

L'ACQUA TRA BENI COMUNI E CONCESSIONI
(O LA PLURALITÀ DELLE 'APPARTENENZE')*

1. Una domanda precede tutte le altre, e le determina ed orienta: se l'acqua è un 'bene comune', può essa diventare oggetto di concessione?

Ma che cosa è un 'bene comune'?

Risaliamo al codice civile del 1942 (il codice civile ancora vigente in Italia): la disciplina dei beni è dettata nel libro terzo 'Della proprietà'. L'art. 810, che apre il libro e ne segna le linee, definisce beni le "cose che possono formare oggetto di diritti". Il legislatore adotta la prospettiva dell'*appartenenza*, e considera i beni, tutti i beni, come *oggetto del diritto di qualcuno*. La parola 'appartenenza', conservando dentro di sé il latino 'tenēre', indica la connessione fra il bene e un soggetto, o, meglio, il sovrastare di un soggetto sul bene. I beni non sono concepibili senza un soggetto che li 'tiene', ossia li ha nella propria sfera giuridica e nel proprio governo. L'appartenenza esprime un 'avere', o, in parole più nude e franche, un *ambito di potere*.

Questo profilo fu toccato, nella nostra letteratura giuridica, soltanto da uno studioso di diritto civile, che ebbe cattedra, qui a Milano, nell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Domenico Barbero, già in lezioni del lontano 1940, chiariva l' 'appartenenza' come "disponibilità delle cose da parte del soggetto nei limiti di un diritto"¹. Dunque, l'appartenenza è misurabile in *gradi di disponibilità*; a ciascun grado corrisponde un tipo di diritto, che è, appunto, il 'titolo' dell'appartenenza (proprietà, usufrutto, enfiteusi, servitù, concessione e via seguitando).

La logica dell'appartenenza suggerisce al codice del 1942 di distin-

* Il testo svolge appunti utilizzati in un convegno milanese (28 ottobre 2013), promosso dalla società Edison e felicemente curato dagli avv. Pier Giuseppe Biandrino e Marinella De Focatiis.

¹ D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano 1952, 29 ss.; ID., *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino 1962, 709 ss.

guere i beni in pubblici e privati, di ascrivere le acque al demanio statale, e di prevedere diritti a favore di terzi ‘nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi’. All’autorità amministrativa spetta la “tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico” (cfr. artt. 822 e 823 cod. civ.).

2. La logica dell’appartenenza è anche *logica dell’esclusività*. Nella norma, che descrive il contenuto del diritto di proprietà (art. 832 cod. civ.), affiora la nota essenziale dell’esclusività: “Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed *esclusivo* ...”. ‘Esclusivi’ sono tutti i diritti che hanno per oggetto le cose.

Esclusività ha in sé l’*idea del conflitto* (o – come oggi usa dire – della ‘rivalità’): il titolare del diritto ha il potere di fermare e respingere *gli altri*, di lasciare fuori gli altri. Poiché il bene appartiene ad un soggetto, il quale lo ha nella propria sfera di dominio, tutti gli altri ne sono esclusi. Il diritto è non tanto nella pienezza del potere quanto nella totale ed ostile esclusione degli altri. Ne segue che la tutela giudiziale del bene spetta soltanto al titolare del diritto. L’appartenenza è il fondamento della legittimazione ad agire.

3. La teoria, o, meglio, il movimento dei beni comuni s’identifica proprio nel rifiuto dei due principî – di appartenenza e di esclusività –, che esprimono la disciplina del codice civile. Dico ‘movimento’ per indicare un fenomeno collettivo, un agitarsi per piazze e strade di città, un assumere iniziative di leggi e referendum, un raccogliere consensi in ogni generazione e in ogni strato sociale. Questo movimento ha trovato nel 2011 il proprio ‘manifesto’ nel piccolo libro ‘Beni comuni’, dovuto a Ugo Mattei, vivace e ingegnoso docente di diritto nell’Ateneo torinese². Ne traggio qualche proposizione, che rivela lo sfondo culturale del movimento: il ‘bene comune’ è “incompatibile con la logica riduzionistica dell’avere (e del potere). Si può rendere quest’idea con la locuzione ‘il comune siamo anche noi’. Il comune non è solo un oggetto (un corso d’acqua, una foresta, un ghiacciaio), ma è anche una categoria dell’essere, del rispetto, dell’inclusione e della qualità. È una categoria autenticamente relazionale, fatta di rapporti fra individui, comunità, contesti e ambiente”. Ed ancora: “... il governo dei beni comuni rifiuta radicalmente questa logica riduzionistica [l’alternativa fra pubblico e privato, fra Stato e mercato] e

² U. MATTEI, *Beni comuni – Un manifesto*, Roma-Bari 2011. Utilissima l’antologia curata da M.E. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012.

si articola intorno a diffusione del potere e inclusione partecipativa”. In altra pagina Mattei discorre di ‘utilizzo democratico ed ecologico dell’acqua’.

