezza di poter incidere, in positivo e in negativo, sull'evoluzione naturale del pianeta induce le persone e i governi a un minor credo verso la fatalità degli eventi e a un maggior desiderio di controllo della vita attuale e futura.

Prendendo per buone le stime dell'ONU, i polsi tremano.

Meno del 3% dell'acqua del pianeta è acqua dolce, i 3/4 della quale è ghiaccio. Meno dell'1% è ciò che resta per l'uso domestico¹.

* Assegnista di ricerca presso l'Università di Milano Bicocca.

¹ Unep, *Overview of the State of the World's Fresh and Marine Waters*, ult. aggiornamento 2008, www.unep.org; concordanti i dati *Distribution of Earth's Water*, 2012, USGS Water Science School - U.S. Department of the Interior, <http://water.usgs.gov/edu/earthwherewater.html>.

748 milioni di persone non hanno accesso garantito all'acqua potabile e 2.5 miliardi non usano servizi sanitari².

Dietro quei numeri, ci sono donne che attraversano km di terra arida per riempire un'oncia dal pozzo e uomini che defecano all'aperto contaminando l'acqua del sottosuolo.

Per questo, gli ordinamenti giuridici hanno iniziato a porre attenzione all'acqua non solo come elemento naturale, ma come risorsa fondamentale, da cui discendono tentativi, in dottrina e nel diritto positivo, di classificare l'acqua come un particolare tipo di bene o di diritto.

Il presente contributo intende esaminare questi tentativi e le differenti conseguenze che ne derivano.

2. L'acqua come diritto

L'acqua, in sé, è un composto chimico molto diffuso e facilmente riproducibile in natura. Tuttavia, l'acqua destinata al consumo umano - ossia l'acqua trattata o non trattata, destinata a uso potabile, per la preparazione di cibi e bevande o per altri usi domestici e quella usata per la fabbricazione, il trattamento, la conservazione e l'immissione sul mercato di prodotti e sostanze destinate al consumo umano³ - è un bene scarso. La sua scarsità è sia assoluta, in relazione cioè al bisogno che una popolazione mondiale in crescita demografica ha, sia relativa, in relazione cioè alla aumentata consapevolezza della esauribilità della risorsa e ai rischi collegati all'inquinamento, nonché alla aumentata sensibilità per le esigenze vitali delle persone, ai quattro angoli della Terra.

Da questa scarsità è derivato negli ultimi cinquant'anni un tentativo, ancora in corso, di individuare le categorie giuridiche e normative che possano garantire all'acqua di essere usata da tutti coloro che ne hanno bisogno, oggi e domani. Di garantirne, cioè, l'accesso, sia in senso qualitativo che quantitativo, sia per scopi alimentari che di igiene⁴. Di divenire, in altri termini, da risorsa naturale, per quanto indispensabile, a vero e proprio diritto o bene correlato a un diritto, e non soltanto a un bisogno umano⁵.

Assurdo contravvenire all'affermazione per cui ogni essere umano ha diritto all'acqua, specie nel momento in cui la riflessione giuridica e filosofico-giuridica sui diritti è sempre più orientata a nuove classificazioni che individuano i diritti fondamentali come legati alla dignità

² UN, *Water for a Sustainable World*, The United Nations World Water Development Report 2015, UNESCO, 2015.

³ Si è presa in prestito la definizione della direttiva 98/83/CE concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano, recepita in Italia dal d.lgs. n. 31/2001.

⁴ V. la Dichiarazione della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite del 1977, svolta a Mar del Plata, secondo cui tutti «hanno diritto ad avere accesso all'acqua potabile in quantità e qualità corrispondenti ai loro bisogni basilari» (Risoluzione II, *Community water supply*).

⁵ Si veda ad esempio, tra i primi documenti internazionali che si occupano della questione della scarsità delle risorse idriche, la Carta europea dell'acqua adottata dal Consiglio d'Europa il 6 maggio 1968, che individua l'acqua come «bene prezioso indispensabile a tutte le attività umane», come «patrimonio comune», ma non ancora come diritto.

e alle condizioni basilari per una vita decente⁶. È evidente che l'accesso all'acqua sia una di queste condizioni. Più controverso è capire cosa si intenda col riconoscimento dell'accesso all'acqua come diritto, quali obblighi siano speculari ad esso, che tipo di diritto sia.

Sarà forse anche per la facilità a proclamare una ovvietà (tutti hanno diritto all'acqua) ma al tempo stesso per la difficoltà a renderla qualcosa in più di una ovvietà (come si fa a garantire a tutti l'acqua e cosa pretende il diritto all'acqua?) che sono fiorite negli ultimi anni molte proclamazioni sul diritto all'acqua, senza tuttavia che, sul piano pratico, ciò abbia comportato una maggiore facilità di accesso e uso dell'acqua sicura e potabile.

Si prenda, ad esempio, la risoluzione del 2010 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite⁷, che ha riconosciuto il diritto «all'acqua potabile e sicura e ai servizi igienici» come essenziale a un pieno godimento della vita e di tutti i diritti umani. Tale risoluzione, dal punto di vista formale, ha valore di una raccomandazione, ma non impegna gli Stati con precisi obblighi e corrispondenti diritti per i loro cittadini. Non stupirà che la delibera sia stata votata all'unanimità: sarebbe insipiente non riconoscere che l'acqua è un diritto fondamentale, e al tempo stesso enunciarlo *sic et simpliciter* rischia di voler dire poco più che questo.

Il diritto umano all'acqua è inoltre previsto espressamente in trattati che riguardano altri ambiti e sfere di protezione giuridica, come la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro la donna, la Convenzione sui diritti del bambino e quella sui diritti delle persone disabili.

Indirettamente, esso è inoltre incluso in altri diritti umani, come quello alla vita, all'alimentazione o alla salute. Così non solo ha ritenuto la dottrina, ma anche, ad esempio, la Corte interamericana dei diritti umani, la quale ha giudicato che la somministrazione di acqua a livelli qualitativi e quantitativi inferiori allo standard minimo costituisce violazione del diritto a vivere una vita degna.⁸

Solo tra il 2000 e il 2009, circa 200 Stati al mondo si sono pronunciati in favore del diritto all'acqua⁹, alcuni a livello costituzionale. Curiosamente, ma fino a un certo punto, sono le Costituzioni di quelli in via di sviluppo le più avanzate, da questa prospettiva. Si tratta in effetti di un diritto di nuova generazione, non ancora definito ai tempi delle Costituzioni degli Stati di meno recente formazione. Le previsioni costituzionali si possono dividere in due ca-

⁶ Sulla dignità come valore fondante dei diritti, e la conseguente estensione del concetto di diritto fondamentale ai diritti sociali, i contributi sono ormai molti e consolidati. Si veda per tutti F.P. Casavola, *Diritti umani*, CEDAM, Padova, 1997; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000; A. Baldassarre, *Diritti sociali* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, XI, 1989; G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in «Riv. dir. cost.», 1996, p. 3 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale. Prime notazioni*, in «Politica del diritto», 3, 1991, p. 343 ss. Sulle condizioni mai definitive e realizzate di una vita decente, v. J. Nickel, *Poverty and Rights*, «The Philosophical Quarterly», vol. 55, n. 220, 2005, pp. 385-402.

⁷ Risoluzione n. 64/292, *The human right to water and sanitation*, 28 luglio 2010.

⁸ Comunità indigena Xàkmok Kàsek v. Paraguay, 24 agosto 2010. V. anche, della medesima Corte, la sentenza Comunità indigena Sawhoyamaya c. Paraguay, 29 marzo 2006.

⁹ *Le droit à l'eau potable et à l'Assainissement: sa mise en oeuvre en Europe*, Rapporto preparato per il VI Forum mondiale dell'acqua, Académie de l'Eau, Francia, 2011.

tegorie: quelle che contemplano l'acqua come diritto¹⁰, e quelle che, specularmente, prevedono l'obbligo dello Stato di assicurarne l'accesso¹¹.

È chiaro, tuttavia, che non basta proclamare il diritto all'acqua per costruire acquedotti, depurare l'acqua e garantire il minimo vitale alla popolazione. La natura programmatica della proclamazione di tale diritto è stata ad esempio implicitamente confermata dalla Corte costituzionale sudafricana, secondo cui non solo la Costituzione non prevede quanto sia la quantità «sufficiente» di acqua ivi prescritta, ma non chiede nemmeno che sia stabilita, non derivando dunque dal precetto costituzionale un corrispondente obbligo dello Stato di fornitura minima garantita, ma un impegno programmatico a rendere effettivo tale diritto.¹²

D'altro canto, guardando all'indicatore dell'accesso all'acqua potabile di qualità¹³ elaborato dalla Banca mondiale per gli anni 2011-2015, si può notare come i paesi che hanno proclamato a livello costituzionale il diritto all'acqua (o il corrispondente dovere pubblico di fornirla), con l'eccezione dell'Uruguay hanno un'alta percentuale di popolazione esclusa da tale diritto, specie se paragonata agli Stati, come quelli europei o del nord America, che pur non avendo consacrato tale diritto in Costituzione, garantiscono al 100% della popolazione l'accesso ad acqua potabile di qualità¹⁴.

Il fatto è che il diritto all'acqua, per essere realizzato, comporta consistenti misure positive da intraprendere: dire acqua come diritto non vuol dire purificarla, controllarne la salubrità, scavare pozzi, costruire acquedotti, gestire la fornitura domestica. Dire diritto all'acqua non comporta, di per sé, decidere il profilo proprietario della risorsa, le modalità di distribuzione, i metodi di rimborso del costo delle spese necessarie a rendere fruibile la risorsa.

La realtà si complica quando dal cosa si passa al come: come può, quindi, la proclamazione del diritto all'acqua divenire qualcosa in più di una dichiarazione programmatica?

La domanda ne nasconde un'altra, su che tipo di bene sia ritenuto l'acqua e che tipo di diritto quello all'acqua.

Si inseriscono qui le possibili distinzioni tra acqua come diritto fondamentale, acqua come diritto sociale, acqua come bene economico o non economico, acqua come bene comune.

¹⁰ Costituzione sudafricana (1996), Costituzione mauritana (1991), keniana (2002, come modificata nel 2005), tanzaniana (1974, come modificata nel 1993), ecuadoriana (1998), uruguayana (1967, come modificata nel 2004), ugandese (1995).

¹¹ Costituzione del Gambia (1996), dell'Etiopia (1994), dello Zambia (1996), dell'Angola (1992), della Repubblica del Congo (2006), dell'Eritrea (1997), Panama (1972, come modificata).

¹² *Mazibuko v. City of Johannesburg* (noto come «Phiri case»), 8 ottobre 2009.

