

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 1196

In tema di acque pubbliche e private a seguito della riforma operata dalla legge 5 gennaio 1994, n. 36

Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 16 dicembre 1997

SOMMARIO - 1. *Il regime giuridico delle acque. Cenni generali sulla nuova disciplina, sulle finalità che intende perseguire e sul quadro normativo, anche storico, nel quale si inserisce.* - 1.1. *Nuova e previgente normativa: il t.u. 1775 del 1933. Prime considerazioni sull'alienabilità delle risorse in questione.* - 2. *L'orientamento della Corte Costituzionale sul tema: la decisione 10 luglio 1996, n. 259. Il criterio della centralità dell'utilizzo delle acque.* - 3. *Sulle forme di utilizzazione dei beni pubblici da parte dei privati: le concessioni.* - 4. *Più in particolare sulla disciplina delle acque: acque private ed acque pubbliche.* - 4.1 *Le acque private (rectius non pubbliche) nella disciplina del codice.* - segue) *La natura del diritto di utilizzazione delle acque non pubbliche previsto dalla normativa del codice civile.* - 4.2. *La disciplina delle acque pubbliche: concessioni ed utenze.* - a) *Gli usi domestici, il consumo umano e la tutela dall'inquinamento. Quadro normativo generale.* - b) *Gli usi agricoli: l'utenza cd. irrigua.* - c) *Difficoltà di qualificazione dell'utenza irrigua.* - d) *Le differenze tra l'utenza irrigua ed una fattispecie che presenta apparenti affinità: le servitù.* - e) *Cenni generali sull'acquisto, il trasferimento e l'estinzione del diritto di utenza a fini agricoli e non.* - 4.3. *Le acque sotterranee: una disciplina particolare.* 5. *Aspetti problematici della disciplina delle acque.* 5.1. *Sulla sussistenza, a seguito della riforma operata dalla l. 36 del 1994, di un regime privatistico delle acque. Acque sotterranee e difficoltà nell'individuazione del momento in cui l'acqua può essere considerata "privata": criterio dell'uso o dell'estrazione?* - 5.2. *Ancora sulle acque sotterranee: il rapporto con i fondi che le contengono.* - 5.3. *Ulteriori situazioni problematiche: a) Le acque pluviali; i ghiacciai.* - b) *Fossi, scoli, ...; alveo, sponde, ...* - c) *Letti artificiali e canali; acquedotti; porti e approdi fluviali e lacuali.* - 5.4. *Sulla vigenza delle norme del codice civile per effetto dell'introduzione della nuova disciplina.* 5.5. *Con riferimento alla possibilità di dominio privato su acque (già) pubbliche.*

1. Il regime giuridico delle acque. Cenni generali sulla nuova disciplina, sulle finalità che intende perseguire e sul quadro normativo, anche storico, nel quale si inserisce.

Con la legge 5 gennaio 1994, n. 36, recante *“Disposizioni in materia di risorse idriche”*, viene superato l’annoso problema circa la qualificazione delle acque come pubbliche, in quanto atte a soddisfare un pubblico interesse. All’art. 1 essa dispone: *“Tutte le acque superficiali sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata e utilizzata secondo criteri di solidarietà”*.

Questo provvedimento, nell’ottica del perseguimento di finalità di carattere prettamente ambientale ¹, non rappresenta che il punto di arrivo di un processo che ha trovato il proprio svolgimento in un lunghissimo arco di anni. Si intende qui parlare della tendenza, negli ultimi decenni invero sempre più evidente, a pervenire ad una maggiore riduzione dell’ambito entro il quale i privati possano esercitare diritti di appropriazione o comunque di utilizzazione delle acque, senza per questo dover necessariamente avere come intermediaria la p.a. in funzione di responsabile della tutela delle risorse idriche.

Tale evoluzione, che ha avuto un suo preciso riscontro sul piano normativo, ha portato dapprima ad un allargamento della categoria delle acque appartenenti al pubblico demanio ², in seguito ha posto limiti sempre più estesi alla normale dispo-

¹ A conferma di ciò, vedi A. POSTIGLIONE, *Tutela delle acque: il quadro giurisprudenziale*, in *Dir. e giur. agraria*, 1995, pag. 133 ss.

² Importante è la legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (*“Legge sui lavori pubblici”*), che perseguiva l’attuazione del buon regime delle acque, al fine di salvaguardare la sicurezza della popolazione attraverso la predisposizione di misure idonee ad impedire o limitare il verificarsi di eventi dannosi, in particolare modo attraverso la costruzione di opere relative alle acque. I pubblici poteri pertanto dovevano pertanto garantire gli usi comunitari, e specialmente quelli di navigazione e fluitazione. Vedi sul punto N. LUGARES, *Le acque pubbliche, profili dominicali, di tutela e di gestione*, Milano, 1995, pag. 22.

E’ interessante rilevare che il codice civile del 1865, all’art. 427, annoverava tra i beni appartenenti al demanio pubblico solamente i fiumi ed i torrenti, mentre il fatto che la normativa speciale delle acque pubbliche facesse riferimento anche a corsi naturali minori, come fossati, rivi e colatori pubblici, fu fonte di non poche discussioni in dottrina circa la ravvisabilità di risorse idriche suscettibili di appropriazione privata. Per un approfondimento della questione nel vigore del vecchio codice, vedi S. MASINI, *La “decadenza” della proprietà privata delle acque con particolare riguardo agli usi irrigui*, comunicazione presentata al *Convegno di studi su “Tutela delle acque: direttive comunitarie e normativa nazionale”*, Roma, 25

nibilità e conservazione dei beni in oggetto. Ciò per motivi essenzialmente di controllo e di tutela degli interessi pubblici, ricollegati ad un bene che viene considerato prioritario per il soddisfacimento dei bisogni elementari e comunque ineludibili dell'uomo e del contesto sociale nel quale egli si trovi ad agire.

Questa connotazione, come si è accennato, è stato il frutto del mutamento di prospettiva del legislatore negli ultimi decenni; cambiamento che si è sempre accompagnata al differente risalto dato alle singole configurazioni con le quali veniva identificato l'interesse pubblico. La realizzazione di quest'ultimo viene pertanto ad un certo momento ³ inscindibilmente correlata alla sottrazione ai privati della totale disposizione del demanio idrico, affinché di esso venisse svolto un utilizzo più conforme a fini di utilità sociale; obiettivo primario dell'ordinamento in materia era quello del maggiore e più completo sfruttamento del patrimonio nazionale delle acque nel perseguimento degli interessi economici e produttivi ⁴. In tale contesto veniva ad assumere un posto di rilievo la concessione di derivazione di acque pubbliche, in quanto costituiva lo strumento principale attraverso il quale realizzare gli obiettivi, legati alla produzione agricola ed industriale, dei quali prima si accennava. Del resto anche oggi essa rimane "la forma giuridica principale per l'utilizzazione delle acque pubbliche" ⁵.

Il modello di amministrazione come delineato da tali provvedimenti, improntato sulla valutazione comparativa delle possibili utilizzazioni da parte degli uffici competenti, si rivela però, a lungo andare, insufficiente, oltre che inadeguato, a gestire un settore così ampio, e comunque necessitante di uno sfruttamento razionale, pianificato nell'ambito di un progetto di gestione globale, e non puntuale, particolare. A ciò si aggiungono le istanze sempre più pressanti volte a garantire una tutela del bene acqua non solo dal punto di vista della quantità, ma anche della qualità.

Per cui, nel quadro di un nuovo mutamento di prospettiva da parte del legislatore, ritroviamo, oltre a tentativi di sistemazione unitaria e di razionalizzazione dell'intera materia, anche numerosi provvedimenti legislativi recanti norme di tutela e salvaguardia delle risorse idriche, in quanto bene ambientale suscettibile, per il suo valore, di ottenere la più intensa protezione da parte della pubblica autorità.

febbraio 1995, in *Dir. e giur. agraria*, 1995, pag. 667 ss.; e sui contrasti tra la legge dei lavori pubblici del 1865 e il contestuale codice civile: LUGARESI, cit., pag. 26 ss.

³ In tale ottica si situa il r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, ma oltre ad esso vanno ricordate le precedenti e non meno importanti leggi di razionalizzazione e risistemazione della materia, quali la l. 10 agosto 1884, n. 2644 e il suo regolamento, il r.d. 26 novembre 1893, n. 710; e inoltre il d.lgt. 20 novembre 1916, n. 1664, nonché il d.l. 9 ottobre 1919, n. 2161, convertito in l. 18 dicembre 1927, n. 2595.

⁴ Vedi LUGARESI, cit., pag. 5.

⁵ Vedi V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, pag. 10 ss.

La l. 5 gennaio 1994, n. 36 si pone quindi nel solco di un'attività normativa volta a pianificare e, pertanto, a gestire nella maniera più ottimale le risorse idriche nazionali, intraprendendo in tal modo un "tentativo di riorganizzazione unitaria dei servizi idrici", che non si esaurisce solo nel territorio nazionale, ma che si coordina con altre iniziative del medesimo tenore, sorte e svolgentesi in ambito comunitario ed internazionale.

Sotto il profilo del suo recepimento, va detto che questo provvedimento, dopo le iniziali lungaggini, sta trovando una sua concreta attuazione: soprattutto da parte delle regioni che, dopo un periodo di quasi totale indifferenza, hanno iniziato ad emanare le normative di accoglimento⁶. Ciò al fine di attuare quel sistema di gestione integrata delle acque alla cui realizzazione sono mirate le disposizioni della legge Galli; da un punto di vista pratico ed operativo da tale situazione discendono conseguenze sistematiche ed economiche di enorme importanza, in quanto la legge comporta, nelle intenzioni del legislatore, la costruzione di un sistema di gestione basato sulla corretta concorrenza dei diversi enti, pubblici e privati, in tale ambito.

La legge 36 del 1994 prevede infatti - oltre alle norme di maggior rilevanza privatistica, che si sono già parzialmente esaminate, e che verranno approfondite ulteriormente nel proseguo del discorso - al fine appunto di una migliore gestione delle risorse idriche, la costituzione di una Autorità di bacino che definisca ed assicuri il rispetto del bacino idrico, e quindi che sia salvaguardato un giusto equilibrio tra le risorse disponibili e i diversi fabbisogni di uso (art. 3 e 27 e ss.); una sorta di pianificazione dell'economia idrica, con le relative priorità; gli strumenti e le modalità ritenuti necessari per attuare il risparmio idrico, domestico, agrario, terziario ed industriale; il riutilizzo delle acque reflue (art. 5 ss.); la predisposizione di un Servizio idrico integrato (art. 8 ss.); la revisione di quelle gestioni esistenti che siano troppo frazionate ovvero dispendiose (art. 10 ss.); la revisione delle tariffe secondo criteri socio economici (art. 13 ss.); la costituzione di un Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche e di un Osservatorio dei servizi idrici (art. 21 ss.); ed altro ancora⁷. Va inoltre ricordato che il terzo comma dell'art. 32 di tale legge, contiene la previsione dell'adozione, da parte del Governo, di un "apposito regolamento

⁶ Ciò per quanto concerne, ovviamente, la realizzazione del mercato idrico integrato, in quanto le disposizioni di principio contenute nella legge 36/94 hanno indubbia applicabilità dal momento della sua entrata in vigore. Sul punto vedi B. L. MAZZEI, *E la Galli non "libera" l'acqua*, in *Sole 24 ore*, del 20 giugno 1997.

⁷ Sul punto, vedi POSTIGLIONE, cit., pag. 136. E F. GUARNIERI e A. ROSCI, *In materia di risorse idriche. Considerazioni sulla legge 5 gennaio 1994, n. 36, con particolare riguardo alle forme di gestione dei servizi idrici*, in *Nuova rassegna di legislazione*, 1995, pag. 1150 ss.

con il quale sono individuati gli atti normativi incompatibili con la presente legge, che sono abrogati con effetto dalla data di entrata in vigore del regolamento medesimo”.

Si inseriscono, in via immediata, nel quadro sopra delineato anche il d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275, recante norme concernenti il *“Riordino in materia di concessione di acque pubbliche”*; la legge quadro 18 maggio 1989, n. 183, *“Norme per il riassetto organizzativo e funzionale del sottosuolo”*; nonché, da ultimo, il d.p.c.m. 4 marzo 1996, *“Disposizioni in materia di risorse idriche”*, emanato in base a quanto disposto dall’art. 4 della l. 36/94.

D'altronde va rilevato il ruolo di maggior rilievo e crescente, che le autonomie locali rivestono all’interno di questi piani di sviluppo e tutela dei beni ambientali.

Occorre peraltro effettuare, in via preliminare alla ricerca che qui si intende svolgere, una breve, ma necessaria considerazione. Il regime giuridico delle acque dimostra una complessità inusuale. E tale rilievo è dovuto dal notevole numero di testi di leggi che, in lungo arco di tempo, si sono succeduti, al fine di disciplinare in maniera più completa e dettagliata quest’ambito; ciò in quanto l’approccio che il legislatore ha compiuto nel tempo in tale materia è stato quasi sempre marcatamente settoriale. Quanto si offre all’interprete è quindi un quadro estremamente variegato di norme, regole, disciplinari, ..., ove si intersecano, normative codicistiche e speciali; leggi statali e regionali; di salvaguardia dell’ambiente e non; articoli abrogati espressamente ovvero tacitamente, ...

Tutto ciò ha condotto peraltro difficoltà non lievi a chi si approcci a tale argomento, in quanto numerose sono le situazioni problematiche e di dubbia configurazione, aggravate inoltre da “scarso coordinamento tra le diverse disposizioni, complesso intreccio di competenze tra enti ed organi preposti alla gestione ed alla programmazione degli interventi, necessità, in occasione del varo di ogni nuova normativa, di salvaguardare la forza e l’efficacia della legislazione preesistente, inadeguata considerazione degli aspetti programmatici dei vari usi di acque”⁸. In tema di risorse idriche manca pertanto un riferimento normativo oltre che adeguato, unitario, che ponga un approccio di tipo globale al sistema⁹. “Una riforma organica e

⁸ Così GUARNIERI e ROSCI, *In materia di risorse idriche*, cit., pag. 1150.

⁹ Vedi LUGARESI, cit., pag. 16, che propone “a livello normativo l’emanazione di un codice delle acque che, nel rispetto del diritto comunitario e sulla base della legge n. 183 del 1989 e della legge n. 6 del 1994, fissasse i principi di una politica delle acque, distribuisse le competenze decisionali, gestionali ed operative, individuasse gli strumenti idonei alla realizzazione dei fini posti dal codice stesso”.

coerente in tema di acque pubbliche, allo stato, ancora difetta, ma tutte le norme sopravvenute costituiscono espressione della esigenza di questa riforma" ¹⁰.

1.1. Nuova e previgente normativa: il t.u. 1775 del 1933. Prime considerazioni sull'alienabilità delle risorse in questione.