Assistiamo alla più dura e schietta critica dei principî di appartenenza ed esclusività. I beni comuni, irriducibili a ‘oggetti’, non appartengono a nessuno, ma, per così dire, fanno corpo con la comunità, con la prassi del loro uso. E perciò non escludono alcuno, non cadono nel dominio ostile di uno od altro soggetto, ma sono la nostra stessa vita, il nostro costituirci come persone. *Essi, insomma, non appartengono e non escludono*, ma convivono con tutti noi e includono tutti noi. In un articolo apparso su *Esprit* del gennaio 2010, Alain Lipietz, intellettuale e deputato europeo, asserisce francamente: “Le biens communs ne sont pas des choses, mais des rapports sociaux”.

4. Codesti beni comuni vanno pur gestiti; e la generale accessibilità e fruibilità va pur regolata. E così, nello stesso ‘manifesto’ del movimento, riemergono fantasmi, che sembravano fuggiti e discacciati per sempre. Riappare il diritto, chiamato a regolare e distribuire l’uso comune, ancorché si desideri di “riconquistare un’idea di legalità ricca, spesso, olistica, fondata su contenuti etici autentici, funzionale alla qualità della vita di tutti, nell’ambito di una dialettica finalmente democratica che coinvolge ogni voce e non ne esclude alcuna”. Un’idea di diritto, dunque, che, per sottrarsi alla rigorosa positività della legge, si consegna alle braccia inafferrabili e fatali dell’etica.

Ma riappare soprattutto – ed è la conclusione di ogni romanticismo contemporaneo – il fantasma, l’odiato e spregiato fantasma, della *tecnocrazia*. E come, nella visione marxistica della storia, lo Stato è destinato a estinguersi ed a lasciare il posto all’‘amministrazione delle cose’ (è la celebre formula di Federico Engels nell’‘Anti-Dühring’), del pari il ‘manifesto’ si rivolge alle “competenze necessarie e sufficienti per operare la gestione virtuosa ed ecologica dei beni comuni di cui sono chiamate a occuparsi”³. Poiché i beni comuni hanno bisogno di gestione – e di una gestione, che li faccia accessibili a tutti, e li conservi in tempo indefinito -, essi si sottraggono sì al vecchio dominio dell’appartenenza esclusiva, ma cadono sotto il dominio dei tecnici.

La nobile e lirica tensione del ‘manifesto’ sembra risolversi in ‘romanticismo tecnicizzato’. Al di là del pubblico e del privato (cioè, delle

³ U. MATTEI, *op. cit.*, 61. Per una vivace critica cfr. E. VITALE, *Contro i beni comuni* ecc., Roma-Bari 2013.

forme giuridiche di appartenenza) non c'è il 'comune'; non c'è ritorno a un passato pre-moderno o anti-moderno; ma c'è oligarchia tecnocratica.

5. Sarebbe grave e ingeneroso non cogliere, al di là dello sfondo culturale e poetico (la parola 'sogno' affiora, con fresca sincerità, nella pagina del 'manifesto'), non cogliere, dicevo, il cospicuo contributo recato dal 'movimento' alla riflessione giuridica sui beni comuni.

Già nel testo normativo, elaborato dalla Commissione Rodotà (istituita nel giugno 2007), il discorso assume più sicura precisione di scelte e di linguaggio giuridico: i beni comuni sono definiti "cose, che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona". Delle persone di oggi e delle persone di domani. Ritorna il profilo dell'appartenenza sotto schermo di 'titolarità' di persone giuridiche pubbliche o private: "Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe". "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 e interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato".