¹³ World Development Indicators, WHO/UNICEF Joint Monitoring Programme (JMP) for Water Supply and Sanitation (<http://www.wssinfo.org/>). Per accesso ad acqua di qualità si intende l'uso di acqua potabile in ogni forma.

¹⁴ Queste le percentuali: Uganda: 79%; Uruguay: 100%; Sud Africa: 93%; Mauritania: 58%; Kenya: 63%; Tanzania: 56%; Ecuador: 87%; India: 94%; Gambia: 90%; Etiopia: 57%; Zambia: 65%; Angola: 49%; Congo: 77%; Eritrea: 58%; Panama: 95%.

3. L'acqua come diritto fondamentale

In quanto bene vitale, anche negli ordinamenti in cui il diritto all'acqua non è espressamente costituzionalizzato, come vedremo nel caso italiano, inizia a farsi corrente la dizione di acqua come diritto fondamentale, in quanto si riconosce l'essenzialità dell'accesso a una risorsa indispensabile alla vita come quella idrica, nelle modalità necessarie non solo a dissetarsi ma anche per gli altri essenziali usi umani¹⁵.

Si intende qui per fondamentale il diritto che l'ordine costituzionale riconosce come tale, conferendogli le garanzie tipicamente riservate a tale categoria di diritti¹⁶. Non si tratta di un insieme rigido, ma sì di un insieme fissato dal diritto positivo costituzionale, in grado di cambiare e evolvere non solo nella enumerazione, ma anche nella classificazione rispetto al potere (ad esempio diritti di libertà e diritti sociali) e nelle garanzie di cui è ammantato (ad esempio garanzie non più solo giurisdizionali, ma anche quasi giurisdizionali, attinenti alla presenza di autorità amministrative indipendenti).

Cosa implica l'inquadramento dell'acqua come diritto fondamentale, o, secondo autorevole dottrina, come bene fondamentale, ossia oggetto di diritto fondamentale¹⁷?

In primo luogo, stante la connotazione giuscostituzionalistica del termine 'fondamentale', implica che il diritto all'acqua sia un diritto inviolabile, ossia irriducibile nella sua esistenza e nelle garanzie minime fornite dalla Costituzione¹⁸. Potremmo infatti dire che 'fondamentale' descrive il carattere intrinseco del diritto, mentre 'inviolabile' prescrive l'atteggiamento imposto agli altri, legislatore *in primis*, verso i suoi titolari¹⁹.

Non implica, tuttavia, che sia necessariamente azionabile. In altri termini, non richiede una sovrapposizione tra il concetto di inviolabilità e quello di diritto soggettivo perfetto, tutelabile di per sé davanti al giudice e autonomo rispetto alla volontà e possibilità dei pubblici poteri, in primo luogo quello legislativo, di concretizzarlo²⁰. Ciò è tanto più vero per i diritti «che implicano l'accesso ad un insieme di risorse indispensabili per una vita umana decente»²¹, come appunto il diritto all'acqua.

¹⁵ In Italia, la proposta di legge n. 2343, attualmente in discussione al Senato dopo l'approvazione alla Camera, di cui si dirà in seguito, riconosce l'acqua un bene comune e un diritto umano universale.

¹⁶ A. Baldassarre, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, Giuffrè, 1996, vol. I, p. 63 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁷ Cfr. L. Ferrajoli, *Sull'acqua come bene vitale*, relazione tenuta a Roma, 22 marzo 2014, disponibile su www.contrattoacqua.it.

¹⁸ P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera, 1951, spec. p. 53; P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1969; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, Vol. XI, 1989.

¹⁹ Secondo la Corte cost., «un diritto è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore di fondo della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente» (sent. n. 366/1991).

²⁰ Sulla sovrapposizione dei concetti di fondamentale e inviolabile, v. F.P. Casavola, *Diritti umani*, cit.; P. Caretti, *Diritti fondamentali*, cit. p. 144. In altri termini, L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, «Diritto pubblico», 1/2, 2010, p. 141 ss., secondo cui le garanzie dei diritti fondamentali «non sono affatto implicate dai diritti medesimi, ma vengono ad esistenza solo sulla base di ulteriori norme di attuazione», senza con ciò che si possa mettere in discussione, in assenza di tale attivazione, la loro qualifica di diritti fondamentali, anzi rappresentando tale eventualità non una smentita, ma una violazione del diritto (p. 154).

²¹ D. Miller, *Diritti umani, bisogni fondamentali e scarsità*, «Ragion pratica», 2, 2007, p. 433 ss.

La rivalità nel godimento del bene oggetto di diritto, dovuta vuoi a scarsità finanziarie, come nel caso dei diritti sociali, vuoi anche a scarsità fisiche o a ragioni di sviluppo e innovazione come nel caso dei diritti legati a risorse naturali, rende separabile il riconoscimento del diritto fondamentale e il suo pieno e effettivo godimento²². Ciò non toglie, tuttavia, che una correlazione tra il momento concettuale e quello effettivo debba sussistere, sia per poter 'prendere sul serio' i diritti, sia per evitare che vengano proclamati diritti irrealizzabili, almeno *rebus sic stantibus*²³. In particolar modo, ancorché il diritto all'acqua sia un diritto condizionato nel godimento, essendo un diritto fondamentale implica che sia attribuito universalmente a tutti e nei confronti di tutti vantabile. Dal secondo corollario discendono importanti conseguenze per un diritto legato a un bene scarso come l'acqua. Genericamente parlando, la conseguenza più importante è la sua giustiziabilità sia dinanzi al giudice comune²⁴, nel caso di atti che ne compromettano la praticabilità, che dinanzi al giudice delle leggi nel caso di leggi che parimenti compromettano il suo godimento. Si pensi al divieto di esclusione, al divieto di riduzione della risorsa idrica a una risorsa meramente economica e quindi alla regolazione dei sistemi tariffari, al controllo finalizzato a evitarne la perdita delle qualità e quantità necessarie, l'esaurimento o l'esclusività: in altri termini, al divieto di negarne l'accesso in termini quantitativi, qualitativi e economici.

Implica, il diritto all'acqua, qualcosa di più di questo, e in particolare obblighi di prestazione a carico dell'autorità pubblica perché attivamente ne garantisca la soddisfazione? È, insomma, il diritto all'acqua un diritto fondamentale sociale?

4. L'acqua come diritto sociale

Il paradigma del diritto alla vita teorizzato, al principio della cultura giuridica moderna, come libertà negativa di incolumità è divenuto oggi diritto a godere di condizioni di sussistenza necessarie a una vita dignitosa. Data questa evoluzione, è evidente come l'acqua, al pari del cibo e del riparo, diventi un diritto fondamentale alla solidarietà sociale²⁵.

Che quello all'acqua possa essere riconosciuto, tra i diritti fondamentali, come un diritto sociale è indifferente rispetto al rango che occuperebbe o alle radici del suo fondamento²⁶. La differenza sta, invece, negli strumenti che, in tal caso, sarebbero necessari a garan-

²² J. Waldron, *Rights in Conflict*, in Id., *Liberal Rights. Collected Papers, 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. Di tale non sovrapposizione, con riferimento ai diritti sociali, la dottrina fu consapevole fin dal principio: v. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952; P. Calamandrei, *La Costituzione e le leggi per attuarla* (1955), Milano, Giuffrè, 2000. Una più estesa e concreta opinione vede i diritti sociali condizionati non solo dagli equilibri finanziari e dalla inerzia dei pubblici poteri, ma anche «da impostazioni culturali modellate su vecchi schemi»: A. Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Bari, 1997, spec. p. 32 ss.

²³ V., a tal proposito, J. Griffin, *First Steps in an Account of Human Rights*, in «European Journal of Philosophy», 9, 2001, p. 306 ss., secondo cui i diritti umani si basano sulle condizioni di personalità e praticabilità.

²⁴ Sull'essenzialità dell'azionabilità per la configurabilità di un diritto v. Corte cost., sent. n. 26/1999.

²⁵ D. Zolo, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso Palestinese*, in «Diritto pubblico», 1, 2005, spec. p. 133.

²⁶ Né si pone un problema di inclusione di tale diritto nel novero dei diritti sociali già tutelati dalla Costituzione, dacché il loro catalogo è ritenuto non rigido. V. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in «Riv.

tirlo. Il fatto che sia un diritto fondamentale, e a prescindere dal fatto che sia un diritto sociale, implica già che tutti hanno diritto all'accesso all'acqua e, specularmente, che nessuno - nemmeno i pubblici poteri - può escludervi altri. Se fosse, tuttavia, anche un diritto sociale, vi sarebbe non solo un dovere di proibire attività che ostacolano l'accesso, ma anche un obbligo di prestazioni attive di garantirlo.

Nella concezione tradizionale dei diritti sociali, questo obbligo fa capo direttamente ai pubblici poteri, in ossequio al loro impegno, per dirla con la nostra Costituzione, di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno svolgimento della personalità»²⁷. Per quanto la distinzione tra diritti negativi e diritti positivi²⁸, come si è già detto, è sfumata più di quanto forse non si credesse al principio dell'esperienza dello Stato sociale, vale che «i diritti di libertà, consistendo in immunità cui corrispondono divieti in capo allo Stato, definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di fare [...] Al contrario i diritti sociali, consistendo in aspettative positive cui corrispondono in capo alle pubbliche funzioni obblighi di prestazione [...] definiscono la sfera di ciò che nessuna maggioranza può decidere di non fare»²⁹.

Seguendo questa opinione, l'acqua, in quanto oggetto di diritto sociale, dovrebbe non solo non essere negata ad alcuno, ma anche garantita a tutti nella misura del minimo vitale³⁰, a prescindere dalle condizioni individuali delle persone. Secondo l'impostazione più tradizionale dei diritti sociali, chi è chiamato a ottemperare a questa garanzia è il soggetto pubblico, che farebbe fronte al relativo costo di 'redistribuzione della risorsa attraverso la fiscalità generale, proprio in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale e al dovere di solidarietà. Ai diritti sociali, pertanto, corrisponderebbero prestazioni dell'autorità pubblica, a carico del bilancio pubblico³¹.

Proprio per tale motivo non basta proclamarli perché siano effettivi, non solo perché sono condizionati dalle finanze pubbliche, ma anche perché sono condizionati dalla volontà

trim. dir. pubbl.», 3, 1981, p. 755 ss.; E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1774 ss. Sempre sui diritti sociali, D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003.

²⁷ Sul legame tra diritti sociali e eguaglianza v. P. Barile, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1972, M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, cit.