La previgente normativa, all'art. 1 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, "*Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici*", stabiliva che "sono pubbliche tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali [...] abbiano e acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse" ¹¹; con la dichiarazione di demanialità dell'acqua si caducano i diritti acquisiti dai terzi e il proprietario diviene utente ¹²; l'iscrizione di un'acqua nell'elenco delle acque pubbliche ha carattere dichiarativo della sussistenza dei requisiti legali obiettivi ¹³

Dal dettato della L. 36/94, che stabilisce che "tutte le acque superficiali e sotterranee sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata e utilizzata secondo criteri di solidarietà", discende che non è più rilevante, ai fini della pubblicità di tali beni (nel senso di una loro annoverazione tra i beni pubblici) una ricerca sull'esistenza della loro attitudine a soddisfare un pubblico interesse (in

¹⁰ Così S. PALAZZOLO, *La nuova normativa in tema di acque pubbliche*, Introduzione al Congresso di Palermo, del settembre 1994, organizzato dall'Ente acquedotti siciliani, in *Dir. e giurispr. dell'ambiente*, 1995, pag. 5. Sui ritardi dell'applicazione della legge 36 del 1994, e delle normative di attuazione da parte delle regioni, si veda G. SA., *Ancora in ritardo la legge Galli*, in *Sole 24 ore*, 11 dicembre 1996; e V. MORGANTE, *Commissari nelle regioni inadempienti sulla l. Galli*, in *Sole 24 ore*, 25 gennaio 1997. Sull'insufficienza della l. Merli, vedi LUGARESI, cit., pag. 14.

¹¹ Giurisprudenza costante: Cassazione 20 giugno 1958, n. 2141, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Acque Pubbliche*, c. 25, n. 31; inoltre Cassazione. 31 ottobre 1955, n. 3571, parzialmente riportata in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, Milano, 1994, sub art. 822. Un panorama delle concrete applicazioni giurisprudenziali del principio si ritrova in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, nella parte a cura di P. STELLA RICHTER, libro II, tomo 1, Milano, 1994, sub art. 822, spec. pag. 32-41. Più in particolare in ordine ai laghi, si veda: Cassazione 20 giugno 1958, n. 2141, in *Giur. it.*, 1958, I, 1126. Quanto alle sorgenti venivano prima considerate pubbliche anche quelle di modesta entità, purché concorrenti insieme ad altre sorgenti ad alimentare un corso d'acqua (Tribunale superiore delle acque pubbliche, 1 ottobre 1974, n. 16, in *Cons. di Stato*, 1974, II, 1162), così come, qualora abbiano attitudine ad usi di pubblico interesse, è escluso ogni diritto di proprietà del proprietario del fondo su cui esse sgorgano (Cassazione 7 dicembre 1974, n. 4088, in *Giust. civ.*, 1975, I, pag. 1203).

¹² Cassazione 24 giugno 1976, n. 2366, in *Rep. Foro it*, 1976, voce *Acque pubbliche e private*, c. 30, n. 25.

¹³ Cassazione 28 aprile 1976, n. 1507, in *Rep. Foro it*, 1976, voce *Acque pubbliche e private*, c. 30, n. 26.

quanto è la legge adesso che lo presume, senza possibilità di prova contraria, indistintamente per tutti i tipi di acque). In tal modo si supera anche il conseguente problema riguardo l'applicabilità o meno alle acque del regime giuridico proprio dei beni pubblici.

Pertanto tutte le acque (superficiali e sotterranee), essendo state espressamente dichiarate pubbliche da una legge (L. 36/94 appunto), sono ricomprese nei beni indicati dall'art. 822 del codice civile ¹⁴, che concerne appunto i beni appartenenti allo Stato e facenti parte del pubblico demanio. Il fatto che la legge 36/94 dichiara generalmente all'art. 1 che le acque sono pubbliche, non può far sorgere dubbi in merito alla loro ricomprensione nella disciplina dettata dal suddetto articolo e dagli altri ad esso collegati. Infatti tale articolo, al primo comma, dispone espressamente che "appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico, il lido del mare, [...]; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche delle leggi in materia". Le acque, quindi, come si evince dal combinato disposto dall'art. 1 l. 36/94 e dal primo comma dell'art. 822 c.c., rientrano nell'ambito dei beni demaniali, e precisamente nella categoria particolare, riscontrabile nel codice ¹⁵, dei beni costituenti il c.d. demanio naturale o necessario.

Tali beni si caratterizzano, oltre che per la necessaria appartenenza allo Stato e ad enti pubblici territoriali, anche per la peculiarità del loro regime giuridico. I beni demaniali hanno la natura di *res extra commercium*, ossia di cose poste al di fuori della sfera dei rapporti patrimoniali privati. Di conseguenza, come stabilisce l'art. 823 c.c., "sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi". Tale inalienabilità comporta che i beni demaniali non possono essere oggetto di negozi di diritto privato, diretti a trasferire la proprietà a persone diverse dallo Stato, o a costituire a favore delle medesime servitù o altri diritti reali ¹⁶. Il carattere di indisponibilità dei beni demaniali si presenta così intenso da comportarne una loro incommerciabilità assoluta, che determina una nullità radicale degli eventuali atti di disposizione che li concernono, per impossibilità giuridica dell'oggetto, come si ricava dall'esame coordinato dell'art. 823 e 1418 cod. civ. ¹⁷.

¹⁴ Da un esame correlato delle diverse normative è agevole conseguirne che il codice del 1942 confermava sostanzialmente, in tema di beni pubblici, l'impostazione dogmatica del t.u. del 1933. Sul punto confronta LUGARESÌ, cit., pag. 56.

¹⁵ Vedi R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996, pag. 338.

¹⁶ Si veda inoltre Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana, sez. cons., 16 luglio 1991/240/91, in *Giur. amm. sic.*, 1991, pag. 645, parzialmente riportata in *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, cit., sub art. 823.

¹⁷ Come è noto, l'art. 1418 c.c. dispone: "Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Dalla connotazione pubblicistica che deriva al regime delle acque in virtù della riforma operata dalla L. 36 del 1994, discende inoltre che queste non possano più costituire oggetto di appropriazione a titolo originario, da parte di soggetti privati. A tale considerazione si giunge dall'analisi del primo comma dell'art. 1145 c.c., che dispone che "il possesso di cose di cui non si può acquistare la proprietà è privo di effetti giuridici". Il potere di fatto esercitato su di essi non comporta quindi la possibilità di un acquisto per usucapione¹⁸. Non costituisce eccezione a tale principio la norma riportata al secondo e al terzo comma dell'art. 1145 c.c., secondo la quale "nei rapporti tra privati è concessa l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico" e "se trattasi di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione, è data altresì l'azione di manutenzione". Nel primo caso l'azione intercorre nei rapporti tra privati e non concerne l'autorità amministrativa in qualità di soggetto passivo; si assiste qui ad un'autonoma tutela del possesso allo scopo di far rispettare la situazione di fatto, ma non si è in alcun modo in presenza di una modifica della situazione di diritto. Nel caso poi previsto dal terzo comma, ossia qualora sia riconosciuta esperibile l'azione di manutenzione, anche nei riguardi della pubblica amministrazione, la legittimazione per il privato discende dalla sua qualità di concessionario, e cioè in virtù di un atto amministrativo che lo ricomprenda, in senso (volutamente molto) lato, nell'ambito della p.a.¹⁹.

I beni demaniali non sono inoltre assoggettabili ad esecuzione forzata, né ad espropriazione per pubblica utilità²⁰. Tale incommerciabilità non è però assoluta. Il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti possono infatti verificarsi in forza di negozi o di altri fatti giuridici di diritto pubblico contemplati da leggi speciali

Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345, e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti nell'art. 1346". Quest'ultimo articolo, nell'indicare i requisiti dell'oggetto del contratto, prevede che tale oggetto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

¹⁸ Vedi Cassazione 12 novembre 1979, n. 5835.

¹⁹ Cassazione 25 marzo 1966, n. 802, in *Giust. Civ., Mass.*, 1966, n. 459; G. PESCATORE: *Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1968, pag. 107.

²⁰ Vedi G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, vol. VII, Torino, 1982, pag. 185.

²¹. Dalla giurisprudenza si ammette invece che sul suolo demaniale possa essere costituito un diritto di superficie ²².

L'inalienabilità non esclude poi che un bene demaniale possa essere trasferito da un ente pubblico ad un altro, purché non venga mutata la sua natura e non sia indispensabile la sua appartenenza ad un ente specifico.²³

Solo per esigenze di completezza del discorso, occorre peraltro effettuare delle ulteriori precisazioni.

La distinzione tra acque pubbliche e private non era assoluta prima della legge Galli, in quanto promanava da un giudizio sul pubblico uso al quale esse erano singolarmente destinate. Ma la legge 36 del 1994, pur avendo sancito la pubblicità di tutte le acque, ha mantenuto, anche se in misura esigua, la distinzione tra pubblico e privato, e l'ha conservata, come si esaminerà in maniera più puntuale in seguito, proprio facendo riferimento, all'art. 28, al criterio dell'uso effettivo.

Parte della dottrina, oltre alla tradizionale partizione dei beni pubblici in demaniali e patrimoniali (disponibili e non), proprio con riferimento alla loro utilizzazione, distingue i beni pubblici in tre sottocategorie: beni riservati, beni a destinazione pubblica e beni collettivi ²⁴. Di tale categorie interessa la prima, in quanto è pacificamente ammessa l'inclusione delle acque pubbliche tra i beni riservati ²⁵. La riserva comporta che soggetti diversi da quello indicato dalla legge, sulla base di specifici requisiti legati di regola alla natura del bene, quale titolare e garante del bene, non possano acquistarne la proprietà ²⁶. Peraltro mentre ai sensi del testo unico sulle acque la riserva derivava dal controllo dei requisiti di idoneità al soddisfacimento del pubblico interesse, e da una valutazione della p.a. su di essi, invece l'introduzione della nuova normativa ad opera della legge n. 36 comporta che la ri-

²¹ Vedi PESCATORE, cit, pag. 106.

²² Vedi Consiglio di Stato, 3 ottobre 1992, n. 932, in *Cons. di Stato*, 1992, I, 1303.

²³ Si veda PALMA, cit., pag. 186, per il quale risultano trasferibili quei beni suscettibili di appartenere a qualsiasi ente territoriale, in quanto non necessariamente legati ad un determinato territorio (biblioteche, pinacoteche), mentre gli immobili possono, in via generale, essere trasferiti da un ente maggiore (Stato, Regione, Provincia, ...) ad un ente minore (rispettivamente Regione, Provincia, Comune, ...). E GALLI, cit., pag. 338. Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria, del 28 maggio 1976, n. 144, in *Trib. Ammin. Region.*, 1976, I, pag. 3461.

²⁴ Vedi V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, pag. 278 ss.

²⁵ CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, cit., pag. 283; e V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, pag. 304 ss.

²⁶ La riserva peraltro non ha il fine, nei confronti dei beni che ne sono oggetto, di porre i pubblici poteri in una situazione di vantaggio rispetto ai singoli cittadini, quanto piuttosto di assicurare alla collettività godimento di tali beni attraverso il negare l'ammissibilità di singoli episodi di appropriazione. Vedi LUGARESÌ, cit., pag. 69; nonché S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, pag. 257 ss.

serva discenda direttamente dalla legge, senza che sia necessario procedere alla verifica della sussistenza di ulteriori requisiti ²⁷.

Queste ulteriori puntualizzazioni non mutano peraltro quello che è il contenuto sostanziale di quanto prima affermato; per cui, volendo riassumere quanto finora esaminato, va rilevato che va esclusa l'appropriabilità privata, nonché la commerciabilità e quindi la suscettibilità ad essere trasferiti da/a privati, dei beni in discorso e, pertanto, qualsiasi atto posto in essere in violazione di siffatte regole, risulta radicalmente nullo ed assolutamente irrilevante.

Da un punto di vista negoziale e di redazione degli atti, alla luce delle considerazioni finora effettuate, e tramite il loro coordinamento con quanto dettato dalla legge notarile, 16 febbraio 1913, n. 89, in particolare con il disposto dell'art. 28, che stabilisce al n. 1 che "il notaio non può ricevere atti se essi sono espressamente proibiti dalla legge [...]", consegue che un notaio non possa ricevere atti nei quali sorgano contrattazioni in ordine ai suddetti beni, ossia non possa intervenire in una contrattazione tra privati in ordine ad un bene rientrante nella categoria delle acque superficiali e sotterranee - e quindi onnicomprensiva di qualunque tipo di acqua, salvo alcune specifiche limitazioni, che si vedranno più innanzi - in quanto l'atto sarebbe affetto da nullità assoluta, e pertanto, a ben vedere, espressamente proibito dalla legge.

2. L'orientamento della Corte Costituzionale sul tema: la decisione 10 luglio 1996, n. 259. Il criterio della centralità dell'utilizzo delle acque.

E' opportuno al momento esaminare quanto dalla Corte costituzionale di recente affermato in ordine ai profili di illegittimità sollevati dalla nuova normativa in tema di acque.

Con la decisione 10 luglio 1996, n. 259, la Corte si è trovata infatti ad studiare e a valutare la legittimità e la compatibilità di quanto disposto dall'art. 1 della L. 36/94 con il dettato delle norme costituzionali. Le conclusioni raggiunte non sono particolarmente difformi da quelle finora rilevate.

Si legge infatti, tra le considerazioni di diritto, che "la pubblicità delle acque ha riguardo al regime dell'uso di un bene divenuto limitato, come risorsa comune, mentre il regime (pubblico o privato) della proprietà del suolo in cui esso è contenuto diviene indifferente in questa sede di controllo di costituzionalità [...] potendo

²⁷Sul punto, e sui delicati problemi in ordine al momento di inizio della demanialità, LUGARESI, cit., pag. 70 e ss.

formare oggetto di una questione di legittimità costituzionale solo in presenza di acquisizione coattiva di manufatti ed opere o terreni necessari per la captazione o l'utilizzo".

Pertanto, quanto stabilito dalla nuova legge, ad avviso della Corte, avrebbe essenzialmente spostato l'attenzione, più che sulla proprietà delle acque (pubbliche), sul loro utilizzo: "l'interesse generale è alla base della qualificazione di pubblicità di un'acqua, come risorsa suscettibile di uso previsto o consentito; ma questo interesse è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie se in proiezione verso il futuro), di uso dell'acqua, suscettibile, anche potenzialmente, di utilizzazione collimante con gli interessi generali".

Il primo comma dell'art. 1 della L. 36/94, non solo non contrasta con gli art. 2, 3 e 42 della Costituzione, ma, conclude la Corte, è fondamentale per il raggiungimento dei fini perseguiti mediante l'art. 117²⁸, sempre della Costituzione, ponendo in essere "come scelta non irragionevole operata dal legislatore, un modo di attuazione e salvaguardia di uno dei valori fondamentali dell'uomo".

Non si vuole in questa sede pervenire ad una valutazione della decisione della Corte. Peraltro il discorso portato avanti dai giudici della Consulta è sufficientemente chiaro ai fini che a noi interessano.