Il testo, che anche suggerisce una diversa classificazione dei beni, si muove entro l'alveo della dottrina italiana: i beni comuni, pur considerati quali fonti di utilità fruibili da tutti, e destinati a soddisfare bisogni garantiti dalla Costituzione, appartengono a un titolare, ossia ad un soggetto che su di essi vanta un titolo giuridico; il 'chiunque', che accede all'organo giurisdizionale, è, anch'egli, titolare di un diritto, e non di un semplice e generico interesse. Riaffiora qui – e il tema ancora tornerà nel nostro discorso - la figura dei 'diritti civili', che, trapiantata dalla dottrina tedesca nell'italiana sui primi del secolo scorso, serviva proprio a designare la protezione giuridica dell'interesse di tutti i cittadini all'uso delle cose pubbliche: diritti, che Santi Romano faceva rifluire nel generale diritto di libertà personale⁴, e invece Federico Cammeo elevava ad autonoma categoria e dotava di 'realità' nei confronti dei terzi⁵.

⁴ SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi. Nozioni sistematiche*, Milano 1897, 89.

⁵ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911-1914), rist. a cura di G. Miele, Padova 1960, spec. 461.

Anche nel diritto molte cose rinascono che sembravano per sempre defunte.

6. In questa *'giuridicizzazione'* dei beni comuni – la quale è certo debitrice del *'movimento'*, e ne raccoglie e determina i risultati sul terreno del diritto – assume particolare rilievo la sentenza della Corte di Cassazione, sez. un. civ., 14 febbraio 2011, n. 3665 (pres. Vittoria; rel. Spagna Musso). Essa segna l'emersione storico-giuridica del concetto: emersione – si vuol dire – nella concreta determinatezza di casi giudiziari.

La Cassazione, decidendo antica controversia sulla proprietà delle valli da pesca nella laguna di Venezia, enuncia principi e segna direttive di eccezionale importanza. Ascoltiamone talune proposizioni:

“Da tale quadro normativo – costituzionale, e fermo restando il dato *'essenziale'* della centralità della persona (e dei relativi interessi), da rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante *'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economia e sociale'*, emerge l'esigenza interpretativa di *'guardare'* al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale – proprietaria per approdare ad una prospettiva personale – collettivistica”.

“Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium romanistico* e della proprietà codicistica, *'comune'* vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”.

“Pertanto, il solo aspetto della *'demanialità'* non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità”.

“Dunque, 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 rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione”.

La decisione della Corte Suprema non sopprime il profilo dell'appartenenza, ma anzi lo *duplica* e rafforza. Il bene appartiene insieme allo 'ente esponenziale' e alla 'collettività', ma soltanto la prima appartenenza è 'titolarità del bene in senso stretto', perché è l'"ente che può e deve assicurarne il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche e la loro fruizione". C'è, dunque, un'*appartenenza di utilità* e un'*appartenenza di servizio*' (così è definita dalla Cassazione), e quest'ultima attribuisce allo 'ente esponenziale' l'ufficio di proteggere la continuità funzionale del bene, di svolgerne la gestione, e di regolarne il godimento collettivo. I problemi di tutela giudiziaria e di gestione tecnica rientrano nell'*appartenenza di servizio*', che così determina e circoscrive un vero e autentico ambito di potere. Nella gestione – la quale è l'insoluto problema della teoria o ideologia dei beni comuni – sopravvive e si svolge la vecchia ed esclusiva titolarità del diritto.

7. Nella sentenza del 2011 approda un'affascinante storia, ricostruita in un saggio, che giunge ora in istampa (per i tipi della torinese Giappichelli): "*Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*" di Andrea Di Porto, valoroso cattedratico della romana 'Sapienza'. Il 'nodo della tutela' ha un'importanza centrale: qui, la transizione dai beni pubblici ai beni comuni, dal semplice interesse del singolo al diritto civico, dall'oggettività delle cose al godimento individuale; qui, dicevo, la transizione acquista significato giuridico.

Il problema corre sotto nome di 'legittimazione ad agire' ed è avvertito da studiosi del diritto civile e del diritto amministrativo (ne fanno prova pagine dense e acute di Vincenzo Cerulli Irelli). Forse è necessario un chiarimento in linea di principio: *dove è diritto, ivi è anche potere di tutela giurisdizionale*. Il diritto disarmato non è diritto, ma interesse aspettativa desiderio. L'appartenenza, la qualsiasi appartenenza del bene, determina una *situazione sostanziale*, tutelabile dinanzi agli organi giudiziari. La Corte di Cassazione è giunta alla duplice appartenenza: il caso deciso non le consentiva di andare oltre; ma oltre deve andarsi per logica e stretta coerenza, *attribuendo ad ogni titolo o specie di appartenenza una correlativa tutela giurisdizionale*. Se il bene appartiene a chiunque, da chiunque è pur tutelabile.