²⁸ Pur restando utile e valida la distinzione tra libertà negative e libertà positive, è ormai pacificamente riconosciuto che tutti i diritti, compresi quelli che chiedono solo un'astensione da comportamenti che li ledano, hanno un costo. V. C. Amirante, *Diritti fondamentali e diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Diritti di libertà e diritti sociali*, Napoli, Jovene, 1999, p. 233 ss.; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova, CEDAM, 1995. V. anche, a proposito del non antagonismo tra diritti sociali e diritti di libertà, M. Mazzotti di Celso, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. Dir.*, XII, 1964.

²⁹ L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 152. Per una distinzione ancora netta tra obbligo di astensione e obbligo di intervento dello Stato v. P. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, Giapichelli, 1988. V., classicamente, P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984.

³⁰ Secondo l'OMS (*Domestic Water Quantity, Service, Level and Health*, 2003), il quantitativo minimo vitale di acqua al giorno è di 50 litri pro-capite. La proposta di legge italiana S2343 per la riforma del governo e della gestione delle acque, di cui si dirà sotto, recepisce tale stima prevedendo che l'erogazione di una simile quantità sia coperta dalla fiscalità generale.

³¹ S. Romano, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. Orlando (dir.), *Primo trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, Società editrice libraria, 1897.

politica, in senso ampiamente inteso³². Se a tali scarsità, finanziarie o volitive, si aggiungono anche scarsità naturali, intendendo per queste tanto le scarsità fisiche in assoluto quanto quelle legate al mancato progresso nelle capacità di sfruttamento, è evidente come i diritti collegati alle risorse naturali soffrano ancor più la possibile distanza tra dichiarazione e attuazione.

Ribaltando l'ordine logico tradizionale, la possibilità o meno del riconoscimento dell'acqua come diritto sociale dipende, ad avviso di chi scrive, dalla fattibilità degli obblighi di prestazione imposti per garantirlo. Non è dall'astratto riconoscimento dell'acqua come diritto sociale che può ricavarsi la sua praticabilità, ma al contrario è dalla effettiva possibilità di presa in carico della collettività delle garanzie di accesso e uso dell'acqua che si può ragionevolmente sostenere che tale diritto abbia le garanzie sufficienti ad essere considerato non solo un diritto fondamentale, ma anche un diritto sociale.

In questo modo, l'attenzione potrebbe concentrarsi non sulle intenzioni, ma sui risultati: se non ci fossero i mezzi e gli strumenti per considerare il diritto all'acqua anche un diritto sociale, sarebbe più ragionevole focalizzare l'attenzione sull'efficacia degli strumenti necessari a tutelarlo come diritto fondamentale.

Nel seguire l'impostazione classica che vede nel diritto sociale un *quid pluris* dato dall'essere un diritto di prestazione a carico dell'autorità e del bilancio pubblico, dobbiamo quindi chiederci se esso sia realizzabile come tale. Altrimenti, meglio sarebbe ritenerlo un diritto fondamentale e predisporre gli strumenti, legislativi e amministrativi, perché sia tutelato almeno come tale, senza dover ricorrere alle prestazioni pubbliche³³.

In questo secondo caso, si potrebbe dire che l'ordinamento giuridico e le sue istituzioni rispettino il diritto all'acqua non perché prevedono e attuano gli strumenti di redistribuzione della risorsa in un'ottica solidaristica, garantendo direttamente a carico della fiscalità generale il minimo standard di accesso all'acqua, quanto piuttosto perché prevedono gli strumenti attraverso i quali l'accesso all'acqua è una pretesa azionabile da parte di chi lo vede negato. Strumenti che possono elencarsi nei seguenti: sindacato di costituzionalità di leggi che non considerino l'acqua un diritto fondamentale, come ad esempio una legge che non prevedesse l'obbligo di fornitura del servizio idrico, a prescindere da chi ne sia il gestore;

³² Ciò li distingue dai diritti soggettivi. V. P. Caretti, *Diritti fondamentali*, cit.; E. Balboni, *I servizi sociali*, in G. Amato, A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, vol. III, Bologna, Il Mulino, 1997; T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984. V. anche A. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, Il Mulino, 1990. Proprio la distinzione rispetto ai diritti soggettivi ha condotto parte della dottrina, anche risalente, a assimilarli agli interessi legittimi: v. F. Pergolesi, *Appunti su alcuni lineamenti dei 'diritti sociali'*, in *Quaderni della Costituzione*, Milano, 1953; P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 759-760; A. Cariola, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in «Dir. proc. amm.», 1991, p. 200; Piga, *Diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi e tutela giurisdizionale*, in «Giust. civ.», 1, 1980, p. 703.

³³ Una prospettiva diversa, originale e legata, par di capire, in maniera molto interessante al concetto di sussidiarietà è quella di L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in «Giur. Cost.», 2001, p. 873, ripresa da L.R. Perfetti, sotto il principio di sovranità, in *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in «Diritto pubblico», 1, 2013, p. 61 ss. Essa sottolinea il ruolo delle prestazioni rese dai privati per superare la nozione tradizionale di diritti sociali come diritti di prestazione rese dallo Stato. Tuttavia, se così fosse, non avrebbe forse più senso parlare di diritti sociali, cadendo la condizione del dovere di solidarietà a carico della fiscalità collettiva.

azione innanzi al giudice nel caso di atti commissivi o omissivi di impedimento al godimento del bene acqua; predisposizione di istituzioni e istituti di garanzia dell'universalità del servizio idrico, di nuovo a prescindere dalla titolarità della gestione, come ad esempio la previsione di un'autorità garante e del metodo tariffario.

Se, invece, si volessero estendere gli strumenti e le garanzie che ruotano intorno al diritto all'acqua fino a considerarlo un diritto sociale, dovremmo ritenere che più robusto e pervasivo sia il ricorso al soggetto pubblico, non più solo come garante del servizio idrico, ma come diretto responsabile e gestore della sua erogazione.

Come noto dall'esperienza e dalla riflessione dottrina, non è necessario che le prestazioni attinenti alla tutela dei diritti sociali siano esclusivamente fornite dallo Stato, quanto piuttosto che siano garantite da esso, senza togliere con ciò la possibilità che altri, in aggiunta, possano fornirle, eventualmente con il sostegno parziale dei contributi pubblici: si pensi a un ospedale o a una scuola privati. Tuttavia, il caso del servizio idrico, essendo un servizio a rete, sembra distinguersi da queste ipotesi in cui non c'è rivalità e scarsità di infrastrutture necessarie alla fornitura del servizio.

Sullo sfondo di questa distinzione, sta la concezione dell'acqua come bene economico o meno³⁴. La sottrazione dell'acqua alla categoria dei beni economici comporta infatti un regime di circolazione del bene sottratto allo scambio di mercato e quindi necessariamente di pertinenza esclusiva delle istituzioni pubbliche, data anche la caratteristica di servizio a rete. Viceversa, l'inclusione dell'acqua nella categoria dei beni economici, per quanto con alcune peculiarità, rende possibile la distinzione tra gestione, proprietà e controllo del bene.

Nei seguenti paragrafi, si cercherà di esaminare il concetto di acqua come bene economico, non economico e, nell'ambito di questa categoria, come bene comune.

5. L'acqua come bene economico

Il valore dell'acqua, certo, non ha prezzo. Per giunta, poiché la percezione del valore di un bene è inversamente proporzionale alla sua accessibilità e direttamente proporzionale alla sua scarsità, l'attribuzione di un valore economico ad un bene indispensabile a tutti come l'acqua è questione davvero delicata: se l'acqua è un diritto universale, il suo valore economico non dovrebbe dipendere dalla sua accessibilità o scarsità.

Tuttavia, il costo che si sopporta per avere l'acqua non è il corrispettivo pagato per il bene in sé, quanto invece la remunerazione del costo per rendere quel bene fruibile *uti singuli*. Se, d'altro canto, il costo fosse il corrispettivo dell'acqua in quanto utilità di carattere economico, non si spiegherebbe perché gli ordinamenti contemporanei annoverano l'acqua tra le cose incommerciabili, come da tradizione romana³⁵. In altri termini, non è ammessa

³⁴ Non a caso U. Mattei, A. Quarta, in *L'acqua e il suo diritto*, Roma, Ediesse, 2014, insistono sulla necessaria fondazione del concetto di acqua come bene comune perché sia riconosciuto come diritto sociale (a titolarità esclusiva pubblica, con una gestione che preveda processi partecipativi).

³⁵ A partire dal diritto romano. Cfr. Gaio, *Institutiones*, 2, 1 pr. 1: «*Quaedam naturali iure communia sunt omnium [...]* Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens et mare, et per hoc littora

l'ipotesi che un soggetto privato ne abbia l'uso integrale e il godimento esclusivo³⁶. La natura pubblica dell'acqua non comporta, d'altra parte, la disponibilità piena del bene per il soggetto pubblico, ma al contrario sottrae il bene alla libertà d'uso, destinazione e sfruttamento anche dell'autorità pubblica a cui fittiziamente appartiene. L'ordinamento italiano, ad esempio, classifica l'acqua tra i beni demaniali, che sono appunto *extra commercium*. La demanialità dell'acqua deriva, peraltro, dal fatto di essere ritenuta una *res communes omnium*, che non in quanto tale ha un costo, ma in quanto oggetto di un intervento artificiale necessario a rendere la risorsa naturale fruibile e accessibile.

Il fatto che l'acqua non possa essere proprietà di qualcuno non toglie, tuttavia, che possa essere gestita come un bene economicamente rilevante, seppur peculiare. In altri termini, il fatto che l'acqua non sia privatizzabile non esclude, di per sé, la possibilità che la sua gestione sia privata. Titolarità della proprietà e titolarità della gestione sono due momenti e concetti separabili, ed anzi la separazione è dovuta al tentativo di conciliare i due volti dell'acqua: diritto fondamentale dell'uomo, intrinseco alla sua stessa vita, e bene materiale che richiede, per un corretto godimento, una serie di attività economicamente rilevanti e valutabili, a partire dalla distribuzione e dal controllo di qualità. Non avremmo accesso all'acqua, se dovessimo recarci ogni volta alla sorgente di montagna.

Che l'acqua sia un bene vitale tanto da aver mappato l'insediamento degli esseri viventi e che l'uomo, consapevole di ciò, abbia cercato fin dal principio della civilizzazione di governarne la scarsità, sono ovvietà. Prima che fossero beni archeologici, gli acquedotti romani furono straordinarie opere di ingegneria idraulica. Ma ancor più indietro nel tempo, la fertile Mesopotamia era attraversata da acquedotti e pozzi. Da quando l'acqua è stata canalizzata, è divenuta un bene separabile dalla generosità di madre natura, un bene circoscrivibile e controllabile, un bene, in altri termini, economico, intendendo con ciò un bene che, in quanto gestibile, può essere scambiato, conservato, ceduto, consumato all'occorrenza.