Che le acque siano ormai divenute pubbliche, salvo esigue eccezioni - che verranno esaminate fra poco - non può più sussistere alcun dubbio. Lo spostamento operato dalla Corte in ordine alla centralità dell'utilizzo delle acque, rispetto alla pubblicità della loro titolarità, non sta a significare che quest'ultimo non sia peraltro elemento essenziale della modifica normativa operata; e che al momento dal Collegio considerato più importante, in quanto motivo giustificativo e fondamentale del provvedimento legislativo, ossia all'interesse generale al sapiente utilizzo di un bene vitale che giorno dopo giorno diventa sempre più prezioso, esso non sia strettamente legato. Il legislatore ha ritenuto che il modo più opportuno per evitare un indiscriminato utilizzo delle acque consistesse nel sottrarlo al potere di disposizione dei semplici privati, ed affidarne la sua cura alla pubblica amministrazione. In tal modo si verrebbe a giustificare l'integrale trasferimento di tutte le acque - e dei relativi terreni di contenimento, n.d.r. - nell'ambito del pubblico demanio idrico.

Per cui, come già detto, le conseguenze che ne derivano sono quelle prima rilevate in ordine all'inalienabilità di detti beni.

²⁸ L'art. 33 della L. 36/94 prevede: "*Disposizione di principio*. Le disposizioni di cui alla presente legge costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione. Sono fatte salve le competenze spettanti alle regioni a Statuto speciale [...]".

3. Sulle forme di utilizzazione dei beni pubblici da parte dei privati: le concessioni.

Quanto finora rilevato non comporta però che i privati siano del tutto esclusi da una qualche forma di disposizione o di godimento di tale tipo di beni. Innanzitutto alcuni tipi di acque conservano un regime che può definirsi particolare rispetto a quello pubblico previsto dal primo comma dell'art. 1 della legge del 1994.

L'utilizzo delle acque sotterranee per usi domestici è ancora regolata dal secondo comma dell'art. 93 del R. D. 1775/33 ²⁹.

La raccolta di acque piovane in invasi o cisterne al servizio di fondi agricoli o di singoli edifici è libera ³⁰.

Le acque termali minerali e per uso geotermico non rientrano nella disciplina della nuova legge, ma sono regolate da leggi speciali ³¹.

Eccettuate queste particolari categorie, che rappresentano le principali eccezioni alla regolamentazione in esame, le acque sono assoggettate, come già in precedenza osservato, alla disciplina propria dei beni pubblici. Peraltro l'inalienabilità non esclude che detti beni possano formare oggetto di atti amministrativi costitutivi di diritti a favore di terzi, sia pure "nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguardano", come si evince dall'ultimo inciso del primo comma dell'art. 823 c.c.

Numerosi, e divergenti, sono i contributi di studio sul tema. Senza alcuna pretesa di esaustività, può rilevarsi che, rispetto all'uso dei beni demaniali da parte

²⁹ Peraltro, il quinto comma dell'art. 28 della L. 36/94, in relazione al comma 3 dell'art. 3, sempre della stessa legge, prevede un obbligo generale volto ad evitare prelievi in eccedenza che turbino l'equilibrio del bilancio idrico dell'area ove si svolgano.

³⁰ Si vedano il terzo ed il quarto comma dell'art. 28, sempre della legge n. 36.

³¹ Le acque termali, minerali e per uso geotermico sono disciplinate da leggi speciali, come stabilisce il quarto comma dell'art. 1 della L. 36/94. Tra i numerosi provvedimenti, possono ricordarsi: il r.d. 28 settembre 1919, n. 1924, "Regolamento per la esecuzione del capo V della l. 16 luglio 1916, n. 947, contenente disposizioni sulle acque minerali e gli stabilimenti termali, idroterapici e di cure fisiche ed affini"; il d.m. 20 gennaio 1927, "Istruzioni per la utilizzazione e il consumo delle acque minerali"; il r.d. 29 luglio 1927, n. 1443, "Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere del Regno"; il d.p.r. 14 gennaio 1972, n. 2, "Trasferimento alle regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di acque minerali e termali, di cave e torbiere e di artigianato e del relativo personale"; nonché la dir. CEE del 15 luglio 1980, n. 80/777, entrata in vigore il 17 luglio 1984, in materia di "Riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sulla utilizzazione e la commercializzazione delle acque minerali e naturali"; oltre a numerose leggi regionali e di stanziamento di contributi. Vedi sull'argomento: L. RAMELLI DI CELLE, *Acque minerali e termali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1987, pag. 43 ss. Si veda inoltre Cassazione 21 luglio 1995, n. 55, in *Cons. di stato*, 1995, 2, pag. 1426.

di soggetti diversi dall'ente proprietario la dottrina tradizionale ³², seguita anche dalla giurisprudenza, opera una distinzione tra:

a) *uso comune o generale*, consentito a tutta la collettività *uti cives*, conforme, sul piano fattuale alla peculiare e primaria destinazione del bene.

b) *uso speciale o particolare*, anch'esso non in contrasto con la destinazione tipica del bene, consentito solo ai singoli individui in virtù di uno specifico atto amministrativo a titolo particolare (ad es. pagamento di una tassa, autorizzazione o licenza rilasciata dalla pubblica amministrazione, ...), con l'imposizione, a detti soggetti di allestire accorgimenti idonei a scongiurare i pericoli che potrebbero derivare dalla fruizione del bene, in quanto necessiterebbe di mezzi o modalità potenzialmente pregiudiziali per la loro consistenza o l'integrità degli altri utenti.

c) *uso eccezionale*, che si ha solo se conforme ad una destinazione secondaria del bene o comunque non in contrasto con quella normale, ed è conferito mediante una concessione amministrativa.

Tale impostazione non viene più oggi generalmente condivisa, in quanto - afferma la dottrina più recente - si fonda sulla considerazione che i beni pubblici siano suscettibili di essere utilizzati secondo modelli omogenei e che il tipo di utilizzazione operato dai privati rispetto alla conservazione o meno della destinazione di detti offra un indice decisivo ai fini della classificazione di tali funzioni ³³. E' quindi oggi, anche in virtù dell'enorme allargamento degli interessi sociali, estremamente difficile, e a volte inesatto, operare distinzioni tipologiche e ricorrere quindi allo schema tradizionale dell'uso normale, speciale o eccezionale (va rilevato infatti come molte volte gli usi dell'uno o dell'altro tipo si pongono sullo stesso piano, in modo che sia difficile stabilire quale possa essere ritenuto preminente).

Per questo la dottrina odierna ritiene che debba essere utilizzata soltanto la distinzione tra *uso collettivo o generale* e *uso individuale o particolare*. Tale distinzione "si fonda sul principio per cui il concetto di destinazione all'uso pubblico deve conformarsi all'interesse collettivo; è quest'ultimo nella sua dimensione che può determinare una variazione dei modelli di utilizzazione del bene pubblico" ³⁴. La pubblica amministrazione quindi, stabilirà quali saranno i modelli concreti di fruizione del bene, non tenendo più conto delle loro qualità oggettive, o perlomeno non solo, ma facendo riferimento agli interessi collettivi rilevanti alla loro specifica utilizzazione. In tal modo le amministrazioni dello Stato e degli enti locali si pongono concretamente come interpreti del mutamento degli interessi collettivi.

³² Vedi, per uno schema esemplificativo, gli autori riportati da PALMA, *cit.*, a pag. 189, nota 53.

³³ Vedi GALLI, *cit.* pag. 349; e PALMA, *cit.*, pag. 189.

³⁴ Sempre GALLI, *cit.*, pag. 349.

Ritornando alla distinzione prima accennata, con *uso generale* viene designato l'uso cui tutti siano indiscriminatamente ammessi, *uti cives* (ad es. transito sulle strade, navigazione, pesca, ...); ciò anche nel caso in cui, talora, la legge richieda il pagamento di una tassa (ad es. per la visita a musei, o l'ingresso a monumenti, o la circolazione degli autoveicoli) o il rilascio di un permesso. Si parlerà quindi di uso normale quando il modello di utilizzazione del bene sia proprio quello che corrisponda alla sua vocazione naturale (e quindi, vi sono ricompresi anche quei beni che pur presentando una vocazione naturale e siano quindi accessibili a tutti, ciononostante, necessitino, per il loro utilizzo, di un'autorizzazione da parte pubblica amministrazione, in quanto la fruizione di tali beni da parte di taluni membri della collettività importa la predisposizione di determinate cautele, finalizzate ad evitare i rischi attinenti alla conservazione di tali beni nonché dell'integrità degli altri utenti).

Si è nell'ambito dell'*uso particolare* qualora invece vengano ammessi all'utilizzo del bene i beneficiari di specifici provvedimenti amministrativi di concessione, che fruiscano del bene non più *uti cives*, ma *uti singuli*. Si realizza tale modello di utilizzazione del bene nel caso in cui la pubblica amministrazione a prescindere dalla naturale vocazione dello stesso, intenda incrementarne le potenzialità economiche o di sfruttamento. In tale situazione, al fine di realizzare i suddetti ulteriori interessi pubblici (ossia della collettività), la pubblica amministrazione consente che sul bene in questione sia consentito l'uso esclusivo da parte di singoli e determinati soggetti (che offrano maggiori garanzie tecniche ed organizzative per conseguire gli scopi programmati), impedendone l'utilizzo e l'accesso da parte della generalità dei cittadini, e pertanto sottraendo una parte del bene stesso all'uso comune. La concessione svolge una funzione economica di sfruttamento e potenziamento finalizzata alla migliore utilizzazione di beni di uso collettivo ³⁵.

L'atto di concessione si caratterizza inoltre per una sua rilevanza ad una sua essenza anche privatistica.

Per quanto riguarda la sua configurazione giuridica, va innanzitutto premesso che la concessione amministrativa ha l'effetto di far sorgere nel privato una facoltà del tutto nuova e per di più diversa da quella spettante alla pubblica amministrazione concedente. Tale situazione è ritenuta costitutiva di diritti di carattere pri-

³⁵ Va qui ricordato, con specifico riferimento al caso in esame, che l'art. 34 della L. 36 del 1994 prevede un periodo transitorio di tre anni per l'esercizio del diritto al riconoscimento o alla concessione di acque per tutelare coloro che utilizzavano acque prima che venissero dichiarate pubbliche.

vato, che ben possono farsi rientrare nella categoria dei diritti (reali) su cosa altrui³⁶.

Il titolare di una concessione acquista quindi delle posizioni giuridiche attive che la dottrina meno recente configura come di diritto soggettivo³⁷; la concessione di un uso eccezionale su bene demaniale costituirebbe in capo al privato concessionario, facoltà configuranti "diritti soggettivi assimilabili ai diritti reali di godimento" su cosa altrui, anche qualora si atteggiino poi con peculiarità e particolarità loro proprie, discendenti dall'interesse pubblico che comunque li finalizza e ne disciplina la modalità di esercizio. L'attività del concessionario è infatti limitata da tale interesse, gravando su di esso l'obbligo di esercitare l'attività dedotta in concessione (nelle concessioni di beni e servizi sono poi configurabili specifici obblighi di efficienza nell'organizzazione del servizio dell'attività utilizzataria del bene).

Si tratterebbe, quindi di veri e propri diritti soggettivi di natura privata, configuranti, nella maggior parte dei casi, una struttura reale, in quanto comportano "una estrinsecazione del potere del concessionario direttamente sulla cosa che ne costituisce l'oggetto immediato". Tali diritti hanno il carattere dell'assolutezza, potendo essere fatti valere *erga omnes*, pur nel rispetto dell'osservanza dei limiti posti dalla natura e dalla funzione del bene³⁸. Va rilevato comunque che la concessione amministrativa non attribuisce necessariamente diritti di consistenza reale, ma da essa possono discendere anche diritti assimilabili a quelli personali di godimento. Questi non sono esclusi dalle disposizioni dell'art. 823 c.c., potendo coesistere anche in presenza dei poteri d'imperio dell'ente concedente a tutela dell'interesse pubblico³⁹.

Va osservato che detti diritti (reali e personali) non sono comunque completamente assimilabili a quelli regolati dal diritto privato, dai quali divergono.

Non va dimenticato infatti che permane un potere d'imperio nonché una facoltà di controllo e d'intervento dell'ente concedente, che si esplicita in un potere di autotutela che l'ente può far valere nei confronti del concessionario, oltre che ai terzi. Tale potere è giustificato dall'esigenza che il pubblico interesse - che anche se

³⁶ Vedi Cassazione 19 luglio 1969, n. 2707, in *Giust. civ.*, 1969, I, pag. 1810, e Cassazione 21 gennaio 1970, n. 130.

³⁷ Vedi quanto riportato da GALLI, *cit.*, pag. 554.

³⁸ Si vedano: Cassazione, 21 gennaio 1970, n. 130, in *Giust. civ.*, 1970, I, pag. 568; Cassazione 28 gennaio 1970, n. 176, in *Giust. civ.*, 1970, I, pag. 708; e Cassazione 18 ottobre 1971, n. 2932, in *Giur. it., Massim.*, 1971, pag. 1576.

³⁹ Vedi anche Cassazione 8 agosto 1983, n. 5527, in *Foro ital.*, 1983, I, pag. 2724.

mediato - è comunque requisito essenziale in un rapporto di concessione, sia tutelato e protetto da ogni turbativa o possibilità di contrasto.

Da ciò ne deriva che il diritto del concessionario, come sostiene parte della dottrina più recente, di fronte all'esercizio del potere d'imperio da parte della pubblica amministrazione "non può non affievolirsi, riducendosi cioè ad un mero interesse legittimo"⁴⁰. Dello stesso avviso è anche chi sostiene recisamente che "il privato ha un interesse legittimo, non un diritto soggettivo all'uso di un bene demaniale, né vanta un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione circa la manutenzione dei beni demaniali; ha soltanto il diritto soggettivo a che la possibilità di un uso eccezionale non venga impedita per fatto altrui o della stessa pubblica amministrazione"⁴¹.

Per quanto riguarda la loro tutela, infine, quanto finora rilevato comporta che tali posizioni siano tutelabili giurisdizionalmente innanzi al giudice ordinario in caso di pretese avanzate da terzi e anche contro quelle della pubblica amministrazione, purché, in questo caso, l'autorità amministrativa abbia operato al di fuori dei poteri relativi alla costituzione, modificazione, estinzione del rapporto di concessione. Qualora invece la tutela riguardi tale ambito, sarà necessario invece adire l'autorità amministrativa e i mezzi di tutela da essa predisposti (ivi compresi Tribunali Amministrativi e Consiglio di Stato). Va però ricordato che in materia di acque pubbliche la competenza è affidata ai Tribunali, regionale e superiore, delle Acque pubbliche⁴².

⁴⁰ Vedi PALMA, cit. pag. 192.

⁴¹ Vedi *Codice civile annotato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 1991, pag. 25, che riporta: C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1962, pag. 240; e A. M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, pag. 288.