8. Su questo tema il saggio di Di Porto riesce prezioso per ragguaglio storico e spunti critici. Egli, con familiarità di studioso di diritto romano, ci rammenta pagine di Vittorio Scialoja (risalenti nientemeno che al 1882), in cui il grande giureconsulto, trattando delle azioni popolari, ve-

niva a insegnare⁶: “Questo diritto è bensì pubblico, spetta all’individuo come membro del popolo; ma è tuttavia un diritto che spetta a lui e non già al popolo come un ente diverso e totalmente distinto da lui. Se mai fosse lecito parlare figuratamente direi che si tratta qui non già di un diritto pubblico concentrato, ma di un diritto pubblico diffuso in tutti i membri della collettività.” Non è un caso che Scialoja, pochi anni innanzi, il 1879, avesse definito le proprietà delle acque come ‘proprietà fidecommissaria’, cioè proprietà di un bene destinato anche alla fruizione di soggetti diversi dal titolare.

Sulla medesima linea di Scialoja mosse la fondamentale sentenza resa dalla *Corte di Cassazione il 4 luglio 1934*, decidendo il caso d’un cittadino intervenuto in causa, promossa da un Comune per rivendicare al demanio e all’uso civico un tratto di terreno. Il Tribunale aveva argomentato che “un diritto dei singoli sulle cose demaniali e sui beni dei privati, soggetti ad uso pubblico, vi è (iure quodam civico); ma è un *diritto destituito di azione*, essendone demandata la tutela alla sola pubblica amministrazione”. Osserva la Corte di Cassazione, con singolare finezza teorica, trattarsi di un ‘diritto veramente tale’, onde “il possesso è presso il Comune come rappresentanza e personificazione della universalità, ma non è escluso il possesso del diritto civico nel cittadino come appartenente al Comune”. Conclude la Corte:

“Qualunque sia la varia figura e denominazione di simili diritti, come è indiscutibile che d’ordinario la loro difesa giurisdizionale nell’interesse collettivo degli utenti spetti alla rappresentanza del Comune, *così deve riconoscersi che ciascun partecipante, per tale sua qualità, in quanto spetta al suo interesse, abbia diritto ed azione per la tutela del suo diritto civico individuale sia in via possessoria che petitoria*, se si ritenga danneggiato dalla illegittima perturbazione dell’uso pubblico. Non è già l’azione popolare che si sperimenti allo scopo di tutelare un interesse pubblico nel vendicare il privato, *ma è la pretesa giudiziale che ciascun singolo cittadino può legittimamente proporre nel proprio interesse individuale, intorno a diritti di natura collettiva, in quanto partecipe della universalità dei cittadini*. Si è anzi ritenuto che il singolo possa far valere in giudizio il suo diritto individuale al riguardo, sia che l’interesse ad agire venga determinato da una violazione generale del diritto collettivo, sia che dipenda da una particolare turbativa recata a sé personalmente da altri”.

⁶ V. SCIALOJA, *Le azioni popolari romane* (prefazione all’opera di C. G. Bruns), 1882, in *Studi giuridici*, I, Roma 1933, 117.

9. I ‘beni comuni’ – si è visto di sopra - hanno duplice appartenenza; a ciascun ‘grado di disponibilità’ – torniamo all’illuminante figura di Barbero – corrisponde la titolarità di un diritto e la congiunta legittimazione ad agire, la quale non sta da sola, ma si appoggia e fonda su quel diritto. Il Vittorio Scialoja del 1882 e la Corte di Cassazione del 1934 aprono il cammino *oltre* la Corte di Cassazione del 2011: qui s’individua e descrive la situazione sostanziale; lì se ne appresta e offre la tutela giudiziaria. Non è paradosso storico, o singolare rovesciamento cronologico fra come si tutela e che cosa si tutela, ma diversità di casi decisi e di prospettive giuridiche.

I beni comuni non sono senza appartenenza, quasi sospesi in uno spazio vuoto di diritto, ma beni a *pluralità di appartenenze*, sicché lo ‘ente esponenziale’ e il singolo hanno ciascuno il proprio titolo e ciascuno la propria legittimazione. Sarebbe logicamente e praticamente infruttuoso attribuire diritti privi di azione o azioni prive di diritto: il punto è, invece, di ricongiungere gli uni e le altre, e di moltiplicare e difendere la titolarità.

Il rifiuto, non so se organicistico o collettivistico, della titolarità di diritti individuali condanna i beni comuni all’indistinta e anarchica fruizione o alla tutela tecnocratica di amministratori e gestori. Dove si negano precise e concrete appartenenze, ivi s’installano acefali poteri o competenze regolative di tecnocrati.