L'acqua viene quindi prelevata, conservata e usata a fronte di un riconoscimento economico non al proprietario, ma a chi ne consente la fruizione, sia esso la ditta che imbottiglia, dietro concessione, acqua minerale alla sorgente o il gestore dell'acquedotto del paese.

L'idea di acqua come bene assoggettabile a una valutazione economica è stata resa «principio» dalla Conferenza internazionale su acqua e ambiente di Dublino del 1992, il cui accordo finale prevede, come quarto principio, che «L'acqua ha un valore economico in tutti i suoi usi e deve essere riconosciuta come bene economico». Nel proclamarlo, l'accordo ammette che il mancato riconoscimento del valore economico dell'acqua nel passato ha portato a sprechi e usi dannosi della risorsa per l'ambiente, mentre il trattamento dell'acqua come

maris». Per una ricostruzione dei principi comuni alla tradizione giuridica europea in materia di demanio idrico v. D. Casalini, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino, Giappichelli, 2014, spec. cap. V.

³⁶ Un regime di uso libero si ha per la «raccolta di acque piovane in invasi e cisterne al servizio di fondi agricoli o di singoli edifici» (art. r.d. 1775/1933, come modificato dall'art. 96 del d.lgs. n. 152/2006, recante Codice dell'ambiente).

bene economico è riconosciuto come un modo importante per raggiungere un uso efficiente e equo delle risorse idriche e per incoraggiarne la conservazione e la protezione³⁷.

Oltre a questi aspetti legati alla quantificazione oggettiva dei costi necessari a rendere l'acqua una risorsa effettiva, c'è poi un argomento di «sostenibilità idrica» affrontato già dal Mar del Plata Action Plan del 1977, per cui far corrispondere a questa risorsa un valore economico serve a difenderla dalla errata percezione che sia un bene di poco conto e/o non scarso, con comportamenti sbagliati particolarmente in termini di spreco.

Se si accetta una simile definizione del bene acqua, risulta indifferente la modalità di gestione del servizio che ne consente l'uso e l'accesso: essendo un bene il cui uso può essere sottoposto alle dinamiche di mercato, per quanto 'corretto', ai fini della garanzia del diritto all'acqua è indifferente che il servizio idrico sia direttamente gestito dal soggetto pubblico, titolare fittizio della proprietà dell'acqua, o da soggetti privati. Ciò che conta, è che anche nel caso di una gestione di mercato del servizio idrico vi siano regole per garantire l'accesso universale e il non esaurimento della risorsa, sul cui rispetto vigilano le istituzioni pubbliche. In particolare, esse saranno chiamate a garantire l'accesso dal punto di vista qualitativo, fisico e economico, attraverso attività regolamentari e di controllo che, dopo aver fissato standard quali-quantitativi e tariffari, possano verificarne l'adempimento da parte di chi ha in carico la distribuzione dell'acqua. In questo senso, il diritto all'acqua è senz'altro un diritto fondamentale, che comporta un regime speciale del servizio economico idrico, ma non necessariamente un diritto sociale, che comporterebbe un obbligo di prestazione del servizio a carico di un agente pubblico e della finanza pubblica.

6. L'acqua come bene non economico

Una diversa teoria esclude che l'acqua, in quanto risorsa essenziale alla vita, deve essere annoverata tra i beni aventi un'utilità di carattere economico. Quanti sostengono tale teoria ne deducono che i servizi idrici, ossia l'insieme dei servizi che consentono alle persone di approvvigionarsi di acqua pulita e potabile, non potrebbero rispondere a logiche di mercato, essendo appunto il bene oggetto di questi servizi *extra commercium*.

Mentre la posizione ufficiale degli Stati andava in quest'ultimo senso fino a irrobustirsi con la proposta di una sempre più necessaria collaborazione pubblico-privato per un uso efficiente della risorsa idrica³⁸, a livello globale si è sviluppata un'opinione pubblica completamente alternativa. Essa, sovrapponendo da un lato costo del servizio idrico e prezzo del bene, e dall'altro proprietà e gestione, ritiene che l'acqua, in quanto risorsa irripetibile e vitale, non possa essere oggetto di valutazione e di scambio economici. Ne sono esempi i Forum

³⁷ Conferenza internazionale delle Nazioni Unite su acqua e ambiente, *The Dublin Statement of Water and Sustainable Development*, 31 gennaio 1992.

³⁸ Cfr. Terzo forum mondiale sull'Acqua di Kyoto. Cfr. anche, a livello europeo, la direttiva quadro sulle acque n. 2000/60/CE, che, affermando che «l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri», ammette implicitamente che è comunque un bene economico, per quanto non assimilabile ai beni ordinari.

alternativi sull'acqua, organizzati dal Comitato internazionale per il contratto mondiale dell'acqua.

Un'iniziativa molto concreta che ha preso le mosse proprio dal tentativo di sottrazione dell'acqua «alle logiche di mercato» è *Right2Water*, la prima iniziativa legislativa dei cittadini europei avanzata ai sensi dell'art. 24 TFUE. Con essa, 1,6 milioni di europei hanno chiesto alla Commissione di «proporre una normativa che sancisca il diritto umano universale all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari in quanto servizi pubblici fondamentali per tutti», chiedendo altresì che «l'approvvigionamento in acqua potabile e la gestione delle risorse idriche non siano soggetti alle 'logiche del mercato interno' e che i servizi idrici siano esclusi da qualsiasi forma di liberalizzazione».

La teoria più compiuta che si avvicina a questa concettualizzazione è quella dell'acqua come bene comune, e non a caso la proposta di iniziativa legislativa dei cittadini europei era rubricata «L'acqua è un bene comune, non una merce!».

7. L'acqua come bene comune

La riconduzione della gestione dell'acqua a una questione (anche) economica ha, come detto, attivato una vasta rete di intellettuali e movimenti sociali che vi vedono tanto il tradimento del concetto di diritto universale e fondamentale all'acqua, e quindi irriducibile al e inconciliabile con la logica di mercato, quanto una minaccia alla garanzia di accesso alle risorse idriche che prescinda dalle disponibilità economiche. Tale movimento di opinione pubblica, variamente esteso in tutto il mondo, ritiene l'acqua uno dei beni comuni: un elemento naturale e essenziale alla vita, aperto all'accesso ma scarso, che occorre dunque preservare dai rischi di esclusione, esaurimento o deterioramento³⁹. Una gestione decentralizzata e una proprietà democratica che la sottragga alle «burocrazie dominanti», come le chiama Vandana Shiva, sarebbe quindi l'unico modo di rendere l'uso di tale bene efficiente, sostenibile e equo⁴⁰.

La teoria dei beni comuni ha avuto un padre e una madre.

Il padre, Garrett Hardin, con un fortunato articolo sulla tragedia dei beni comuni⁴¹ aveva ipotizzato che una regolamentazione coercitiva dovesse essere il rimedio utile a controllare l'uso individuale di risorse scarse ad accesso aperto. La sua preoccupazione è che, in un mondo di risorse scarse, i beni ad accesso aperto e uso comune finirebbero per esaurirsi se non ci fosse una regolamentazione socialmente accettata che ne limiti, appunto, accesso e uso.

³⁹ V. il *Manifesto mondiale dell'acqua* redatto a Lisbona nel 1998 dal Comitato internazionale per il contratto mondiale sull'acqua, secondo cui, poiché l'acqua è fonte di vita e bene comune dell'umanità, essa è un diritto umano e sociale che deve essere garantito tramite una proprietà e una gestione pubblici, a carico della collettività.

⁴⁰ V. Shiva, *Water wars: Privatization, Pollution and Profit*, South End Press, Cambridge, 2002, p. 123. V., nel dibattito italiano, U. Mattei, A. Quarta, *L'acqua e il suo diritto*, cit., 2014.

⁴¹ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, «Science», vol. 162, 3859, 1968, p. 1243 ss.

La madre, Elinor Ostrom, ha invece offerto un modello prescrittivo per certi aspetti più specifico, riconoscendo che i beni comuni possano essere sottoposti a una gestione comunitaria di coloro che ne usufruiscono e proponendo un modello di autogoverno alternativo a quello pubblico. In altri termini, tra una gestione pubblica e una privata, i beni comuni dovrebbero essere sottoposti a una gestione comune⁴².

Nella nostra tradizione giuridica, non esistono beni senza titolo di proprietà. Tutti i beni sono riconducibili a una titolarità: privata, pubblica o collettiva. All'interno di queste categorie, i beni sono ulteriormente suddivisibili in diverse tipologie. I beni privati, ordinariamente, sono quelli di cui sono ammessi il godimento e la disposizione in modo pieno ed esclusivo, ma vi sono anche beni privati che, per le loro caratteristiche intrinseche o estrinseche, sono sottoposti a vincoli di vario tipo. Vincoli che corrispondono a pretese altrui, come per esempio una servitù di passaggio in un terreno, o vincoli di destinazione d'uso, come può capitare a beni di natura culturale⁴³.

Anche i beni pubblici sono di vario tipo. Ci sono quelli che hanno un regime simile ai beni privati, per cui l'autorità pubblica che ne è titolare può disporre l'uso e anche dismetterli, e ci sono quelli che, per la loro particolare natura, sono indisponibili alla stessa pubblica autorità che li detiene. Ci sono infine beni rispetto ai quali, a prescindere da una proprietà pubblica o privata e/o collettiva, si garantisce l'uso comune. Si pensi ai *common lands* inglesi, ad esempio, i quali, spesso evocati come esempio di beni comuni, sono in realtà beni di privati o enti denominati *partition units*, o i masi chiusi delle zone alpine orientali e gli usi civici di tradizione preromana⁴⁴.

Seguendo invece le teorie di Hardin e di Ostrom, i contemporanei sostenitori dei beni comuni deducono che questi siano una categoria distinta e peculiare rispetto ai beni privati e pubblici.

Il punto della tesi di Hardin non è, in realtà, tanto la titolarità del diritto di proprietà, quanto la necessità che tali beni siano sottoposti a limiti e regolazioni che ne disciplinino l'uso, evitando che l'accesso aperto si risolva in una estinzione della risorsa. Dal punto di vista giuridico, sembra lecito chiedersi se occorra concettualizzare una terza categoria di beni, rispetto ai titoli di proprietà, per raggiungere questo risultato, dal momento che i diritti di proprietà non sono praticamente mai assoluti, tanto che gli Stati non riconoscono la proprietà privata come un diritto inviolabile.

Più originale sembra invece, in quest'ottica, la tesi di Ostrom, secondo cui le caratteristiche dei beni comuni dovrebbero far propendere per una gestione che, al di là dei titoli di proprietà, sia aperta a soluzioni istituzionali variegata e complesse, che di volta in volta prevedano regole di uso e gestione fondate su fasci di diritti capaci di garantire il libero accesso e la fruizione, evitando al tempo stesso l'esaurimento o il deterioramento del bene. È proprio

⁴² E. Ostrom, *Governing the Commons: The evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

⁴³ Anche laddove privato come appartenenza, si è detto che il bene culturale è pubblico quanto a fruizione: M.S. Giannini, *I beni culturali*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1976, p. 3 ss.