⁴² Vedi M. CONTE, *Tribunali delle acque pubbliche*, in *Enc. del dir.*, XLV, Milano, 1992, pag. 51 ss. Si vedano inoltre: Cassazione, sez. un., 28 novembre 1994, n. 10124, in *Cons. di Stato*, 1995, 2, pag. 661. E inoltre Cassazione, sez. un., 11 ottobre 1994, n. 8291, in *Giur. civ., rep.*, 1994, voce *acque pubbliche*, col. 32, e, *ivi*, Cassazione, sez. un., 15 aprile 1994, n. 3520, dove appunto si dispone che "rientra nella competenza dei Tribunali Regionali delle Acque la cognizione di tutte le controversie che incidono, direttamente o indirettamente, sugli interessi pubblici connessi al regime delle acque, restando affidate alla competenza degli organi ordinari dell'autorità giudiziaria le controversie tra privati, le quali, ancorché abbiano per presupposto l'utilizzazione dell'acqua pubblica, non incidono sugli interessi della pubblica amministrazione".

Interessante è poi la sentenza, sempre della Cassazione, n. 7475, del 6 luglio 1995, in *Rep. Foro it.*, 1995, pag. 470, che stabilisce che "la competenza del Tribunale Superiore delle acque pubbliche sulle controversie tra privati aventi per oggetto i diritti relativi alla derivazione ed utilizzazione di acque pubbliche, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 L. 5 gennaio 1994, n. 36, presuppone, comunque la concreta utilizzabilità delle acque per uso di pubblico interesse".

4. *Più in particolare sulla disciplina delle acque: acque private ed acque pubbliche.*

Occorre adesso soffermarsi con la necessaria attenzione su alcuni aspetti particolari della complessa e tutt'altro che semplice disciplina quale si evince dai provvedimenti finora richiamati. In particolare si intende qui svolgere una ricostruzione sistematica di quanto dalla suddetta normativa dettato in tema di usi delle acque pubbliche a fini domestici e a fini di irrigazione. Tale ricerca va peraltro effettuata ponendo attenzione alla diverse disposizioni dettate per il caso che si tratti di acque superficiali, ovvero sotterranee.

Prima della riforma operata dalla legge Galli, la disciplina per quanto concerne la titolarità e l'utilizzazione delle acque pubbliche presentava un duplice risvolto, in quanto si atteggiava in maniera differente a seconda che riguardasse diritti su acque private, ovvero che l'attività dei diversi soggetti gravasse su acque definite pubbliche. Peraltro il provvedimento in esame ha comportato, si è visto, un radicale mutamento di prospettiva per cui si assiste ad un ancor più netto spostamento di interesse dai profili prettamente dominicali agli aspetti più propriamente di gestione e di governo delle acque ⁴³. tuttavia ciò non toglie importanza ad uno studio che esamini anche gli aspetti "privatistici" della vecchia e dell'odierna regolamentazione.

4.1. Le acque private (*rectius* non pubbliche) nella disciplina del codice.

"La nozione di acque non pubbliche (o private) è essenzialmente negativa, in quanto comprende le acque che non sono pubbliche" ⁴⁴. La disciplina concernente l'utilizzazione delle acque private, per meglio dire, delle acque non pubbliche, si riscontra essenzialmente nel codice civile, al libro terzo, titolo II, sezione IX, *Delle acque*, agli art. 909-921.

Per quel che concerne più in generale gli art. che vanno dal 909 al 921, essi possono essere suddivisi grosso modo in tre gruppi. Il primo, art. 909-912 e 918-921, riguarda l'uso delle acque; il secondo, art. 913 e 914, lo scolo e il prosciugamento dei terreni; il terzo, art. 915-917, la difesa contro le acque fluenti ⁴⁵.

⁴³ Sul punto LUGARESI, cit., pag. 6 ss.

⁴⁴ Così R. ALBANO: *Le limitazioni legali in tema d'acque (non pubbliche)*, in *Tratt. di dir. priv.*, VII, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, pag. 613. E A. TABET - E. OTTOLENGHI - G. SCALITI, *La proprietà*, voce: *Il regime delle acque non pubbliche*, in *Giur. sistematica civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1981, pag. 719.

⁴⁵ A tali raggruppamenti sono collegate altrettante leggi speciali, e, per l'esattezza, rispettivamente, il t.u. 11 dicembre 1933, n. 1775, per l'uso delle acque sotterranee, pubbliche o private; il r.d. 13 febbraio

Esaminando con maggior attenzione il primo, che è quello che più interessa al discorso che si sta svolgendo, osserviamo che l'art. 909 c.c. - *Diritto sulle acque esistenti nel fondo* - prevede al primo comma che "il proprietario del suolo ha diritto di utilizzare le acque in esso esistenti, salvo le disposizioni delle leggi speciali per le acque pubbliche e sotterranee".

L'art. 910 c.c. dispone che "il proprietario di un fondo limitato o attraversato da un'acqua non pubblica, che corre naturalmente e sulla quale altri non ha diritto, può, mentre essa trascorre, farne uso per l'irrigazione dei suoi terreni e per l'esercizio delle sue industrie [...]".

Viene pertanto qui dettata una disciplina concernente l'utilizzazione delle acque (non pubbliche) da parte di soggetti privati, la quale considera sia l'ipotesi in cui l'utilizzo sia pressoché esclusivo da parte del privato, in quanto il fondo comprende il corso d'acqua o una sua intera porzione, sia quella in cui l'utilizzazione del corso d'acqua o della sua porzione debba essere condivisa con altri soggetti, in questo caso rivieraschi.

Il codice civile continua con il prevedere poi, all'art. 911, l'apertura di nuove sorgenti ed altre opere, nonché, all'art. 912, la conciliazione degli opposti interessi dei proprietari a cui un'acqua non pubblica possa essere utile. Gli art. 918-921 contengono inoltre disposizioni in ordine alla costituzione di consorzi per il migliore e più razionale sfruttamento delle acque. Per il loro funzionamento si applicano, in quanto compatibili, le norme della comunione, ove siano di natura volontaria (art. 920), e quelle dei consorzi di miglioramento fondiario, se coattivi (art. 921 e 863).

Ulteriori disposizioni sono poi contenute agli art. 941-947 c.c., in tema di acquisti a titolo originario. E inoltre agli art. 1080-1099 c.c., con riferimento alle servitù di presa o di derivazioni di acqua e degli scoli e degli avanzi di acqua. E ancora, agli art. 1049-1050 c.c., in ordine alla somministrazione coattiva di acqua a un edificio o a un fondo.

segue) La natura del diritto di utilizzazione delle acque non pubbliche previsto dalla normativa del codice civile.

Si è rilevato che il proprietario del fondo che viene limitato o attraversato da un corso di acqua non pubblica, può utilizzarla, a fini irrigui o industriali, salvo che ciò non contrasti con situazioni di altro soggetto in contrasto. Tale potere - forse è

1933, n. 215, per lo scolo e il prosciugamento dei terreni; il t.u. 25 luglio 1904, n. 523, sulle opere idrauliche per la difesa delle acque fluenti. Sul punto, vedi ALBANO, cit., pag. 613.

più appropriato denominarlo facoltà - è oggetto di un diritto che trova la sua specifica previsione negli articoli prima esaminati, ma sull'esatta qualificazione di tale diritto peraltro si nutrono varie e non univoche perplessità. Difficile è infatti la configurazione di un vero e proprio diritto di proprietà nei confronti di un'entità naturale, il corso d'acqua, che scorre e si rinnova continuamente. Il dominio dell'uomo su di essa trova una sua esplicitazione solo ove essa sia stata prelevata e distolta dal suo naturale scorrere. E' sostanzialmente questa la ragione per cui le norme del codice civile si esprimono in termini di potere o possibilità di "farne uso" ⁴⁶.

Pertanto sembra doversi dubitare che si abbia una vera e propria proprietà di quest'acqua non pubblica, considerata nel suo insieme, almeno con l'atteggiamento normalmente conosciuto con riguardo ad altre categorie di beni. Per le stesse ragioni, va escluso che sia qui configurabile un diritto reale, anche se diverso dalle servitù.

Pertanto, al fine di individuare una soluzione a questo problema, fare riferimento ad un dato che emerge nettamente dalla disciplina codicistica. Il potere di uso da parte di un soggetto privato è strettamente correlato al rapporto tra lo stesso e il terreno nel quale, o ai cui limiti, scorre l'acqua. ⁴⁷. Da tale intima connessione tra il fondo e il suo proprietario - o in altro modo possessore o detentore - deriva la possibilità, riconosciuta dagli art. 909 c.c. ss., di fruire della risorsa. Per cui più che di specifica proprietà dell'acqua, in quanto questa sia indistinta, si può forse più correttamente parlare di una facoltà che rientra nel diritto di proprietà del suolo, che consente al titolare dello stesso di prelevare - e con tale atto apporre il proprio dominio - quanta acqua gli occorra per i suoi scopi ⁴⁸.

⁴⁶ Anche se, si osserva al contrario, che "occorre rilevare che *l'acqua viva* e *l'acqua profluens* sono oggetto di considerazione e disciplina giuridica non come elemento liquido caratterizzato dalla fluidità, bensì con riferimento alla concreta realtà della vena o polla, del corpo o massa d'acqua, che, pur rinnovandosi di continuo nelle sue molecole, costituisce un tutto costante, incorporato in quella fonte, in quell'alveo, in quell'invaso: il diritto riconosce poteri di godimento e di disposizione sulla sorgente, sul fiume, sul rivo, sul lago, come beni aventi una loro propria individualità, distinti dal suolo in cui esistono, e considerati come immobili (cfr. art. 812 c.c.)". Così ASTUTI, *cit.*, pag. 391, 392.

⁴⁷ Questo rilievo verrà effettuato anche in sede di analisi delle risorse idriche demaniali, quando si tratterà dei rapporti tra utente e concessione idrica.

⁴⁸ Su tale questione, si veda: TABET - OTTOLENGHI - SCALITI, *cit.*, pag. 730 e 731. Su tale collegamento, vedi anche COSTANTINO, *cit.*, pag. 58. Va peraltro rilevato, e ulteriori osservazioni verranno effettuate in seguito, che tale connessione non va intesa nel senso che ogni acqua che scorra su di un fondo privato vada intesa tale. Ciò di sicuro non è, in particolar modo in virtù della l. Galli. Peraltro essa va configurata, qualora le circostanze fattuali e di diritto non vi ostino, quale appunto nesso fondante il potere di appropriabilità da parte dei privati.

Il che non contrasta del tutto con quanto affermato da quella dottrina che ritiene che non appaia “giustificata l’opposizione ad ogni riferimento al concetto di proprietà: si tratta senza dubbio di una proprietà *sui generis*, perché un diritto di proprietà dell’acqua fluente s’identifica appunto con il diritto di appropriarsi dell’acqua, e perché la disciplina dell’uso delle acque è soggetta a condizioni e limiti particolari, in rapporto alla natura e alla funzione economico-sociale delle acque stesse”⁴⁹. Ciò comporta, sempre per tale autore, la ravvisabilità di un godimento dei beni in questione *iure proprietatis*, piuttosto che *iure servitutis*.

Siffatta impostazione coincide sostanzialmente con quanto prima rilevato, ovvero con le sue conclusioni, partendo forse tale ricostruzione da premesse diverse. A ben vedere infatti comunque l’impiego concreto del bene, l’esercizio di quel potere di appropriabilità, conduce ad un dominio di tipo signorile sulle acque stesse da parte dell’utilizzatore⁵⁰.

Giova infine sottolineare che la normativa del codice detta delle norme, le quali sono peraltro applicabili “salva diversa disposizione delle leggi speciali, specificando inoltre che previsioni speciali sono poste sia con riguardo alle acque pubbliche che alle sotterranee. Importanti sul punto, si è visto, erano le norme dettate dal r.d. 1775/33, agli art. 1 ss., in tema di “dichiarazione di demanialità dell’acqua”. D’altronde la legge del 1994 ha innovato in materia, in quanto ha disposto la pubblicità di tutte le acque.

Per cui è necessario osservare preliminarmente in che modo si atteggi, in tale determinato ambito, la normativa sulle acque, così come integrata dalle nuove disposizioni della l. 36/94, esaminando eventualmente in un secondo momento le possibili modificazioni che siano intervenute nei riguardi degli articoli del codice civile, dal momento che l’art. 1 della suddetta legge sembra ormai escludere, salvo rari e determinati casi delineati dal legislatore, la possibilità di un’appropriazione privata delle acque. E’ stata pertanto posta in essere un’inversione rispetto alla precedente disciplina, in quanto al momento principio generale è quello che concerne la pubblicità del bacino idrico, mentre “estremamente” speciale è divenuta la regolamentazione sulle eventuali residue acque private⁵¹.

⁴⁹ Sul tema, ASTUTI, *cit.*, pag. 392.

⁵⁰ Forse sul punto non appare del tutto azzardato effettuare un raffronto con la disciplina civilistica dei frutti, ex art. 820 e 821 del codice civile, in quanto questi acquisiscono una loro autonoma rilevanza rispetto alla cosa madre, con la separazione; pertanto con un atto di materiale apprensione.

⁵¹ Il rigagnolo che si forma su di un fondo dopo un furioso temporale, la pozzanghera che permane sul terreno dopo un violento acquazzone, andranno, in virtù della nuova legge, apprezzate come acque pubbliche, ovvero potranno essere considerate oggetto del potere di appropriazione dei privati? Su tali interrogativi, vedi anche PALAZZOLO, *cit.*, pag. 6.

Va solo aggiunto, ai fini di una maggior completezza del discorso, che da parte della dottrina si distinguevano diverse categorie di acque ritenute, nel vigore della vecchia normativa, prive di attitudine ad usi di pubblico generale interesse⁵². La classificazione ricomprendeva: a) sorgenti, che si esauriscono in un fondo privato; b) corsi minori (torrenti, rivi, ...); c) laghi e stagni non idonei ad uso pubblico; d) acque non correnti; e) corsi d'acqua artificiali, che scorrono non naturalmente; f) acque sotterranee idonee solo per uso domestico o per irrigazione del fondo; g) canali di derivazione appartenenti a privati; h) acque piovane raccolte.

E' ovvio che tale elencazione, alla luce della nuova disciplina, non può più fornire criteri utili o comunque esaustivi al fine di individuare le eventuali risorse idriche che siano rimaste non pubbliche.

4.2. La disciplina delle acque pubbliche: concessioni ed utenze.

La disciplina concernente le acque pubbliche è contenuta essenzialmente nel t.u. 1775/33.

Per la classificazione dei diversi tipi di utenza, si può riprendere la suddivisione operata dall'art. 6 t.u., che, distinguendo tra grandi e piccole derivazioni, prevede quelle per: a) forza motrice; b) acqua potabile; c) irrigazione; d) bonificazione per colmata; e) usi industriali; f) uso ittiogenico; g) costituzione di scorte idriche.

Conviene al momento soffermarsi sulla disciplina dettata per alcuni tipi di utilizzazione, tralasciando quelli che a noi meno interessano.

a) Gli usi domestici, il consumo umano e la tutela dall'inquinamento. Quadro normativo generale.

Per quanto riguarda gli usi domestici, va innanzitutto premesso che il primo comma dell'art. 2 della l. 36/94 dispone che "l'uso dell'acqua per il consumo umano è prioritario rispetto agli altri usi del medesimo corpo idrico superficiale o sotterraneo. Gli altri usi sono ammessi quando la risorsa è sufficiente e a condizione che non ledano le qualità dell'acqua per il consumo umano".