10. È tempo di venire alla materia delle concessioni.

La dottrina dei beni comuni non esclude la figura della concessione: se ne tace nel ‘manifesto’ (dove si invoca soltanto una “barriera politica alta contro ulteriori processi di privatizzazione”); se ne fa esplicito e affermativo cenno nel testo della ‘Commissione Rodotà’, richiedendosi che essa si abbia “nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe”; e così nel convegno linceo dell’aprile 2008, dove le proposte furono largamente discusse.

La concessione introduce un *uso eccezionale* del bene comune, e tale fu ed è considerato: eccezionale, poiché deroga all’uso generale e gratuito, ed anzi lo impedisce ed esclude in un certo periodo di tempo o in un certo tratto di spazio. Deliberata la concessione, il bene comune viene a trovarsi in *triplice appartenenza*, o, se si vuole, è oggetto di un *concorso di diritti*: appartiene allo Stato (e perciò è bene pubblico); appartiene ai cittadini uti singuli; appartiene al concessionario, il quale ne trae specifiche e definite utilità. L’appartenenza demaniale accompagna l’intera vita del bene: essa – come avverte la Corte di Cassazione nella sentenza del

2011 – adempie un ‘servizio’ e garantisce il ‘mantenimento’ funzionale del bene, cioè, appunto, la sua continuità nel tempo. Vigendo la concessione, e nei modi e gradi propri di essa, l’appartenenza individuale – il ‘diritto pubblico diffuso’ di Scialoja – *subisce una sospensione d’esercizio, ma non perde il potere di difesa giurisdizionale.*

Si coglie qui il riflesso più importante e grave, che il regime dei beni comuni svolge sull’uso del concessionario: il quale uso, proprio nella sua *eccezionalità*, implica logicamente un ritorno, presto o tardi, all’uso generale e ordinario, ossia all’esercizio dei ‘diritti pubblici diffusi’. *Donde la possibilità che i cittadini, non quali consumatori e acquirenti dell’energia prodotta, ma quali titolari di un altro diritto sull’acqua, ne curino la difesa giudiziale contro l’ente pubblico e contro lo stesso concessionario.*

Il rapporto di concessione, determinando concorso di diritti sul medesimo bene, presenta ormai un *carattere trilaterale*: non più solo fra ente pubblico e concessionario, *ma fra ente pubblico – cives, titolari di diritti diffusi – concessionario.* L’atto di concessione costitutivo del rapporto era, e resta, bilaterale. Se l’acqua è un bene comune; se il bene comune gode della duplice appartenenza, disegnata dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 2011; se *la concessione aggiunge, per così dire, un’altra appartenenza, ma non estingue le altre*; allora è inevitabile convertire il rapporto concessorio da bilaterale in trilaterale, e considerare che esso è esposto al giudizio ed all’iniziativa dei ‘cives’. I quali, sospesi nell’esercizio dei loro diritti (e sospesi perché l’uso eccezionale, per un tratto di tempo o per un tratto di spazio più o meno lungo, li esclude dalla fruizione del bene), i quali ‘cives’, dicevo, non perdono perciò la titolarità della situazione sostanziale né la legittimazione a proteggerla in giudizio. È sospeso – si vuol ripetere – l’esercizio del diritto sostanziale (giacché il bene comune è tutto preso e assorbito nell’uso eccezionale del concessionario), ma non è né estinto né sospeso il potere di tutela giurisdizionale.

L’acqua resta bene comune, ma si trova, per forza di concessione, in un’appartenenza aggiuntiva, che determina un temporaneo concorso di tre diritti. Si dice ‘temporaneo’, poiché – come osserva Antonio Gambaro nel cospicuo trattato sui beni⁷ – “la massa d’acqua deve essere restituita al ciclo idrologico e non diviene quindi oggetto di una appropriazione definitiva da parte del concessionario”. Questa ‘restituzione’, o *ritorno dell’acqua dall’uso eccezionale alla fruizione comune*, spiega il permanente potere dei cives di agire per le vie giudiziarie.

⁷ A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato dir. civ. e comm. Cicu – Messineo – Mengoni – Schlesinger*, Milano 2012, 352.

Soltanto così, nei modi e forme proposti in questo discorso, le concessioni idroelettriche non appaiono più in conflitto con la tutela dei beni comuni, ma anzi si iscrivono nella loro logica, e ottengono pieno consenso collettivo.