⁴⁴ Si tratta del concetto di proprietà collettiva: P. Rescigno, *Proprietà* (voce), *Enc. dir.*, vol. XXXVII, 1987.

la gestione, anzi, piuttosto che la titolarità dei diritti di proprietà, a fare la differenza: una gestione che, nel rispetto del diritto di accesso, deve dimostrarsi non escludente, partecipata e sottratta tanto al monopolio capitalistico quanto al monopolio pubblico.

Le più recenti teorie dei beni comuni hanno ricondotto alla tesi di Ostrom il suggerimento di forme istituzionali di gestione di tipo comunitario e cooperativo. Il profitto, in termini - sia consentito - grezzi, deve lasciar spazio alla democrazia, di fronte a beni di cotale importanza.

Collegare l'acqua alla democrazia è un tentativo interessante, ma originale e necessitante una terza forma di gestione e titolarità del bene solo nel caso in cui si ritenga possibile una gestione autenticamente comunitaria del bene comune. Una gestione, cioè, che non si limiti a replicare il carattere collettivo nella finzione giuridica della partecipazione di un rappresentante delle autorità di bacino nei consigli di amministrazione delle società che gestiscono il servizio idrico, o in quella delle consultazioni pubbliche della comunità locale. Se si riducesse a questo, tale gestione ricadrebbe in quella pubblica, per sua definizione rappresentativa del bene comune in senso tomistico, come interesse della collettività. Quello che sembra chiaro, è che la teoria dei beni comuni va nel senso di ritenere inconciliabile il diritto all'acqua e la nozione di acqua come bene economico: poiché l'acqua è una risorsa imprescindibile per la vita, essa non è mercificabile e, di conseguenza, va rinnegata ogni ipotesi di gestione privata delle risorse idriche. Si sovrappongono, in sostanza, l'acqua come risorsa vitale il cui accesso è un diritto fondamentale e le modalità per garantire tale accesso.

8. L'acqua nell'ordinamento italiano

Come visto, è recente la concettualizzazione di un diritto all'acqua, e sono relativamente poche e giovani le costituzioni che espressamente lo riconoscono. Tra queste, non figura quella italiana. Ciò non esclude, tuttavia, che possa accreditarsi la tesi secondo cui il diritto all'acqua è anche nel nostro sistema giuridico un diritto fondamentale in quanto implicito nel riconoscimento di altri diritti.

Anche senza dover necessariamente aderire alla tesi, peraltro accolta con riferimento a fattispecie specifiche anche dalla giurisprudenza costituzionale,⁴⁵ della clausola aperta dell'art. 2 Cost.⁴⁶ e quindi ricondurre in quella sede, insieme al diritto alla vita, quello all'elemento che la rende possibile, sarebbe sufficiente probabilmente ricavare il diritto all'acqua come strumentale all'esercizio di un diritto espressamente riconosciuto in Costituzione, anzi dell'unico diritto riconosciuto testualmente come fondamentale, ossia il diritto alla

⁴⁵ Diritto a decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione: corte cost. n. 38/1973; diritto alla libertà sessuale: n. 561/1987, diritto all'abitazione: n. 404/1988; diritto ad abbandonare il proprio paese: n. 278/1992.

⁴⁶ Come noto, sostenuta a partire da A. Barbera, *Commento all'art. 2*, in G. Branca (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1975, poi A. Pizzorusso, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1997, p. 213, rispetto a A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, CEDAM, 1983, p. 21 ss., P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., e, da ultimo, Caretti, cit., p. 139.

salute, di cui all'art. 32. Interessante, in tal senso, una pronuncia della Corte di giustizia europea che 'anticipa' la riconducibilità dell'accesso all'acqua potabile al concetto di salute. In una questione di bilanciamento della tutela dell'ambiente, in particolare la conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e fauna selvatiche di cui alla direttiva 92/43/CEE, con le esigenze di approvvigionamento idrico e le necessarie opere di deviazione delle acque, la Corte si è espressa sostenendo che «Qualora un progetto siffatto pregiudichi l'integrità di un sito di importanza comunitaria ospitante un tipo di habitat naturale e/o una specie prioritaria, la sua realizzazione può, in linea di principio, essere giustificata da motivi connessi all'approvvigionamento di acqua potabile. In determinate circostanze, essa potrebbe essere giustificata a titolo delle conseguenze positive di primaria importanza che l'irrigazione ha per l'ambiente. Per contro, l'irrigazione non può, in linea di principio, rientrare tra le considerazioni correlate alla salute delle persone e alla sicurezza pubblica, giustificanti la realizzazione di un progetto siffatto»⁴⁷. Parimenti interessante, come si vedrà a breve, il collegamento che fa la nostra Corte costituzionale tra il regime giuridico speciale dell'acqua e l'integrità del patrimonio ambientale, collegando quindi il primo implicitamente sempre all'art. 32.

Aiutano a inquadrare l'accesso all'acqua come diritto umano fondamentale, in quanto l'acqua è una risorsa essenziale per la vita, le dichiarazioni sottoscritte da organismi internazionali e sovranazionali di cui l'Italia è partecipe⁴⁸.

Di certo, l'acqua è riconosciuta come una risorsa fondamentale, sia dal legislatore che dal giudice delle leggi.

La Corte costituzionale, infatti, ha avuto modo di confermare che l'uso dell'acqua e la gestione del servizio idrico sono suscettibili di un regime giuridico peculiare volto a garantire il soddisfacimento di un bisogno di un bene scarso e fondamentale, ma non ha formalizzato il diritto all'acqua né, tantomeno, ha identificato tale regime con la sottrazione dell'acqua alla circolazione dei beni economici.

Anzi, essa ha di recente affermato⁴⁹, dichiarando l'incostituzionalità delle proroghe delle concessioni termominerali scadute o in scadenza concesse dalla regione Campania con legge n. 16/2014, che il divieto di proroghe automatiche e l'imposizione di procedure ad evidenza pubblica rappresentano una precisa scelta del legislatore di favorire l'ingresso nel mercato di altri operatori economici laddove l'attività debba essere contingentata a causa della scarsità delle risorse naturali.

Sembra che la Corte costituzionale confermi la legittimità dell'approccio neutrale del legislatore statale, il quale ha posto più attenzione alla titolarità del bene acqua e alla defini-

⁴⁷ Causa C-43/10, *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias e altri contro Ypourgos Perivallontos, Chorotaxias kai Dimosion ergon e altri*. Sottolinea che la sentenza parla di approvvigionamento e non di diritto all'acqua S. De Vido, *Tutela della biodiversità e rispetto dei diritti umani. Le sentenze CGUE nei casi Cascina Tre Pini e deviazione del fiume Acheloo*, in «Riv. giur. amb.», 6, 2014, p. 803 ss.

⁴⁸ Oltre alla risoluzione n. 64/292 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, v. la risoluzione n. 1693/2009 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

⁴⁹ Corte cost. n. 117/2015.

zione e al controllo di standard minimi di accesso fisico e economico, che non alla titolarità della gestione del servizio idrico.

Formalmente, l'acqua non è infatti nel nostro ordinamento un diritto riconosciuto, ma una risorsa fondamentale che, in quanto tale, è sottratta dalla legislazione ordinaria alla circolazione comune dei diritti di proprietà e soggetta alla titolarità pubblica.

È qui che origina il regime legislativo speciale per l'acqua. «I criteri discretivi delle acque pubbliche e private hanno subito, sotto il profilo storico, dallo scorso secolo (e non solo in Italia), una evoluzione progressiva con caratterizzazione in crescendo dell'interesse pubblico, correlata all'aumento dei fabbisogni, alla limitatezza delle disponibilità e ai rischi concreti di penuria per i diversi usi (residenziali, industriali, agricoli), la cui preminenza è venuta nel tempo ad assumere connotati diversi. Nello stesso tempo [...] l'attenzione si è soffermata sull'acqua (bene primario della vita dell'uomo), configurata quale 'risorsa' da salvaguardare, sui rischi da inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale». Pertanto, «la pubblicità di un'acqua, intesa come risorsa suscettibile di uso previsto e consentito, si basa su un interesse generale ritenuto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie di uso dell'acqua - siffatta dichiarazione di pubblicità delle acque si risolve in un limite della proprietà dovuta alla intrinseca e mutata rilevanza della risorsa idrica, rispondente alla sua natura, come scelta non irragionevole operata dal legislatore e come modo di attuazione e salvaguardia di uno dei valori fondamentali dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale»⁵⁰.

Il titolo di proprietà, come noto, individua un fascio di posizioni giuridiche sul bene che si compone variamente, sia nella disponibilità, sia nell'uso e nel godimento del bene.

Nell'ordinamento italiano, la proprietà, dice la Costituzione, è pubblica o privata. La prima non è un diritto assoluto, ma un diritto economico, limitato dalla sua funzione sociale. Beni privati, quindi, possono essere vincolati sia nella disponibilità che nel godimento. I beni pubblici, invece, possono essere individuati o in base al soggetto pubblico a cui appartengono o in base alla loro differenza di regime rispetto ai beni privati. Ci sono beni pubblici 'simili', nel fascio di facoltà che determinano in capo all'autorità pubblica che ne dispone, ai beni privati. Si pensi a un edificio pubblico sede di un ufficio pubblico. Ci sono poi beni pubblici che sono indisponibili alla stessa autorità pubblica. È il caso del demanio e del patrimonio indisponibile. Proprio i beni demaniali sono stati distinti da uno dei più autorevoli padri del diritto amministrativo italiano - Massimo Severo Giannini⁵¹ - come beni originariamente di proprietà collettiva, di cui ogni membro della comunità poteva fare uso, per essere poi attribuiti allo Stato o agli enti territoriali, lasciando ai consociati un diritto reale parziario di uso.

L'elenco di tali beni è, nel diritto positivo italiano, contenuto nel codice civile, che riconosce le acque pubbliche come bene demaniale e le acque minerali e termali come patrimo-

⁵⁰ Corte cost. n. 259/1996. V. anche Corte cost. n. 419/1996.

⁵¹ M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni Editore, 1963.

nio indisponibile. La legislazione vigente in materia ambientale ribadisce che tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato (art. 144, c. 1, d.lgs. n. 152/2006). L'acqua come risorsa, dunque, è un bene pubblico, mentre le infrastrutture per la raccolta e la distribuzione sono considerate parte del demanio se di proprietà pubblica. Ciò non impedisce, in linea teorica, che la gestione del servizio idrico possa essere affidata a operatori di mercato, fermo restando il controllo pubblico e nei limiti di operatività che garantiscano l'accesso all'acqua.