L'affermazione contenuta nella legge, che appunto riserva, giustamente, al fabbisogno personale e giornaliero della popolazione il posto preminente, viene poi

⁵² Vedi F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, pag. 354. E ALBANO, cit., pag. 614. E inoltre TABET - OTTOLENGHI - SCALITI, cit., pag. 719.

ulteriormente esplicitata nel d.p.c.m. 4 marzo 1996, recante *“Disposizioni in materia di risorse idriche”*. Nell'allegato a detto provvedimento, al quinto capoverso del secondo capitolo - *Direttive generali e di settore per la disciplina dell'economia idrica* - viene richiamata *“la necessità di riservare prioritariamente le acque di migliore qualità d'uso per il consumo umano e abbandonare progressivamente il ricorso ad esse per usi che non richiedono elevati livelli qualitativi”*. Vengono poi indicate di seguito le soluzioni tra le quali scegliere la più efficiente al fine di perseguire l'equilibrio del bilancio idrico, sempre ponendo *“priorità per l'uso per il consumo umano”*⁵³.

L'art. 5 del d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275, ha inserito un art. 12 *bis* nel r.d. 1775 del 1933, che a fini di tutela delle risorse idriche, in un contesto che sia anche di salvaguardia ambientale, predispone che *“nel rilascio di concessioni di derivazioni d'acqua, l'utilizzo di risorse qualificate, con riferimento a quelle prelevate da sorgenti o da falde, può essere assentito per usi diversi da quello potabile solo nei casi di ampia disponibilità delle risorse predette o di accertata carenza di fonti alternative di approvvigionamento”*⁵⁴.

In tale ottica trovano un facile collegamento anche tutte le norme dal legislatore poste in tema di tutela dell'ambiente e di lotta dell'inquinamento, in quanto tese a garantire, nonché a preservare, la migliore qualità delle risorse idriche, anche potabili, disponibili sul nostro territorio⁵⁵. Tra queste possono ricordarsi la l. 10 maggio 1976, n. 319, *“Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento”*; la l. 24 dicembre 1979, n. 650, *“Integrazioni e modifiche delle l. 16 aprile 1973, n. 171 e*

⁵³ Al paragrafo 2.1 dell'ottavo capitolo - *Livelli minimi dei servizi che devono essere garantiti in ciascun ambito territoriale ottimale* - del suddetto allegato al d.p.c.m. 4 marzo 1996, alla voce *alimentazione idrica - usi domestici*, si prevede che *“alle utenze potabili domestiche devono essere assicurati: a) una dotazione pro-capite giornaliera alla consegna non inferiore a 1501/ab/giorno, intesa come volume attingibile dall'utente nelle 24 ore. b) [...]”*.

⁵⁴ Il secondo comma continua, disponendo che *“il provvedimento di concessione tiene conto del minimo deflusso costante vitale da assicurare nei corsi d'acqua, ove definito, delle esigenze di tutela della qualità e dell'equilibrio stagionale del corpo idrico, dell'opportunità di risparmio, riutilizzo e riciclo della risorsa, adottando le disposizioni del caso anche come criteri informativi del relativo disciplinare”*. Per i prelievi da falda, poi, il disciplinare di concessione deve portare la garanzia della coerenza con la capacità di ricarica dell'acquifero, ...

⁵⁵ Non va peraltro dimenticato che tale esigenza non è ristretta solo al nostro legislatore, ma viene notevolmente avvertita anche in ambito comunitario. A ben vedere anzi, è proprio l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea che ha spinto la nostra produzione normativa in tal senso, in quanto tutte le suddette leggi, o comunque la maggior parte, sono intervenute in attuazione di direttive comunitarie. Sul punto vedi LUGARESI, cit., pag. 16, che richiama l'attenzione sul fatto che *“se la legge Merli costituisce il primo intervento organico in materia, la successiva legislazione nazionale è prevalentemente di adeguamento al diritto comunitario”*.

10 maggio 1976, n. 319, in materia di tutela delle acque dall'inquinamento"; la l. 5 marzo 1982, n. 62, che converte con modificazione il d.l. 30 dicembre 1981, n. 801, "Provvedimenti urgenti in materia di tutela delle acque dall'inquinamento"; la l. 18 maggio 1989, n. 183, "Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo"; il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 132, "Attuazione della direttiva 80/68/CEE concernente la protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose"; Il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 133, "Attuazione delle direttive CEE 76/464, 82/176, 83/513, 84/156, 84/491, 88/347, 90/415 in materia di scarichi industriali di sostanze pericolose nelle acque"; la l. 5 aprile 1990, n.71, che converte, con modificazioni, il d.l. 5 febbraio 1990, n.16, "Misure urgenti per il miglioramento qualitativo e per la prevenzione dell'inquinamento delle acque"; nonché la l. 5 gennaio 1994, n. 37, "Norme per la tutela ambientale delle aree demaniali dei fiumi, dei torrenti, dei laghi e delle altre acque pubbliche"; e la l. 17 maggio 1995, n. 172, che converte il d.l. 17 marzo 1995, n. 79, recante *Modifiche alla disciplina degli scarichi delle pubbliche fognature e degli insediamenti civili che non recapitano in pubbliche fognature*.

Vanno infine ricordati, sempre con riguardo al consumo umano di acque, il d.p.r. 3 luglio 1982, n. 515, "Attuazione della direttiva (CEE) n. 75/440 concernente la qualità delle acque superficiali destinate alla produzione di acqua potabile"; ed inoltre il d.p.r. 24 maggio 1988, n. 236, "Attuazione della direttiva CEE numero 80/778 concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano, ai sensi dell'art. 15 della l. 16 aprile 1987, n. 183".

L'art. 28, comma 5, della l. 36/94, dispone che "l'utilizzazione delle acque sotterranee per gli usi domestici come definiti dall'art. 93, secondo comma del [...] r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, resta disciplinata dalla medesima disposizione, purché non comprometta l'equilibrio del bilancio idrico di cui all'art. 3"⁵⁶. L'art. 93 r.d. 1775/33 prevede, al primo comma, che il proprietario del fondo "ha facoltà, per gli usi domestici, di estrarre ed utilizzare liberamente, anche con mezzi meccanici, le acque sotterranee nel suo fondo, purché osservi le cautele e le distanze prescritte dalla legge". Il secondo comma dell'art. 93 è di aiuto per la migliore comprensione della nozione di usi domestici, in quanto ricomprende in tale dizione anche "l'innaffiamento di giardini ed orti inservienti direttamente al proprietario ed alla sua famiglia e l'abbeveraggio del bestiame".

⁵⁶ Quest'ultimo articolo dispone che il bilancio idrico viene definito e aggiornato periodicamente dell'Autorità di bacino al fine di assicurare "l'equilibrio fra le disponibilità di risorse reperibili o attivabili nell'area di riferimento ed i fabbisogni per i diversi usi, nel rispetto dei criteri e degli obiettivi" fissati dalla presente legge.

b) Gli usi agricoli: l'utenza cd. irrigua.

Il consumo delle acque a fini agricoli viene considerato come subordinato al consumo umano, ma gli viene comunque attribuita una posizione di notevole rilievo dal legislatore. Infatti, come dispone il primo comma dell'art. 28, della l. 36/94, "nei periodi di siccità e comunque nei casi di scarsità di risorse idriche [...], deve essere assicurata, dopo il consumo umano, la priorità dell'uso agricolo".

Per quanto riguarda la struttura, i caratteri e le modalità mediante le quali viene soddisfatto questo particolare tipo di utilizzazione delle risorse idriche, occorre rifarsi a quanto essenzialmente contenuto nel t.u. 1775 del 1933 e nel r.d. 14 agosto 1920, n. 1285, contenente il "*Regolamento per le derivazioni e utilizzazioni di acque pubbliche*", ai quali pertanto, in tale sede si fa rinvio⁵⁷.

c) Difficoltà di qualificazione dell'utenza irrigua.

Per quanto riguarda la natura del diritto di utenza irrigua occorre innanzitutto rilevare che essa è assoggettata ad una disciplina che ha forti caratteri di specificità nel sistema delle acque pubbliche. Essa è destinata a scopi ritenuti dal legislatore - almeno da quello dell'epoca, visto che la situazione economica generale del Paese ha subito mutamenti tali lungo il corso degli anni per cui l'attività agricola ha sicuramente perso quella posizione di preminenza che le era propria, pur continuando peraltro ad occupare una collocazione rilevante - importanti ai fini della gestione delle risorse produttive. La sua funzione precipua consiste infatti, come è noto, nel recare al fondo l'acqua di un fiume o di un canale.

Ciò comporta che la materia delle acque a fini agricoli sia strettamente inerente alle problematiche della terra, e costituisca, nell'ambito del diritto agrario, questione sì ad essa accessoria, ma integrante le tematiche proprie del fondo. Infatti tramite il rapporto di utenza irrigua si persegue la finalità di "dar acqua alla terra e all'insieme delle culture contenute in ogni fondo"⁵⁸. Tale collegamento si

⁵⁷ Nonostante l'emanazione del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, che approvava il testo unico. Sulle acque e sugli impianti elettrici, sia posteriore al suddetto regolamento, va peraltro rilevato che, da un lato, tali norme non risultano comprese nell'elenco di quelle espressamente abrogate con l'art. 234 del t.u.; dall'altro, non sono state ancora emanate norme regolamentari del testo unico citato. Pertanto è da ritenere che le norme del r.d. 1285/20 restino in vigore in quanto compatibili con quelle del testo unico e delle leggi successive.

⁵⁸ Vedi F. MILANI, *Appunti introduttivi per uno studio dell'utenza idrica*, in *Riv. di dir. agrario*, 1972, pag. 597.

esplica mediante tutte quelle norme che pongono il soggetto titolare del fondo, o che con lo stesso è in un rapporto di utilizzazione, in una posizione privilegiata rispetto alla possibilità di divenire utenti dell'acqua.

Va innanzitutto osservato che mediante la concessione amministrativa si costituisce in capo al concessionario la facoltà di utilizzare le acque pubbliche nei modi e nei limiti stabiliti dal provvedimento medesimo e dal disciplinare di concessione. Il provvedimento di concessione è presupposto per la p.a. per l'esercizio, da parte della stessa, di una serie di poteri amministrativi rivolti al soddisfacimento dei fini pubblici perseguiti.

Per quanto riguarda il suo esatto atteggiarsi occorre fare riferimento alle considerazioni di carattere generale prima effettuate. Il demanio idrico, si è visto, presenta una destinazione naturale all'utilizzo irriguo. Esso peraltro, proprio in vista di tale funzione - funzione confermata dalla l. 36 del 1994, al primo comma dell'art. 28 - rappresenta la concretizzazione di un interesse pubblico. Le concessioni pertanto sono il mezzo mediante il quale tale interesse riesce ad esplicare, nelle zone in cui se ne ravvisi l'esigenza, le finalità per le quali esso viene tutelato e sottoposto alla potestà discrezionale della p. a.

Esso pertanto sembrerebbe atteggiarsi come un uso individuale, in quanto l'utilizzazione verrebbe concessa di volta in volta dalla pubblica autorità in seguito alla valutazione compiuta mediante la comparazione delle diverse domande ad essa pervenute. Peraltro va rilevato che in questo caso qui non rileva solo l'interesse dell'individuo. L'interesse qui rappresentato è senz'altro individuale, "ma tale interesse viene ad essere parte componente di un interesse pubblico quando la situazione favorevole al soddisfacimento del bisogno può determinarsi non solo rispetto alla singola utenza, ma rispetto a tutte le derivazioni sul fiume, temperando le esigenze di ciascuna di esse e conciliandole con quelle delle altre derivazioni" ⁵⁹. Qui entra in gioco la questione della demanialità, in quanto si potrebbe osservare che il bene assume tale configurazione anche in quanto mezzo mediante il quale la p.a. esplica un pubblico servizio. Un'affermazione di tale portata forse prova troppo. Certo è vero che qualcosa di analogo si verifica nel caso delle utenze, e che non vi siano sostanziali differenze tra queste ultime e l'attività statale di esplicazione di un pubblico servizio ⁶⁰. Con riferimento più specifico a quella irrigua, infatti, attraverso

⁵⁹ Sempre MILANI, *Appunti introduttivi*, cit., pag. 620.

⁶⁰ Ciò non toglie che alcune differenze peraltro vi siano, anche se più apparenti che reali. Ad es. si parla di ammissione al pubblico servizio, costitutiva di un vero e proprio diritto, mentre nel caso di utenza è necessaria una gara. Altre particolarità sono poi proprie dell'utenza irrigua (si vedano ad es. gli art. 45 e 47 t.u.).

il soddisfacimento dei singoli interessi privati, lo Stato riesce a perseguire l'ulteriore e preminente interesse pubblico, che consiste nel rendere le terre il più fertili possibili e che di conseguenza porta ad un incremento dell'agricoltura. Si realizza pertanto in via indiretta un interesse pubblico mediante il soddisfacimento di quello privato.

Ciò è confermato anche dalla considerazione che il canone - previsto all'art. 35 t.u.⁶¹ - dovuto dal privato per l'utilizzo dell'acqua non si atteggi come un vero e proprio corrispettivo, in quanto comunque esiguo rispetto al valore del bene in questione, bensì tenda a configurarsi come una sorta di tassa. In questo ambito non vi è fine di lucro da parte della p.a., e quanto versato dai privati serve essenzialmente a copertura delle spese di manutenzione dei corsi d'acqua e delle opere ad esse inerenti.

Da quanto da ultimo considerato emergono due profili di notevole rilievo. Il primo consiste nel già rilevato collegamento con il fondo, in quanto è questo in ultima analisi il reale fruitore della dazione di acqua, poiché è il terreno destinato ad assorbirla. Viene pertanto conferita una posizione particolare al proprietario o in altro modo utilizzatore del fondo, in quanto sua sarà la titolarità della concessione di derivazione e, in termini prettamente privatistici, dell'acqua destinata al fondo. Il secondo aspetto ci porta ad introdurre il discorso sulla peculiare natura giuridica del diritto di utenza, che, come visto, "diventa mezzo affinché lo Stato espliciti meglio le proprie potestà in ordine agli interessi che sono connessi al bene demaniale".

Va innanzitutto escluso che il diritto di utenza irrigua possa essere considerata come una servitù demaniale o come un diritto reale *sui generis*. A parte la discussa questione sul *numerus clausus* dei diritti reali - la quale non si intende, almeno non in questa sede, affrontare - deve osservarsi che la revocabilità del diritto

⁶¹ L'art. 35 stabiliva che le utenze di acque pubbliche sono sottoposte al pagamento di un canone annuo che si sostanzia, per ogni modulo, ossia ogni cento litri al minuto secondo: di acqua potabile o di irrigazione, senza obbligo di restituire le colature o residui d'acque, duecento lire annue; con obbligo di restituzione, lire cento annue; per l'irrigazione di terreni con derivazione non suscettibili di essere fatte a bocca tassata, due lire annue per ogni ettaro.

Con d.l.c.p.s. 7 gennaio 1947, n. 24, i canoni di utenza sono stati decuplicati e con l. 21 gennaio 1949, n. 8, ulteriormente quadruplicati.