L'acqua, dunque, è un bene che appartiene funzionalmente al potere pubblico, nella pretesa che tale appartenenza garantisca il godimento collettivo. Se si vuole, è un bene comune in quanto la sua utilità è e deve essere comune, e il regime proprietario pubblico serve proprio a garantire funzione e utilità comuni.

Non basta, tuttavia, la sottrazione del bene acqua alla proprietà privata per garantire l'accesso in termini qualitativi, quantitativi ed economici alla risorsa.

Come riconosce la stessa Corte costituzionale, «L'aumento dei fabbisogni derivanti dai nuovi insediamenti abitativi e dalle crescenti utilizzazioni residenziali anche a seguito delle tecnologie introdotte nell'ambito domestico, accompagnato da un incremento degli usi agricoli produttivi e di altri usi, ha indotto il legislatore (legge 5 gennaio 1994, n. 36), di fronte a rischi notevoli per l'equilibrio del bilancio idrico, ad adottare una serie di misure di tutela e di priorità dell'uso delle acque intese come risorse, con criteri di utilizzazione e di reimpiego indirizzati al risparmio, all'equilibrio e al rinnovo delle risorse medesime. Di qui la esigenza avvertita dallo stesso legislatore di un maggiore intervento pubblico concentrato sull'intero settore dell'uso delle acque, sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli, collegato ad una iniziale dichiarazione di principio, generale e programmatica (art. 1, comma 1, della legge n. 36 del 1994), di pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee, indipendentemente dalla estrazione dal sottosuolo»⁵².

La legge n. 36/1994, dunque, mentre rendeva esclusivamente pubblica la proprietà di tutte le acque superficiali e sotterranee, accentuava «lo spostamento del baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà»⁵³. A tale spostamento ha fatto seguito la predisposizione del sistema di tariffazione del servizio idrico di cui al decreto legislativo n. 152/2006, ora ampiamente modificato dal decreto legge n. 133/2014 anche a seguito del referendum del 2011, di cui si dirà nel prossimo paragrafo.

Attualmente, l'organizzazione del servizio idrico integrato si basa sugli ambiti territoriali ottimali (ATO), definiti dalle regioni, le quali individuano anche con legge un ente di governo dell'ATO, di cui fanno parte obbligatoriamente anche i comuni del territorio d'ambito⁵⁴. Gli enti di gestione hanno il compito principale di provvedere alla predisposizione e all'aggiornamento del piano d'ambito, che è lo strumento programmatico principale che uni-

⁵² Corte cost. n. 259/1996.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Naturalmente, la legislazione in materia acqua è di competenza del legislatore statale all'interno di quella ambientale.

sce il piano degli interventi infrastrutturali a quello finanziario. Quanto alla gestione, è l'ente di governo dell'ATO che, nel rispetto del piano d'ambito e dei principi informatori del servizio (unità del bacino idrografico, unicità della gestione e adeguatezza delle dimensioni gestionali) delibera la forma di gestione tra quelle ammissibili, tenendo conto anche della legislazione europea in materia di appalti e concessioni. Il decreto del 2006, come modificato nel 2014, prevede ora che l'affidamento diretto può avvenire con procedura di gara o *in house* a favore di società interamente pubbliche, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ATO. I rapporti tra l'ente di governo dell'ATO e il gestore sono stabiliti da convenzioni stipulate sulla base di convenzioni-tipo formulate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, a cui il decreto legge n. 210/2011 ha affidato compiti di regolazione e controllo sull'intero settore. Tali convenzioni servono in particolare a disciplinare il regime giuridico prescelto, la durata dell'affidamento per un massimo di 30 anni, le opere da realizzare, la concessione d'uso gratuito delle infrastrutture idriche. Quanto, infine, alla tariffazione, il metodo viene stabilito dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, secondo i principi previsti dalla legge.

Dal referendum del 2011, una serie di proposte di legge si è susseguita in Parlamento per recepire la volontà referendaria. La proposta più avanzata è stata approvata nel mese di aprile alla Camera ed è in discussione ora al Senato.⁵⁵ Dando seguito, almeno apparentemente, all'esito referendario, la proposta approvata alla Camera prevede la trasformazione delle società a capitale misto pubblico-privato in società a capitale pubblico e la necessità che, in caso di affidamento a società a capitale interamente pubblico, esse si trasformino in enti di diritto pubblico. Non vieta, tuttavia, l'affidamento a società private. Di diretta derivazione referendaria sono le disposizioni della proposta che attribuiscono agli enti locali il compito di adottare, in base a norme regionali di indirizzo, forme di democrazia partecipativa.

9. Il referendum italiano «sull'acqua»

Il nostro sistema giuridico riconosce la demanialità delle acque come prima garanzia di un uso non esclusivo e escludente, a cui si affianca il controllo pubblico della complessa gestione dei servizi idrici regolato dalla legge statale in virtù della competenza in materia ambientale e finalizzato a garantire un accesso in termini quantitativi, qualitativi e economici.

Tale regime speciale non è sembrato tuttavia sufficiente a garantire l'uso della risorsa a tutti: nel 2011, un referendum 'sull'acqua' è suonato come una attestazione di sfiducia verso un sistema di gestione del servizio idrico integrato che, stante la titolarità pubblica dell'acqua e il controllo pubblico della gestione del servizio idrico volto a garantire l'accesso universale alla risorsa, consentiva comunque la possibilità di una gestione privata e concorrenziale di tale servizio.

⁵⁵ C2212, approvato il 20 aprile 2016, ora S2343.

Le origini del referendum risalgono proprio al recepimento della teoria dei beni comuni nel nostro dibattito politico e culturale⁵⁶.

Tale teoria, invero, si è tentato anche di codificarla, quando la Commissione sui beni pubblici istituita con decreto del ministro della giustizia del 14 giugno 2007, meglio nota come Commissione Rodotà dal nome del suo presidente, propose la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. La proposta di legge prevedeva l'inserimento nel codice civile della categoria dei beni comuni, accanto a quelli pubblici e privati, definendoli come «le cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». Una definizione piuttosto vaga, nella quale, se così solo fosse, potrebbero rientrare forse i giornali, per l'esercizio del diritto di informazione, le medicine, per quello alla salute, e così via. D'altro canto, l'articolato non proponeva di distinguere i beni comuni dalle altre due categorie di beni in base alla titolarità della proprietà, prevedendo che titolari potessero esserne, d'accordo con le teorie di Ostrom, sia le persone giuridiche pubbliche che i privati. Quello che li doveva contraddistinguere era la garanzia circa il loro godimento collettivo, limitando ad esempio la possibilità di concessione ai privati. Tuttavia, accanto a una nozione appiattita sulla categoria dei diritti fondamentali, la proposta effettuava un elenco, per quanto non tassativo, dei beni comuni, comprendendovi «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». Un elenco, quindi, da un lato molto variegato, ricomprendendo sia beni naturali che beni culturali, dall'altro limitato - rispetto alla definizione appena data di beni comuni - a quei beni la cui esistenza e/o abbondanza può essere compromessa da una preferenza temporale di breve termine della popolazione. Non a caso, la proposta prevedeva che i beni comuni dovessero essere tutelati «anche a beneficio delle generazioni future»⁵⁷.

I beni comuni parrebbero pertanto contraddistinti, in questa proposta, da una non escludibilità di accesso e dunque di godimento non solo per la popolazione attuale, ma anche per le generazioni future, a prescindere, in linea di principio, dal diritto di disposizione e dalle modalità di gestione.

⁵⁶ A partire da S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, Il Mulino, 1981; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Laterza, 2011; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Bari, Laterza, 2013; M.R. Marella (cur.), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre corte, 2012; F. Marinelli, *Beni comuni*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, 2014; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in «Politica del diritto», 1, 2014, p. 3 ss.; A. Ciervo, *I beni comuni*, Roma, Ediesse, 2012. Con specifico riferimento all'acqua, v. U. Mattei, A. Quarta, *L'acqua e i suoi diritti*, cit.

⁵⁷ Per commenti alla proposta, v. A. Lucarelli, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile. Un'occasione perduta?*, in S. Rodotà, U. Mattei, E. Reviglio (cur.), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, Scienze e lettere editore, 2010; P. Perlingieri, *Normazione per principi: riflessioni intorno alla proposta della Commissione sui beni pubblici*, in «Rass. dir. civ.», 4, 2009.

La proposta si è arenata, ma la teorizzazione dell'acqua come bene comune da cui essa prendeva le mosse è andata avanti fino al compimento del referendum abrogativo delle norme sui servizi pubblici locali tenutosi nel 2011.

All'origine del referendum sta la sovrapposizione dei concetti di proprietà e gestione dell'acqua, che non è tipica solo del dibattito italiano, se anche nell'ultima enciclica *Laudato Si'* si legge che «in alcuni luoghi avanza la tendenza a privatizzare questa risorsa scarsa». In realtà, non è l'acqua che si tende a privatizzare, ma - al più - la sua gestione⁵⁸. Anche in Italia, nessuna norma di legge aveva reso l'acqua privata, al punto da doverne chiedere l'abrogazione perché tornasse pubblica, come ha voluto la propaganda referendaria.

I beni del demanio e del patrimonio indisponibile, tra cui l'acqua, sono già, per definizione, sottratti al diritto di disposizione del soggetto a cui appartengono, soddisfacendo così il concetto di *res communis omnium*. La finzione giuridica che li ha collocati, formalmente, tra le appartenenze dell'autorità pubblica serve soltanto a evitare la vaghezza di una proprietà collettiva a un soggetto, la comunità, che nello spazio e nel tempo cambia e resta indefinibile. Ciò non toglie che rispetto ad essi - riprendendo una metafora di Ugo Mattei⁵⁹ - l'autorità pubblica si comporti già come il maggiordomo con l'argenteria di casa dei suoi padroni, senza bisogno che, sul punto, il codice civile debba essere modificato. Infatti, «la 'demanialità' esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche e rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione»⁶⁰.

Guardando al referendum italiano, vi sono in realtà due categorie di effetti distinti e diversi rispetto a quello di una gestione 'comunE' dell'acqua 'bene comunE'. Una sul piano strettamente giuridico, come ad esempio l'estensione, nella bozza Rodotà, della tutela inibitoria in capo ai singoli, l'altra sul piano culturale, al fine di sensibilizzare gli individui a trattare le cose di tutti come fossero la loro argenteria, per riprendere la metafora, e a considerare l'acqua un bene che 'non ha prezzo'. Vediamoli più nel dettaglio.

⁵⁸ Si veda, per una comprensione della legislazione oggetto del referendum, S. Marotta, *La depubblicizzazione dei servizi idrici. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in «Munus», 1, 2011, p. 157 ss.

⁵⁹ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Laterza, 2011.

⁶⁰ Cass. sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665. Tale sentenza presenta profili di originalità laddove supera il dato positivisticamente della classificazione legislativa della titolarità di un bene, per ritenere che, «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolare modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistica e della proprietà codicistica, 'comune vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini'. Ebbene, pur in tale originalità, la sentenza conferma la natura funzionale della proprietà pubblica, «con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di beneficio per la collettività».

10. Gli effetti del referendum sull'acqua

Volendo assumere come praticabile e effettiva la distinzione tra beni comuni e beni pubblici - sia sotto il profilo dell'appartenenza che della gestione - gli effetti sul piano giuridico auspicati dai promotori del referendum potrebbero comunque essere introdotti nell'ordinamento, laddove già non lo fossero, senza perciò introdurre una categoria di beni di incerta definizione, per i motivi sopra detti⁶¹. La stessa strumentalizzazione dei beni comuni al soddisfacimento di diritti fondamentali è operazione che può essere condotta di volta in volta tanto dal legislatore quanto, sul piano interpretativo, dagli organi giurisdizionali, riconoscendo, se lo si voglia, limiti e vincoli alla disponibilità e alla fruizione di determinati beni in quanto aperti e rivali, anche nei confronti delle generazioni future. Non mancherebbero, pure sul piano costituzionale, appigli in tal senso, dall'art. 9 sul paesaggio all'art. 32 sulla salute (e l'ambiente), come già riconosciuto dalla Corte costituzionale.

Tuttavia, è la distinzione tra beni comuni e beni pubblici che a fatica si può prendere sul serio. Il caso dell'acqua, in Italia, è proprio il caso emblematico.

Nel suo *Manifesto per i beni comuni*, Ugo Mattei rileva l'inconciliabilità tra i beni comuni e le privatizzazioni in quanto esproprio, pro quota, della titolarità condivisa del bene. Formalisticamente, il ragionamento sembra ineccepibile: se lo Stato non è proprietario dei beni, in quanto essi sono comuni, non può lo Stato disporre la privatizzazione. Tuttavia, sorgono tre considerazioni: in primo luogo, come si è visto, la demanialità del bene lo rende indisponibile allo Stato già ora, anche ammesso che ciò che vorrebbe privatizzare sia il bene acqua; in secondo luogo, ciò che eventualmente si privatizza non è il bene, ma la sua gestione, consentendo cioè che il bene, che resta demaniale, sia gestito da società anche private con una copertura dei costi non necessariamente a carico della fiscalità generale; in terzo luogo, l'alternativa fornita dalla teoria dei beni comuni appare poco originale: se idealmente i beni comuni appartengono alla comunità e lo Stato ne è il gestore fiduciario, nella pratica questo non può che implicare un ritorno alla gestione pubblica, quale detentrica, sempre idealmente, dell'interesse comune, essendo impraticabile una gestione autenticamente collettiva, come insegnano Buchanan e Tullock⁶².

Il referendum italiano sull'acqua del 2011, che ha «radicalizza[to] e ideologizza[to] la questione»⁶³, conferma questa supposizione. Si è trattato di una delle vicende politiche più sentite dall'opinione pubblica negli ultimi tempi, la cui campagna non è stata improvvisata, ma ha rappresentato l'ultima tappa di un più vasto e capillare movimento sociale e culturale che, in parallelo a movimenti simili di altri paesi occidentali, ha utilizzato lo slogan dell'acqua come bene comune per ottenere non un risultato alla Ostrom, ma, più radicalmente, la ripubblicizzazione della gestione del servizio idrico.

⁶¹ Per un'analisi giuspubblicistica dei beni comuni, v. C. Martinelli, *Beni comuni e diritto pubblico*, in E. Somaini (cur.), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Torino, IBL Libri, 2015.

⁶² J. M. Buchanan, G.C. Tullock, *The calculus of consent*, Indianapolis, Liberty Fund, 1958.

⁶³ T.E. Frosini, *La lotta per i diritti*, Esi, Napoli, 2011, p. 223.

Anticipata dalla pubblicistica appena citata e da un lavoro di costruzione di una rete associativa a partire dal Forum sociale europeo di Firenze del 2002, la campagna referendaria si è giocata interamente su una duplice sovrapposizione di concetti: quella tra comune e pubblico, e quella tra risorsa e gestione della risorsa. Una sovrapposizione già insita nelle intenzioni del Forum italiano dei movimenti per l'acqua, secondo cui l'abrogazione referendaria «comporterebbe uno stop all'obbligo di cedere ai privati la gestione del servizio idrico integrato e contemporaneamente farebbe venire meno l'interesse da parte dei privati a intervenire in questo settore stante l'impossibilità di trarne profitto». Certo i promotori prospettano «un nuovo modello di pubblico», basato sulla «democrazia partecipativa, il controllo democratico e la partecipazione diretta dei lavoratori, dei cittadini e delle comunità locali»⁶⁴, ma al di là delle parole e delle intenzioni l'effetto del referendum sarebbe stato l'obbligo di ripubblicizzazione della gestione del servizio idrico integrato, dopo il tentativo di lasciare ai singoli enti territoriali la scelta di affidarlo con procedure ad evidenza pubblica, scelta questa che riceveva una decisa preferenza del legislatore, o di mantenerlo *in house*.

Alternando senza distinzione i concetti di acqua bene comune e acqua pubblica, la campagna referendaria avrebbe portato non già alla giuridificazione delle teorie di Ostrom o Hardin, quanto alla ripubblicizzazione di tutti i servizi pubblici locali. Il referendum per «l'acqua pubblica», infatti, insisteva su una disposizione che prediligeva l'affidamento dei servizi pubblici locali tramite procedure ad evidenza pubblica, e quindi la possibilità di una loro gestione privata⁶⁵. Ma al di là di questo dato, la sovrapposizione che emerge chiara ripercorrendo i dibattiti intorno al referendum e i suoi esiti è precisamente quella tra l'aggettivo comune e l'aggettivo pubblica. Il valore dell'acqua come bene comune sarebbe servito, di fatto e di diritto, non a spingere per una gestione comune, dacché non esiste, ma ad evitare la procedura ad evidenza pubblica per la gestione dell'acqua e, nelle intenzioni dei promotori, a consentire il ritorno a una gestione pubblica del servizio idrico (e non solo di esso, ma questo è, lo si è appena detto, un altro discorso), arricchita di qualche espressione come partecipazione, solidarietà, democrazia partecipativa⁶⁶. La nuova organizzazione e configurazione della società pubblica di gestione del servizio idrico di Napoli, voluta all'indomani del referendum dall'allora assessore ai beni comuni Lucarelli, sembra esserne un esempio paradigmatico: la precedente Spa pubblica è stata trasformata in un'azienda pubblica, il cui elemento partecipativo risiede in due componenti scelti tra le associazioni ambientaliste. In compenso, l'azienda dovrebbe preoccuparsi di modulare le tariffe su criteri di reddito e di

⁶⁴ Cfr. l'auspicio per «politiche pubbliche locali in grado di interpretare, a tutela dei soggetti più deboli e indifesi, la trasformazione dello Stato sociale»: A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Bari, 2013.

⁶⁵ Come noto ora ma meno all'epoca del referendum, la campagna referendaria scriveva «acqua» ma si doveva leggere «servizi pubblici locali», con un'alterazione circa la portata degli effetti del referendum sugli altri servizi pubblici locali che è venuta bene a galla con la sentenza della Corte cost. n. 199/2012: sia consentito il rinvio a S. Sileoni, *Referendum sull'acqua: la verità viene a galla*, IBL Focus n. 215, 29 settembre 2012.

⁶⁶ Cfr. A. Somma, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2011, p. 461 ss., secondo cui «si conferma a questo punto l'opportunità di concepire la democrazia economica come democrazia partecipativa piuttosto che deliberativa, quindi di pensare a modalità di gestione dei beni comuni che mirino a creare condizioni di parità sostanziale tra gli interessi coinvolti» (p. 493).

usare gli utili solo per migliorare le infrastrutture, ma dal 2007 al 2014 le tariffe sono cresciute del 20%, e la dispersione è aumentata del 11%⁶⁷.

Al di là degli effetti giuridici, si è detto già come il referendum sull'acqua abbia avuto il merito di essere stata una straordinaria campagna culturale, i cui effetti si sono propagati anche all'estero⁶⁸. Un sondaggio Demos svolto nel luglio 2011, subito dopo il referendum, mostrava che nel linguaggio degli italiani la parola individualismo fosse tra quelle impopolari, mentre bene comune fosse una espressione di successo⁶⁹. Ma si è detto anche come, in concreto, dietro i tentativi di una categoria normativa nuova come quella del bene comune si insidino le difficoltà di superare l'antico dissidio pubblico/privato. Resta rilevante, tuttavia, il ruolo simbolico delle parole, compreso il richiamo ai concetti di una democrazia partecipativa necessaria a preservare per le generazioni attuali e future l'accesso e il godimento di beni essenziali alla vita, come l'acqua. Sullo sfondo dell'idea dell'acqua come bene comune c'è infatti il rifiuto della possibilità di dare a tale elemento una qualificazione e quantificazione economica, sia per un motivo, per così dire, ideologico (l'inestimabilità del bene e quindi la sottrazione dello stesso alle logiche di mercato) sia per il timore che la mercificazione dell'acqua lasci al margine chi non possa permettersi lo scambio economico. In breve: se privatizzata, la (gestione dell') acqua renderà i poveri sempre più poveri e assetati.

11. Il diritto all'acqua: come garantirlo?

Come si è visto in maniera sintetica, che l'acqua sia oggi ritenuta oggetto di un diritto fondamentale, in quanto risorsa indispensabile, è una constatazione condivisa anche in ordinamenti in cui il diritto all'acqua non è esplicitato. Le legislazioni specifiche sulla gestione del servizio idrico, la riconduzione dello stesso a un servizio economico di interesse generale, per dirla con linguaggio europeo, rendono evidente che si tratti di un bene collegato a un diritto fondamentale e perciò oggetto di uno speciale regime giuridico che ne garantisca l'universale accesso e il non esaurimento.

Se questo è l'assunto di partenza, le posizioni si dividono quando si chiarisce quali debbano essere gli strumenti di garanzia: si può così distinguere, dalla prospettiva del bene, tra una teoria dell'acqua come bene economico e una teoria dell'acqua come bene non economico e, al suo interno, come bene comune; o, dalla prospettiva del diritto, tra una teoria dell'acqua come diritto fondamentale a una teoria dell'acqua come diritto più specificamente sociale.