Si applica al momento la previsione dell'art. 18 l. 36/94 e del decreto del Ministero delle finanze 25 febbraio 1997, n. 90, in G.u. 3 aprile 1997, n. 77, concernente il "Regolamento recante modalità di applicazione dell'articolo 18, comma 5, della legge 5 gennaio 1994, n. 36, in materia di risorse idriche". Vedi anche sul punto la circolare del Ministero delle Finanze, Dipartimento delle Entrate, n. 263/E/6/476 del 29 ottobre 1996, e la risoluzione 11/E/III-7-937 del 3 febbraio 1997, rispettivamente in *Fisco*, 1996, pag. 9980 ss. e 1997, pag. 3232 ss.

di utenza porta a negare quel carattere ineliminabile dei diritti reali che è la loro assolutezza, in quanto questo diritto tale non sarebbe nei confronti della p.a. L'inerenza al fondo che la contraddistingue conduce semmai ad avvicinarla alla figura della obbligazione *propter rem*.

Essa non consiste in un interesse occasionalmente protetto, in quanto si assiste in questo caso ad un provvedimento amministrativo, la concessione, dal quale derivano per il privato determinate facoltà. Le caratteristiche strutturali e funzionali che le sono proprie la fanno semmai configurare come un diritto-dovere, per quanto disposto dall'art. 54 t.u. in tema di obbligo per il concessionario di utilizzarla, e di sua decadenza in caso di inerzia prolungata da parte dell'utente.

La figura che maggiormente può essere ad essa assimilata sembra consistere in quella del diritto affievolito, in quanto essa "si fa valere non soltanto davanti ai terzi, ma anche di fronte allo Stato"⁶². L'utenza irrigua non assume comunque le caratteristiche di un diritto soggettivo perfetto, in quanto tale connotazione si viene a rappresentare in quei casi in cui la potestà dell'autorità statale sia vincolata. Il potere della p.a. nella situazione qui in esame è evidentemente discrezionale.

Viene peraltro escluso che essa possa essere configurata come diritto civico, in quanto non è una facoltà concessa dallo Stato a chiunque, ma anzi presuppone, nel caso di più domande, un esame comparativo delle stesse⁶³.

Attesa la sua patrimonialità, essa sembrerebbe conformarsi come un diritto di obbligazione, seppure *sui generis*. Nel rapporto di utenza riscontriamo infatti un rapporto di collaborazione del privato con la p.a., e in determinati casi, di quest'ultima con il privato, come nel caso di tutela dall'inquinamento.

Per la precisione l'utenza potrebbe configurarsi come una forma particolare di somministrazione (d'acqua). L'anomalia deriva appunto dal fatto, già rilevato, che qui l'interesse del privato è strettamente compenetrato dal preminente interesse pubblico che è alla base della normativa. Tali considerazioni esplicano anche le ragioni per le quali al posto del prezzo, come corrispettivo, sia invece fissato un canone.

d) Le differenze tra l'utenza irrigua ed una fattispecie che presenta apparenti affinità: le servitù.

⁶² Vedi F. MILANI, *Il rapporto di utenza idrica*, in *Riv. di dir. agrario*, 1973, pag. 40, 41.

⁶³ Sul tema del diritto civico, in quanto diritto che interessa tutti i cittadini, e del quale tutti possono richiederne l'applicazione allo stato mediante un suo atto di autorità, si veda: F. SANTI ROMANO, *La teoria del diritto pubblico soggettivo*, in *Trattato di diritto pubblico amministrativo italiano*, diretto da V. E. Orlando, 1915, pag. 214, 137, 219.

Occorre adesso considerare, una volta esaminata la natura del diritto di utenza, se possano peraltro sussistere dubbi in ordine alla peculiarità di tale figura giuridica ed alla possibilità o meno di una sua confusione con figure ad essa affini.

Si intende in definitiva rilevare in questa sede se si possano intravedere delle differenze con eventuali servitù di attingimento.

Va innanzitutto posto l'accento sull'evidente difficoltà di configurare simili diritti reali limitati in capo ad un bene che per espressa volontà della legge sia divenuto pubblico. Occorre peraltro tener presente che vi sono rare e specifiche situazioni sottratte alla disciplina pubblicistica, e pertanto ancora oggetto del libero potere dispositivo dei privati. Per cui non del tutto inutile diviene l'analisi che segue. Fondamentale a tal fine è l'art. 20 del t.u. Il primo comma infatti, riferendosi a tutte le utenze, dispone che queste "non possono essere cedute, né in tutto né in parte, senza il nulla osta del Ministero dei Lavori pubblici, sentito il Ministero delle Finanze, e il cessionario non sarà riconosciuto come il titolare dell'utenza, se non quando abbia prodotto l'atto traslativo". Il terzo comma stabilisce che "le utenze d'acqua ad uso irriguo, di cui siano titolari i proprietari dei terreni da irrigare, in caso di trapasso del fondo si trasferiscono al nuovo proprietario, limitatamente alla competenza del fondo stesso, nonostante qualunque patto in contrario".

Si assiste pertanto in questo campo ad una non lieve restrizione dell'autonomia dei soggetti titolari delle concessioni, la quale è pressoché incompatibile con la normale configurazione propria delle servitù⁶⁴. Inoltre l'utenza irrigua è sottoposta a determinati atti impositivi dell'autorità amministrativa, mentre non è dato riscontrare di norma un simile atteggiamento da parte del concedente la servitù. Oltretutto l'utenza è contraddistinta da prestazioni di *facere*, di consegna dell'acqua, non riscontrabili in sede di servitù. Ulteriore distinzione con il diritto reale preso in esame consiste nella previsione del terzo comma dell'art. 40 t.u., che prevede la possibilità, mediante suo inserimento nel disciplinare di concessione, di vendere l'acqua derivata.

Va compiuta infine un'ultima osservazione. Si è visto che ampio spazio riceve nel t.u. la disciplina dell'utenza irrigua. Ma accanto ad essa sono, in via marginale, disciplinate anche le derivazioni ad uso agrario o ad esse analoghe. Tali figure trovano una loro previsione nell'art. 58 t.u. e nell'art. 16, primo comma, *g)*, del regolamento, r.d. 1285 del 1920. Vi è scarsa chiarezza da parte della legge sul punto,

⁶⁴ D'altronde i punti di distacco sono evidenti. la servitù è rinunciabile, a differenza dell'utenza irrigua. Peraltro il concessionario può alienare l'acqua, per quanto disposto dal terzo comma dell'art. 40 t.u. Vedi MILANI, *Appunti introduttivi ...*, cit., pag. 601.

ma possono essere considerate utenze per uso agrario ad es. quella per l'abbeveramento del bestiame; analoga a quelle agrarie potrebbero essere considerate le derivazioni per maceratoi di piante tessili *ex art. 16, primo comma, del regolamento* ⁶⁵.

e) Cenni generali sull'acquisto, il trasferimento e l'estinzione del diritto di utenza a fini agricoli e non.

Si è visto che la concessione di derivazione è, nel nostro sistema giuridico, la forma giuridica principale per l'utilizzazione delle acque pubbliche. Il procedimento è contenuto essenzialmente agli art. 7 ss. del t.u. e 9 ss. del reg. del 1920.

In estrema sintesi: le domande di concessione, corredate dai relativi progetti delle opere da eseguire ai fini della raccolta, estrazione, ..., sono dirette al Ministero dei lavori pubblici, Ufficio del genio civile territorialmente competente, se di competenza dello Stato; altrimenti all'ufficio competente della regione, se di quest'ultima è la pertinenza. L'eventuale inammissibilità della domanda viene dichiarata con decreto motivato, qualora siano tecnicamente inattuabili ovvero contrarie al buon regime delle acque o ad altri interessi generali. Le domande invece ammesse ad istruttoria sono pubblicate sul F.a.I. e in G.U. Le domande incompatibili con queste vengono accettate in concorrenza solo se presentate entro 30 giorni da quest'ultima pubblicazione (salvo casi di concorrenza eccezionale). La relativa istruttoria avviene contemporaneamente. Decorso il termine degli avvisi gli uffici competenti procedono alla pubblicazione della domanda o delle domande e dei relativi atti progettuali, e fissano un termine (tra i 15 e i 30 giorni) entro il quale possono presentarsi le osservazioni e le opposizioni scritte avverso la derivazione richiesta. Viene redatta una relazione da parte degli uffici competenti e, sulla base di questa documentazione istruttoria, il Ministro dei lavori pubblici, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, ovvero la regione, se competente, concede la derivazione, sulla base dei criteri fissati dall'art. 9 t.u. (viene preferita la domanda che presenti la migliore utilizzazione dal punto di vista idraulico ed economico o soddisfi ad altri prevalenti interessi pubblici, ...) ⁶⁶. Norme speciali sono dettate in materia di derivazioni di canali demaniali e per utilizzazioni esclusive di acqua pubblica a scopo di piscicoltura e acquacoltura.

I principali obblighi dell'utente sono stabiliti dall'art. 9 del reg. del 1920.

⁶⁵ Sul punto si vedano le osservazioni svolte da MILANI, *Appunti introduttivi ...*, cit., pag. 598 ss. e *Il rapporto di utenza idrica*, cit., pag. 40, 41.

⁶⁶ Per una più completa trattazione dell'argomento, vedi CERULLI IRELLI, cit., pag. 10 ss.

Il rapporto concessorio è di natura personale. Esso può essere peraltro ceduto, con il nullaosta del Ministero dei lavori pubblici, sentito quello delle finanze (art. 10 t.u.)

Va ricordato che, salvo casi specifici, tutte le utenze sono a termine, per cui vanno rinnovate ⁶⁷. Il rapporto di utenza si estingue, di norma, in seguito a dichiarazione di decadenza, che la p.a. può pronunciare ai sensi dell'art. 55 t.u.; essa concerne essenzialmente ipotesi di "inadempimento" del concessionario a quanto disposto dalla legge e dal disciplinare di concessione. E' discusso se la p.a. possa al di fuori dei casi espressamente previsti, revocare, con atto autoritativo, la concessione ⁶⁸.

4.3. Le acque sotterranee: una disciplina particolare.

Per quanto concerne la disciplina delle acque cd. sotterranee, va ricordato che esse sono state fatte nel tempo oggetto di specifica, nonché particolareggiata disciplina. Per il rinvio operato dall'art. 910 c.c., infatti trovavano una loro puntuale regolamentazione nelle disposizioni degli art. 92-106 del r.d. 1775/33.

L'art. 92 del suddetto decreto prevedeva che "per la ricerca l'estrazione e l'utilizzazione delle acque sotterranee, escluse quelle termali, minerali e radioattive o comunque regolate da leggi speciali, si osservano le disposizioni seguenti", purché compatibili con le disposizioni, in materia di acque pubbliche, del primo titolo del decreto in questione. Le disposizioni ora richiamate sono state in parte superate da quanto previsto dalla l. 36 del 1994. Per effetto di tale legge al giorno d'oggi "tutte le acque sotterranee e non sono in modo originario pubbliche e demaniali" ⁶⁹. Si è già visto che l'art. 28, comma 5, prevede che l'utilizzazione delle acque sotterranee per gli usi domestici continua ad essere regolata dall'art. 93 del r.d. 1775 del 1933.

⁶⁷ Secondo Cassazione 16 dicembre 1974, n. 4285, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 1996, l'utente scaduto non ha diritto alla rinnovazione, ma un mero interesse legittimo tutelabile davanti al tribunale superiore delle acque pubbliche; la p.a., nell'esaminare la richiesta, ha il potere di valutare discrezionalmente il pubblico interesse, al fine di accertare se all'accoglimento di tale richiesta non si oppongono eventuali preminenti esigenze di ordine generale.

⁶⁸ E' favorevole alla soluzione affermativa CERULLI IRELLI, cit., pag. 12; e, incidentalmente, tribun. super. acque, 11 novembre 1981, n. 37, in *Rass. giur. Enel*, 1983, pag. 205. *Contra*, tribun. superi. acque, 20 agosto 1946, in *Riv. dir. pubbl.*, 1944-46, II, pag. 390.

⁶⁹ Vedi G. POLIANDRI, *Le acque sotterranee nella recente normativa sulle risorse idriche*, in *Dir. e giur. agraria e dell'ambiente*, 1995, pag. 7 ss., a pag. 9.

La nuova disciplina peraltro comporta l'esigenza di compiere una valutazione in ordine all'attualità o meno dell'applicazione dei già visti art. 909-912 del codice, in tema di diritti di godimento e di disposizione riconosciuti al proprietario del fondo. Nonché dell'applicazione delle disposizioni speciali sulle acque sotterranee contenute nel t.u. del 1933, in quanto fra di esse vi rientrano norme, che anche se non esplicitamente abrogate, si pongono in una posizione di incompatibilità con il nuovo regime pubblicistico delle acque, così come accade per alcune delle norme sopra menzionate del codice civile. Un medesimo approccio deve poi essere compiuto per quanto concerne la possibilità o meno di estendere analogicamente al titolare delle acque sotterranee le norme dettate in materia di accessione, unione, commistione e, in particolar modo, servitù idriche ⁷⁰.

Per quanto riguarda poi la regolamentazione di detti tipi di acque, a completamento del quadro normativo, occorre ricordare che le Regioni hanno compiuto, precedentemente alla legge n. 36, un'attività legislativa volta a individuare i comprensori di tutela della pubblica amministrazione previsti dall'art. 94 del r.d. 1775/33. Tale attività sembra loro derivare dagli art. 90 e 91 del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, recante "*Attuazione della delega di cui all'art. 1 della l. 22 luglio 1975, n. 382*" ⁷¹. Pertanto, si assiste ad una produzione normativa delle Regioni - non di tutte per la verità - che hanno localmente disciplinato la materia delle zone soggette alla tutela della p. a. ⁷².

⁷⁰ A questo fine si vedano essenzialmente gli art. 1047, 1080 e ss. del codice civile. Su queste ed altre ipotesi, si veda POLIANDRI, cit., pag. 9.

⁷¹ In realtà non tutti concordano con tale impostazione, per cui alcuni autori hanno ritenuto che la delega contenuta al secondo comma, *d*), dell'art. 90 del d.p.r. 616/77 non abbia conferito alle regioni la funzione normativa di stabilire i comprensori di tutela. Sul punto si vedano gli autori riportati da POLIANDRI, cit., alla nota 17 di pag. 10. Quest'autore peraltro predilige la tesi che ritiene configurabile la suddetta delega, e riporta, alla nota cit., gli altri autori che concordano con tale impostazione.

In particolare l'art. 90 - *Acque* - dispone che "tutte le funzioni relative alla tutela, disciplina e utilizzazione delle risorse idriche, con esclusione delle funzioni riservate allo Stato dal successivo articolo, sono delegate alle regioni [...]". La lettera *d*) del secondo comma prevede che in particolare sono delegate "la ricerca, l'estrazione e l'utilizzazione delle acque sotterranee, ivi comprese le funzioni concernenti la tutela del sistema idrico del sottosuolo".