Dal punto di vista del bene, lo si ripete, l'acqua non è un bene privato. Ciò che può essere privatizzato è la sua gestione: l'acqua che scorre dal rubinetto di casa non è di pro-

⁶⁷ Il servizio idrico integrato, X Indagine a cura dell'Osservatorio prezzi e tariffe, Cittadinanzattiva, marzo 2015.

⁶⁸ P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI siècle*, Paris, La Découverte, 2014, p. 523 ss.; U. Mattei, S. Bailey, *Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 20, 2, 2013, p. 965 ss.

⁶⁹ Demos & Pi, XXX Osservatorio Capitale Sociale - Il nuovo lessico degli italiani, luglio 2011.

prietà del soggetto a cui paghiamo la bolletta. È già, per dirla con linguaggio caro alla teoria dei beni comuni, di tutti. E infatti il costo della bolletta non è il costo dell'acquisto dell'acqua, ma è la remunerazione, con eventuale profitto, della sua gestione, la remunerazione, cioè, del fatto che vi sia qualcuno che quotidianamente ci permetta di vederla scorrere, pulita e sicura, sul lavandino.

Dal punto di vista del diritto, è sufficiente ritenere l'acqua un diritto fondamentale o è necessario estendere le garanzie di prestazione da parte delle autorità pubbliche fino a renderlo un diritto sociale, accogliendo in primo luogo una nozione di acqua come bene non economico e quindi sottraendo del tutto la risorsa a una gestione privata, per quanto sotto controllo pubblico?

Si scontrano qui due visioni di merito che, almeno nel sistema giuridico italiano, si rivelano entrambe legittime: stanti i nostri precetti costituzionali, in particolare gli artt. 2, 3, 32 e 41, sarebbero legittimi sia una sottrazione totale della gestione del servizio idrico ai privati sia un'apertura dello stesso all'iniziativa economica privata, per quanto con forme e modi distinti rispetto a un ordinario mercato. E infatti entrambi i modelli sono stati accolti, il secondo dal decreto n. 152/2006, che ha aperto, come si è visto sopra, la gestione dei servizi idrici a gare a evidenza pubblica lasciando come residuale l'affidamento *in house*. Si tratta di una scelta di merito, rispetto alla quale occorre tuttavia fare chiarezza sulla distinzione tra titolarità dell'acqua e titolarità della gestione del servizio idrico, essendo solo la prima necessariamente pubblica ma non per questo imponendo un regime pubblicistico della seconda. Proprio da tale distinzione deriva il fatto che la gestione del servizio idrico, anche quando affidata a soggetti privati, nei nostri ordinamenti non è equiparabile a un mercato ordinario, tanto che la copertura del costo del fattore produttivo non è il profitto derivante dall'impiego dello stesso. Dato il valore assoluto del bene gestito, il servizio idrico non è considerato 'un mercato dell'acqua', ma un servizio economico di interesse generale, in cui la logica concorrenziale è vincolata al rispetto di obblighi di servizio pubblico (servizio universale, continuità, qualità del servizio, accessibilità dei prezzi, protezione degli utenti e dei consumatori).

Anche laddove, dunque, fornito da una società privata, il servizio idrico integrato non smentisce né la natura dell'acqua come risorsa fondamentale né il diritto fondamentale al suo accesso. Merita di essere segnalata, a tal proposito, la posizione della Commissione europea che, legando l'accesso all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari al diritto alla vita e alla dignità umana, ha tuttavia respinto la richiesta di iniziativa legislativa dei cittadini europei di sottrarre la fornitura d'acqua e la gestione delle risorse idriche alle logiche del mercato interno e di escludere i servizi idrici dalla liberalizzazione. Essa ha infatti sostenuto, secondo un principio di neutralità rispetto alla scelta che vogliono fare in merito i singoli Stati, che «se le autorità pubbliche decidono di ricorrere a una società esterna per la prestazione dei servizi di gestione dell'acqua, le norme UE in materia di appalti pubblici garantiscono che il proces-

so di selezione sia trasparente e che l'offerta selezionata sia quella più vantaggiosa per gli utenti».⁷⁰

Se la scelta legislativa su come gestire e garantire il servizio idrico è una scelta di merito, e non imposta dal disegno costituzionale, sia consentita qualche annotazione finale.

Riconosciuto o meno che sia dai documenti internazionali e dalle carte costituzionali, ci sono milioni di persone che non hanno diritto all'acqua. Se si vuole prendere sul serio l'idea di un diritto all'acqua, bisogna quindi chiedersi perché: perché i loro sistemi giuridici non riconoscono l'acqua come bene comune? perché le Costituzioni dei loro paesi non consacrono l'accesso all'acqua come diritto fondamentale? perché una gestione privatizzata non consente l'uso dell'acqua a chi non è in grado di pagarne il costo? o per altri motivi, legati, piuttosto, alla povertà dell'area in cui vivono, a sua volta collegata allo scarso sviluppo di un'economia di mercato che possa fare investimenti importanti come quelli necessari al servizio idrico? Non è d'altro canto vero che «i diritti alle condizioni elementari della vita - agli alimenti, al vestiario, all'abitazione e via dicendo [e quindi, c'è da intendere, anche all'acqua] - presuppongono un certo grado di sviluppo economico e di ricchezza sociale»?⁷¹

La gestione di questo servizio, come abbiamo appena sopra detto, costa, e anche molto. Costruire acquedotti, mantenerli dal punto di vista igienico-sanitario e dell'efficienza, garantire la somministrazione dell'acqua h24, monitorarne la qualità e la quantità, individuare nuovi modi per rendere efficiente il servizio e consentire un approvvigionamento dell'acqua di giorno in giorno migliore (si pensi solo alla ricerca sulla desalinizzazione dell'acqua marina) sono operazioni straordinariamente ingenti, prescritte dai legislatori nazionali proprio per garantire l'acqua come diritto fondamentale.

Chi può pagare quel costo? Delle due l'una: o se ne fa carico l'intera collettività, attraverso la tassazione, e magari se ne fanno carico anche le generazioni future, attraverso la scelta di spendere soldi pubblici a debito, o se ne fa carico qualcuno che investe sul servizio di rendere l'acqua un bene fruibile. Da un lato, il diritto all'acqua sarebbe un diritto sociale, che impegnerebbe la collettività a sopportare il costo, in virtù del principio di solidarietà, dall'altro basterebbe che sia un diritto fondamentale, dove non necessariamente è richiesta la prestazione pubblica del servizio, ma solo un sistema di regole e controlli, amministrativi e giurisdizionali, che, a prescindere dalle caratteristiche di prestazione del servizio idrico, garantisca il diritto all'accesso da un punto di vista quantitativo (l'acqua ovunque e sempre, tramite una rete sempre funzionante del servizio), qualitativo (l'acqua sicura e potabile, tramite i requisiti e i controlli di qualità), economico (l'acqua per tutti a prescindere dalle capacità economiche, secondo il metodo tariffario).

Che possa invece esistere un diritto sociale all'acqua gratis è una finzione linguistica, poiché tutti i diritti hanno un costo⁷². Tariffe troppo basse vogliono anzi dire che il costo del

⁷⁰ Comunicazione della Commissione europea relativa all'iniziativa dei cittadini europei «Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!», COM(2014) 177 final.

⁷¹ U. Allegretti in AA.VV., *I diritti umani tra politica, filosofia e storia*, vol. II, Guida, Napoli, 2003 p. 13.

⁷² Il riferimento è evidentemente a C.R. Sunstein, S. Holmes, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London, Norton & Company, 2000.

servizio è occultato nella fiscalità generale, e al tempo stesso, come si legge nel Report Water for a Sustainable World del 2015, «possono avere l'effetto di limitare la portata dei servizi e di escludere le categorie a basso reddito dai servizi idrici. Questa contraddizione è in parte dovuta al sotto-costi che impedisce l'estensione della rete e quindi mantiene le iniquità storiche di sistemi idrici pubblici che riforniscono minoranze benestanti anziché il più vasto pubblico. In parte essa è dovuta al fatto che molte famiglie povere pagano ancora ingenti somme di denaro per ricevere l'acqua. Dal momento che il sistema pubblico non risponde a questa domanda, esterni e informali fornitori tendono ad essere i principali fornitori di acqua in zone a basso reddito e periferiche. In queste situazioni, i più poveri pagano più dei ricchi, a volte per un servizio di minore qualità».

A tal proposito, merita di essere chiarito che l'abrogazione voluta con referendum della remunerazione del capitale investito dal gestore fino a massimo del 7% non rischia, come si è comunemente creduto, di sacrificare il profitto delle aziende private che gestiscono il servizio idrico, quanto, molto più gravemente per la qualità del servizio, la capacità di investimento dei gestori o, più verosimilmente, la capacità tributaria dei cittadini. Dovendo le spese per investimento essere fatte per mantenere un certo standard di servizio, è evidente che il costo, se non può finire in bolletta, finisce nella fiscalità generale, non essendo altrimenti il servizio economicamente sostenibile.

È appena il caso di ricordare, a tal proposito, che l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, proprio alla luce dell'abrogazione del criterio dell'adeguata remunerazione, approvando il metodo tariffario transitorio per la determinazione delle tariffe del servizio idrico per gli anni 2012 e 2013 in seguito all'esito referendario, ha ribadito il principio della copertura integrale dei costi e vi ha incluso i costi finanziari e gli oneri fiscali connessi agli investimenti e alla gestione del servizio⁷³. La delibera, impugnata dall'Associazione Acqua bene comune e da Federconsumatori, è stata fatta salva dal Tar dal momento che, essendo il servizio idrico integrato un servizio di interesse economico, necessita, quanto ai profili tariffari, della copertura integrale dei costi, «essenziale all'economicità della gestione, vale a dire all'autosufficienza della stessa, che si raggiunge attraverso l'equilibrio fra i costi dei fattori produttivi ed i ricavi risultanti dalla gestione»⁷⁴.

Stabilire quindi se l'acqua sia un diritto sociale, oltre che fondamentale, impone a parere di chi scrive un caveat importante sulla trasparenza del costo di quel diritto, per poter decidere se sia preferibile che lo Stato si limiti a garantirlo come diritto fondamentale o se se ne debba fare carico in quanto diritto sociale. In questo caso, ecco il caveat, dovrebbe essere chiaro che il costo non viene annullato, ma diffuso sull'intera collettività, attuale e futura, con metodi di tassazione e ricorso al debito per definizione non trasparenti, e quindi suscettibili di essere iniqui e contrari proprio al principio di solidarietà sociale, anche intergenerazionale.

⁷³ Delibera AEEG n. 585/2012/R/IDR.

⁷⁴ Tar Lombardia, sent. n. 779/2014, del 24 marzo 2014. V. anche, depositata lo stesso giorno, la sentenza n. 780.