L'art. 91 - *Competenze dello Stato* - indica invece quali siano le altre funzioni riservate allo Stato, oltre a quella di programmazione nazionale generale o di settore della destinazione delle risorse idriche. Tra queste, al n. 2) ritroviamo "la determinazione e la disciplina degli usi delle acque pubbliche anche sotterranee ivi comprese le funzioni relative all'istruttoria e al rilascio delle concessioni di grandi derivazioni [...]".

⁷² Possono ricordarsi, anche se alcune tra le seguenti iniziative regionali, non sono state assunte solo al fine di delineare i comprensori di tutela: La l.r. della Sardegna, 10 febbraio 1978, n. 4 "*Raccolta di reperti interessanti la conoscenza geologica del suolo*"; la l.p. della Provincia autonoma di Bolzano, 4 settem-

5. Aspetti problematici della disciplina delle acque.

Così delineata nei suoi punti salienti la disciplina delle acque pubbliche, con le integrazioni e le modificazioni di maggior rilievo operate dalle varie leggi succedutesi nel tempo, occorre soffermarsi su quegli aspetti della disciplina che presentano una particolare connotazione; e che potrebbero pertanto offrire all'operatore giuridico incertezze interpretative o problemi.

La l. 5 gennaio 1994, n. 36 ha disposto la pubblicità di tutte le acque, sia superficiali che sotterranee. E' stato introdotto, si è visto, un sistema generalizzato di pubblicità delle acque. Da ciò discendono controlli e potestà di intervento della p.a., pur se i fondi sui quali esse defluiscono permangono, in parte, nella titolarità dei privati. Si assiste pertanto alla sottoposizione di tali beni ad un regime *sui generis*, per la rilevanza del bene stesso in quanto suscettibile di soddisfare esigenze di carattere generale, della collettività, oltre che individuali. Occorre a questo punto osservare se sia in qualche modo prospettabile la sussistenza di un qualche regime di appropriabilità privata dell'acqua.

Va innanzitutto ricordato che la stessa legge 36/94 prevede la possibilità di situazioni sottratte al regime delle acque pubbliche, in quanto o lasciate alla normale disponibilità dei privati, come prevede il terzo comma dell'art. 28: "la raccolta di acque piovane in invasi e cisterne al servizio di fondi agricoli o di singoli edifici è libera"; ovvero perché sottoposte a differente regolamentazione, come le acque ter-

bre 1976, n. 40, "Esercizio da parte della Provincia autonoma di Bolzano delle funzioni amministrative in materia di utilizzazione di acque pubbliche ed in materia di impianti elettrici"; la deliberazione della Giunta della Provincia autonoma di Trento, del 20 luglio 1990, n. 8154; la l.r. della Puglia, 19 dicembre 1983, n. 24, "Tutela ed uso delle risorse idriche e risanamento delle acque in Puglia"; la l.r. del Lazio, del 19 novembre 1983, n. 70, "Primi interventi per la tutela delle acque sotterranee dagli inquinamenti"; deliberazione della Giunta della Regione Lombardia, del 21 aprile 1993, n. V/35248, "Assoggettamento alla tutela della p. a. della ricerca, estrazione e utilizzazione delle acque sotterranee in tutto il territorio della Regione Lombardia", e deliberazione della Giunta della Regione Lombardia, del 7 aprile 1994, n. V/50599, "Modalità concernenti gli adempimenti previsti dall'art. 10 del d.lgs. 275/93 ed approvazione del modello di denuncia"; la l.r. della Basilicata, del 17 gennaio 1994, n.3, "Piano di risanamento delle acque. Tutela, uso e risanamento delle risorse idriche"; il decreto del Presidente della Giunta della Regione Umbria, 9 novembre 1992, n. 619, "Tutela di importanti risorse idriche destinate o da destinare ad uso idropotabile"; la l.r. del Piemonte, del 12 aprile 1994, n. 4, "Ricerca, uso e tutela delle acque sotterranee", la l.r. 13 aprile 1994, n. 5, e inoltre, la circolare del Presidente della Giunta regionale, del 28 febbraio 1994, n. 9/TSI, "Modalità per la denuncia dei pozzi esistenti ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. 275/93". Per ulteriori dati, si veda POLIANDRI, cit., a pag. 11 e 12.

mali, minerali e per uso geotermico; del resto queste ultime sembrano essere le uniche risorse idriche ad essere disciplinate in maniera peculiare rispetto alla generale disciplina delle acque pubbliche. Per cui il discorso deve, per forza di cose, necessariamente spostarsi sul primo profilo. Per la precisione la questione riguarda essenzialmente la delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina delle acque soggette a controlli dalla p.a.; in altri termini la ricerca che qui si intende svolgere riguarda essenzialmente la comprensione dei limiti entro i quali si possa parlare di proprietà privata delle acque.

Tutto ciò porta peraltro al rilievo che questa breve ricostruzione non possa che muoversi in una duplice direzione. Si intende infatti da un lato rilevare quale sia l'ambito entro il quale si possa parlare di una proprietà privata delle acque al di fuori della disciplina delle acque pubbliche; ossia quali possano essere le situazioni in cui un dominio privato delle acque sia possibile, in quanto corrispondenti a figure sottratte alla normativa suddetta, poiché la loro regolamentazione è "libera". Dall'altro si vuole comprendere se, ed in quale misura, sia lecito parlare di proprietà privata anche in tema di risorse soggette alla disciplina pubblicistica.

Occorre peraltro rammentare che il termine impiegato, di proprietà privata delle acque, viene in tale sede utilizzato in maniera forse non del tutto appropriata. Infatti, come già visto, più che di proprietà, si deve forse più correttamente parlare di un potere di appropriabilità da parte dei soggetti privati, non in virtù di apposita concessione, connesso al fatto che il singolo soggetto sia titolare (anche per usufrutto, affitto, ...) del suolo nel quale l'eventuale acqua non pubblica affiori o da esso sia limitata. Per cui probabilmente, con maggiore esattezza, con riguardo alla titolarità della risorsa, ci si deve esprimere facendo riferimento ad una facoltà connessa alla titolarità del suolo. Non si è tanto in presenza di una - si perdoni il non gradevole termine - "privatezza" delle acque, quanto invece di una loro "non demanialità". Da tali rilievi consegue che sembra più corrispondente alla realtà giuridica e fattuale dei beni in questione discutere in termini di appropriabilità delle acque, ossia di facoltà e potere del titolare del suolo di far proprie dette risorse non demaniali. Facoltà che si sostanzia - si è visto -, una volta esercitata, in un dominio del privato sul bene.

5.1. Sulla sussistenza, a seguito della riforma operata dalla l. 36 del 1994, di un regime privatistico delle acque. Acque sotterranee e difficoltà nell'individuazione del momento in cui l'acqua può essere considerata "privata": criterio dell'uso o dell'estrazione?

L'art. 42 della Costituzione, al primo comma, dispone che "la proprietà è pubblica o privata". Le due nozioni peraltro solo apparentemente si mostrano contrapposte. Mentre infatti la proprietà privata trova una sua espressa ed organica regolamentazione nel codice civile, e non solo, agli art. 832 e ss., invero la proprietà pubblica non gode di una simile esplicitazione; il suo contenuto risulta invece dal coordinamento di più norme, contenute in diversi provvedimenti, finalizzate perlopiù, anche se non esclusivamente, a disciplinare l'esercizio dei pubblici poteri da parte della pubblica amministrazione nei confronti dei beni che ne sono oggetto. Si è detto che solo apparentemente esse si delineano come contrapposte, in quanto in realtà più che per una deroga a quello che appare il diritto comune in tema di proprietà, essa indica invero l'appartenenza dei beni pubblici; beni da ritenere incommerciabili e quindi al di fuori delle ordinarie regole di diritto privato per finalità ultronee rispetto a quelle dei singoli ⁷³.

Con riferimento alle acque, ossia a beni che, si è visto oscillano tra un potere di appropriazione da parte dei privati e una riserva a favore delle amministrazioni pubbliche, va ricordato che la distinzione non appariva netta. Mancava infatti per la maggior parte di essi un criterio discretivo realmente oggettivo, ossia fondato sulla natura del bene. In realtà tale criterio si desumeva dall'attitudine del bene a soddisfare un pubblico interesse. Di per sé le acque, prima della legge Galli, non erano né pubbliche né private, ma assumevano la caratteristica di bene pubblico ove ne fosse stata dichiarata la demanialità. tale dichiarazione si fondava su due elementi: la presenza di un provvedimento normativo che autorizzasse tale dichiarazione, nonché la sussistenza e la valutazione dei requisiti previsti dallo stesso provvedimento ⁷⁴. Tale era la situazione nel vigore del t.u.

La distinzione tra acque pubbliche e private peraltro solo superficialmente assume connotazioni più precise in virtù dell'entrata in vigore della legge Galli. Infatti è agevole notare che la dichiarazione generalizzata di demanialità elimina la necessità della dichiarazione particolare, nonché la presenza di uno dei due elementi sopra rilevati, per la precisione il secondo; ma non priva di valenza quello che anche prima della riforma era il criterio discretivo tra i due contrapposti regimi di ap-

⁷³ Vedi CASSESE, *I beni pubblici*, cit., pag. 286 ss. E più ampiamente sull'argomento, con riferimento alle acque, LUGARESI, cit., pag. 64 ss.

⁷⁴ Va ricordato che secondo la giurisprudenza, "il momento in cui sorge la demanialità non è quello della pubblicazione dell'elenco, ma quello in cui l'acqua acquista le attitudini a soddisfare i bisogni collettivi, ad esigenze indispensabili ed insostituibili della collettività": vedi Tribunale superiore delle acque pubbliche, 6 luglio 1950, n. 9, in *Foro amm.*, 1951, II, 2, c.1; e 23 maggio 1967, n. 14, in *Cons. Stato*, 1966, I, 3, che ritiene la demanialità una qualità intrinseca delle acque.

partenenza: l'attitudine del bene ad essere utilizzato per realizzare uno specifico interesse.

Pertanto, la distinzione tra proprietà pubblica e privata delle acque, pur dopo la dichiarazione di generale demanialità di cui all'art. 1 della l. 36 del 1994, non emerge in maniera netta, anche se forse più chiara. Peraltro si avvertono, è ovvio, notevoli differenze rispetto al precedente regime. Tra queste senz'altro il fatto che mentre prima l'uso (per interessi della collettività) serviva a comprendere quali acque fossero da considerare (e dichiarare) pubbliche, invero ora esso, al contrario individua quelle che possono essere considerate, se non proprio private, comunque non pubbliche.

Effettuate queste pur necessarie considerazioni preliminari, occorre al momento dire che, per quanto concerne il primo degli aspetti rilevati nel precedente paragrafo, ossia la possibilità che si possa parlare di acque sottratte alla disciplina pubblicistica, si assiste ad una sorta di scorporazione del diritto sulle acque da quello insistente sul suolo; il primo infatti - si è visto - viene riservato alla p.a. e alle finalità dalla legge considerate rilevanti, e per il perseguimento delle stesse affidato in concessione a determinati soggetti privati.

Già l'aver rilevato una frattura in questo collegamento, che si è visto importante a fondare un potere di appropriabilità del privato, potrebbe portare ad escludere che sussistano delle possibilità, salvo quelle genericamente indicate dall'art. 28 della l. 36 del 1994. Le situazioni concretamente prospettabili possono d'altra parte assumere atteggiamenti differenti una volta che si relazionino a risorse idriche superficiali ovvero sotterranee.

E' stato osservato che la previsione del quinto comma dell'art. 28 della l. 36/94, con il rinviare il regolamento delle acque per uso domestico a quanto disposto dal secondo comma dell'art. 93 t.u., pone una peculiarità con riguardo alla loro qualificazione. Esse continuano a rivestire il carattere della demanialità finché si trovino nel sottosuolo, ma perdono tale connotazione una volta che affiorino e siano appunto utilizzate a fini di consumo domestico; permangono invece nella qualificazione di bene pubblico qualora siano impiegate per un uso diverso da quello considerato dall'art. 93, secondo comma. Le acque sotterranee "una volta estratte, tornano a rappresentare, dunque, una *pars fundi* e ad appartenere al proprietario, non tanto per la naturale espansione della proprietà a tutto ciò che si trova sotto la sua superficie e vi è contenuto, bensì a motivo del riconoscimento in concreto della na-

turale destinazione istituzionalmente propria degli altri beni secondo il regime di appartenenza”⁷⁵.

Tale situazione porta quindi a ritenere che “appare però infranta l’unità della categoria di tutte le risorse idriche esistenti e disponibili ogni volta che si renda possibile in concreto la destinazione a soddisfare le esigenze (di uso domestico) di chi si trova nel godimento del fondo, valutandone la particolare individualità giuridica (privata)”, una volta che siano state compiute le opere di captazione e di adduzione. I rilievi appena compiuti potrebbero infatti costituire un argomento mediante il quale sia possibile intravedere una frattura nella ricostruzione sistematica operata dall’ultima legge. Da quanto appena considerato risulta infatti che, ancorché la legge abbia dichiarato pubbliche tutte le acque, una simile affermazione non sia del tutto rispondente alla realtà. Il carattere della demanialità non sembra essere connotato al bene, bensì all’uso che dello stesso si effettui. In altri termini le acque non sono pubbliche in quanto tali, *naturaliter*, ma sembra che tale qualità sia piuttosto “inerente al riconoscimento della Pubblica Amministrazione in base a parametri riconducibili alle modalità d’uso”⁷⁶. A ben vedere poi tale discorso si avvicina in non lieve misura a quanto constatato dalla Corte costituzionale sul tema, quando afferma, nella già esaminata sentenza 259/96, che “la nuova legge n. 36 del 1994 ha accentuato lo spostamento del baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà”.

Quanto sopra rilevato lascia intravedere comunque la difficoltà nell’identificare il momento esatto in cui l’acqua non superficiale diventi, o comunque, forse in maniera più esatta, possa connotarsi come privata, in quanto da soggetti privati appropriabile. L’aver affermato che tale passaggio si realizzi quando esse vengano utilizzate in conformità al fine, porterebbe ad escludere l’ipotesi che possano invece acquistare tale caratteristica con la loro semplice estrazione. A sostegno di quest’ultima supposizione, ossia di identificare tale momento con quello in cui esse siano estratte, vi sono quelle argomentazioni che in qualche modo incrinano la tesi della destinazione delle risorse ad un determinato uso. Infatti il problema maggiore che pone questa impostazione grava sulla qualificazione dell’abuso - vedi non conforme all’uso - e sulla sua esatta determinazione e sulle sue sanzioni. Corollario importante di tale tesi sembrerebbe essere che, se l’acqua va considerata privata nel momento in cui se ne realizzi un’utilizzazione conforme agli scopi previsti dalla legge, e nei limiti in cui essa l’ammetta, *quid iuris* qualora termini tale uso

⁷⁵ Così S. MASINI: *La “decadenza” della proprietà privata delle acque con particolare riguardo agli usi irrigui*, cit., pag. 671.

⁷⁶ Sempre MASINI, cit., pag. 671.

conforme, ovvero esso esorbiti dai limiti ad esso connessi? Da quanto prima asserito ne deriverebbe che cessa, nel momento in cui si realizza l'abuso, la qualificazione della risorsa come privata, e che essa riacquisti le proprie caratteristiche di demanialità. Con ciò comportando una serie di problemi di difficile chiarimento, tra i quali primo fra tutti quello in ordine alla possibilità e validità di una sua alienazione o comunque cessione ⁷⁷.

La soluzione favorevole alla tesi dell'estrazione potrebbe allora essere fornita sulla base di presupposti di fatto, ossia andando ad esaminare caso per caso le situazioni che concretamente possono presentarsi all'attenzione dell'operatore giuridico ⁷⁸. Conseguenza notevole che discende sul piano pratico da tale impostazione è che in presenza di un abuso, l'acqua, una volta estratta, rimane comunque privata. In tal modo non si realizzerebbero quegli inconvenienti, prima osservati, in tema di utilizzo non ammesso o di approvvigionamento superiore ai limiti consentiti; il bene non ritornerebbe demaniale, ma il suo uso non conforme comporterebbe l'applicazione delle sanzioni amministrative prescritte dal t.u.

Peraltro l'ipotesi che attribuisce all'estrazione l'attimo discriminante tra la risorsa demaniale e l'acqua privata appare del resto difficile da sostenere, in quanto la normativa nulla dice in ordine a questa operazione, quale momento qualificante il

⁷⁷ Gli esempi possono essere molteplici. Ad es., realizza un'ipotesi di appropriazione indebita aggravata chi abusa del proprio impianto di estrazione dell'acqua per usi domestici, per la quantità eccedente il bisogno familiare? Come può inoltre qualificarsi la situazione di colui il quale, dopo essersi realizzata una scorta d'acqua, ad es. tramite un grosso serbatoio, poi successivamente la alieni ad altri? In questo caso sarà venuta meno la destinazione lecita della risorsa e pertanto la cessione sarà invalida? Ovvero sarà valida, ma il compratore dovrà operare una distinzione tra quella lecitamente conservata e quella eventualmente in esubero, che rimane demaniale e pertanto, come visto prima, incedibile? Va inoltre considerato che tali problemi si presentano con maggiore evidenza nei confronti delle acque a fini agricoli. Qui è maggiore la mole di acqua estratta e pertanto più rilevante è l'importanza economica della questione. Inoltre si pongono ulteriori perplessità rispetto a quelle riscontrate nei confronti degli usi domestici. Ciò in quanto, in molti casi, è difficile delineare in concreto il fine agricolo, distinguendolo da altri interessi. Ad es., l'imprenditore agricolo che cede una moderata quantità d'acqua ad un altro agricoltore in cambio di servizi agricoli, opera una cessione valida, in quanto permane nel campo di applicazione dell'uso agricolo? E qualora la risposta sia positiva, se, accanto ad acqua legittimamente estratta, cedesse acqua attingita in esubero (pertanto incedibile, con esclusione dell'applicazione dell'art. 1153 c.c.), in base a quali criteri potrà il cessionario discriminare i due tipi di acqua?

⁷⁸ Così, sul piano concreto, se esiste un ambito familiare e se l'impianto di estrazione è adatto solo per tali bisogni (cfr. ad es. l'art. 10, comma terzo, della l.r. del Piemonte 30 aprile 1996, n. 22), l'acqua, al momento dell'estrazione, non sembra poter essere qualificata come non privata. Un discorso analogo potrebbe poi effettuarsi per quel che concerne i bisogni agricoli autorizzati *ex lege* (ad es. abbeveraggio del bestiame, art. 93 t.u.) o per concessione (vedi ad es. il secondo comma dell'art. 6, b), l.r. del Piemonte, 22/96).

mutamento di natura dei beni in oggetto. Mentre la disciplina appare lievemente più esplicita in ordine alla destinazione d'uso. Comunque entrambe le soluzioni, ed in particolare la seconda, risultano a ben vedere non del tutto appaganti.

Va allora ipotizzata una soluzione che tenga conto di entrambi i profili sopra descritti. In linea di massima, criterio discriminatore generale, tra acqua sotterranea pubblica e non, potrebbe rimanere quello della destinazione d'uso; ma in tal caso peraltro si potrebbero riscontrare situazioni ove tale distinzione possa effettuarsi in base all'adduzione dell'acqua e alle sue modalità in concreto apprestate. A ben vedere la divaricazione tra le due ipotesi, in questi casi, è molto più evanescente di quanto non appaia a prima vista; in tali situazioni, infatti, ci si trova di fronte a situazioni ove il momento dell'estrazione coincide con quello della destinazione ad uso conforme. Le particolari circostanze (impianti di estrazione per esigenze ridotte, come quelle familiari, *idem* per i serbatoi, ...) con cui viene effettuato il prelievo portano ad una sorta di presunzione – ma il termine qui è utilizzato in modo invero non del tutto appropriato - a che l'acqua, una volta attinta, venga poi utilizzata secondo un modo che è corrispondente ai principi posti dalla normativa in materia. La valutazione che viene compiuta in ordine all'utilizzo della risorsa è pertanto contestuale al suo affioramento e - utilizzando una terminologia non proprio corretta in questo ambito - tacita, per il fatto stesso di aver predisposto mezzi indirizzati a quel fine. Il seguire tale impostazione comporta di conseguenza che si ritenga in realtà sufficiente, ai fini dell'individuazione del momento di cui si discute, l'utilizzo del criterio dell'estrazione, purchè ad esso si accompagni il necessario temperamento dell'adeguatezza all'uso dei mezzi concretamente approntati per l'adduzione stessa.

Unico dubbio che ancora potrebbe permanere concerne le conseguenze applicabili in caso di abuso: l'acqua utilizzata per un uso che comunque rimane diverso o eccedente, nonostante le circostanze e i mezzi concretamente approntati, va considerata come demaniale, e pertanto soggetto all'inalienabilità, con derivante invalidità degli atti di cessione eventualmente posti in essere? Ovvero il comportamento di colui che abusa è passibile solo di sanzioni comminabili sul piano amministrativo, *ex t.u.*? Ovvero ad esso sono applicabili entrambi i tipi di rilievi? Come si vede anche questo problema è, e rimane, di non agevole soluzione, in particolar modo per la scarsa chiarezza operata dalla disciplina in tale ambito. Spetterà pertanto all'operatore del diritto analizzare la fattispecie che concretamente gli si pre-

senta e pertanto adottare, sulla base della sua sensibilità giuridica, la soluzione più o meno rigorosa ⁷⁹.

5.2. Ancora sulle acque sotterranee: il rapporto con i fondi che le contengono.

Avendo dunque osservato già in via preliminare che la diversità di uso - qualora si accolga tale impostazione, con i temperamenti sul piano concreto sopra rilevati - conduce a differente qualificazione in termini di pubblicità-privatezza, ulteriori e più dettagliate riflessioni possono compiersi sempre con riferimento alle acque fluenti nel sottosuolo. Dubbi infatti potrebbero sorgere in ordine alla libera disponibilità del terreno sotto il quale tali risorse abbiano il loro naturale deflusso. Sembra comunque da escludere una indisponibilità del fondo da parte del titolare, anche per le ragioni sopra accennate. L'acqua, pur se necessariamente collegata al terreno, è però da essa giuridicamente distinta. Essa acquista le caratteristiche proprie della demanialità solo una volta che essa affiori, in modo naturale o per via dell'intervento dell'uomo, in superficie. Solo in questo caso assume, o perlomeno dimostra, quelle caratteristiche di utilità generale che altrimenti resterebbero occulte. D'altronde una differente soluzione della questione porterebbe ad ammettere una sorta di indisponibilità occulta del terreno, in tutti quei casi in cui il proprietario ignori l'esistenza della falda. Va quindi negata la possibilità che la "demanialità" si estenda al "contenente ovvero al terreno. Ciò anche per le evidenti difficoltà che sorgerebbero inoltre in ordine alla delimitazione del terreno da considerare pubblico anch'esso.

Le considerazioni esposte sembrano venire ad urtare con quelle espresse da quegli autori che ritenevano l'acqua sotterranea come parte integrante del fondo ⁸⁰. Il contrasto però, a ben vedere, è solo apparente, in quanto la situazione che qui si viene a configurare è diversa. Le acque *pars fundi* avevano lo stesso regime giuridico del fondo; entrambe le categorie erano suscettibili di un libero dominio da parte del privato. Nel caso preso in esame, invero, è venuta a mutare la connotazione giuridica dei due beni, in quanto l'uno, il terreno, è rimasto privato, l'altro l'acqua, per effetto di una legge, è stato dichiarato pubblico ⁸¹.

⁷⁹ Anche se si ha l'impressione che comunque sia preferibile, in quanto maggiormente aderente ai principi generali dettati in queste materie, l'applicazione, in tale eventualità, dei soli rimedi amministrativi.

⁸⁰ In tal senso, COSTANTINO, *Acque private*, cit., pag. 57 ss.

⁸¹ Seppur con i temperamenti prima osservati in ordine alla rilevanza dell'uso concreto delle acque sotterranee.

Pertanto, per le ragioni suesposte, gli atti di disposizione di un fondo, che contenga nel suo sottosuolo una falda acquifera, sono da considerare leciti e validi.

5.3. Ulteriori situazioni problematiche: a) Le acque pluviali; i ghiacciai.

Vi sono poi altre situazioni che appaiono di dubbia configurazione.

Le acque pluviali sono esenti dalla disciplina pubblicistica, in quanto raccolte in invasi e cisterne al servizio di fondi agricoli o di singoli edifici. Il quarto comma dell'art. 28 della l. 36/94 inoltre dispone che in tali casi non sono necessarie licenza o concessione edilizia.

E l'acqua piovana non raccolta in invasi e cisterne? Dal combinato disposto degli art. 1, primo comma, e 28, terzo e quarto comma, sembra che debba essere considerata alla stregua delle altre acque pubbliche. Esse, "un tempo riconosciute *res nullius*, diventano oggetto di proprietà pubblica salvo che un'indagine di fatto non consenta di accertare la raccolta delle stesse in cisterne, serbatoi, vasche e depositi per iniziativa del proprietario del fondo"⁸².

Forse un'interpretazione così estensiva prova troppo. Essa conduce a ritenere che anche la pozzanghera o il fiumiciattolo formati su un suolo dopo un violento fortunale siano divenuti pubblici. Non essendo raccolti nei contenitori prima visti, essi diverrebbero demaniali - addirittura soggetti a concessione - ponendo poi ulteriori problemi in ordine alla configurabilità di un loro letto o alveo, al quale estendere la demanialità. Siffatta impostazione non è senz'altro ammissibile, essenzialmente per motivi logici e di senso comune, se non proprio giuridici, visto la vaghezza della riserva di legge in discorso⁸³. Tali considerazioni possono inoltre essere suffragate dal rilievo economico delle *res* in oggetto, e dalla loro permanenza temporale. Per cui ove esso fosse nullo, in quanto tali corsi spontanei siano di modestissima entità ed inutilizzabili e finiscano inoltre per essere assorbiti dal terreno, non ha e-

⁸² Sempre MASINI, cit., pag. 672

⁸³ Purtroppo da un punto di vista normativo, che si basi sulla lettera della legge, la soluzione più corretta sembra essere quella estensiva (altrimenti il legislatore non avrebbe delimitato la libertà di disciplina solo con riguardo ad un determinato tipo di acque pluviali). Ciò non toglie che appare ben arduo il considerare pubblico, e pertanto inutilizzabile al di fuori di un'utenza, anche il rigagnolo che si formi naturalmente sul proprio terreno, e che dopo qualche ora si asciughi ovvero sia comunque assorbito dal terreno.

Non sembra che invece possa negarsi natura demaniale alle acque estratte dal sottosuolo che non siano sorgive, ma di natura piovana, per naturale deflusso in falde sotterranee. Non va dimenticato infatti che tutte le acque sorgive traggono origine da precipitazioni, salvo determinati casi, quali lo scioglimento di ghiacciai, ... sulla cui natura (demaniale) si osserva di seguito.

videntemente alcun senso discutere in termini di demanialità - appropriabilità privata.

In relazione ai ghiacciai va ricordato che la loro demanialità era, ed è, generalmente riconosciuta. Essi, pur non potendo essere propriamente considerati quali acque fluenti, peraltro rivestono un'indiscutibile attitudine ad usi di pubblico interesse, in quanto costituiscono e concorrono ad alimentare le sorgenti dei fiumi maggiori, nonché anche dei corsi minori ⁸⁴.

b) Fossi, scoli, ...; alveo, sponde, ...

Controverso inoltre è se i fossi alimentati da acque sotterranee, gli scoli naturali delle sorgenti che si esauriscono nel fondo, gli stagni e le paludi, ricadano ancora sotto la disciplina delle acque private, ovvero siano soggette a quella dettata per le acque pubbliche ⁸⁵.

Occorre ricordare poi che già sotto il vigore della vecchia normativa si discuteva in ordine alla esatta estensione del corso d'acqua. Esso infatti si considerava composto non solo dall'acqua e dall'alveo, ma anche dalle sponde, dalle ripe e dagli argini ⁸⁶. Mentre le sponde, e per la precisione la ripa interna, erano considerate un tutt'uno con l'alveo, invece le ripe esterne rimanevano in proprietà dei privati e suscettibili di essere gravate di servitù ⁸⁷. Controversa era invece la natura degli argini ⁸⁸.

⁸⁴ Sul tema, LUGARESI, cit., pag. 104, che richiama sul punto quanto affermato da A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., pag. 282, e E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Torino, 1958, pag. 36 ss.

⁸⁵ Propende per la prima ipotesi MASINI, cit., pag. 672, il quale ritiene che siano soggette ancora alle "norme relative alla proprietà privata piuttosto che trovare la giusta sede della loro disciplina nella categoria delle acque pubbliche".

⁸⁶ Sponda viene considerata tecnicamente "la parte inclinata, la parte interna del corso d'acqua, la parte che si congiunge direttamente alla scarpata". Sul punto vedi U. PERNIGOTTI, *Acque pubbliche*, in *Enc. del dir.*, I, Milano, 1958, pag. 406.

⁸⁷ Ai sensi dell'art. 52 del t.u. 11 luglio 1933, n. 959, sulla navigazione interna e dell'art. 72 del t.u. sulle opere idrauliche (523/04), fanno parte dei cd. beni laterali di fiumi e torrenti.

⁸⁸ Per quanto riguarda gli argini, buona parte della giurisprudenza, e così parte della dottrina, era favorevole alla demanialità degli stessi. Vi fu però la Corte di Cassazione che, con sentenza n. 1048, del 28 aprile 1951, ritenne che quelli artificiali, non costituendo elemento essenziale del corso d'acqua, non partecipavano necessariamente al suo carattere demaniale, e potesse formare oggetto di diritti da parte di persone ed enti diversi dallo Stato. Per PERNIGOTTI, cit., pag. 407, "più che di acqua pubblica deve parlarsi di corso di acqua pubblica, comprensivo di acqua, alveo sponde o ripe esterne, ed anche degli argini, quando gli stessi sono destinati alla difesa, non già di beni di isolati frontisti, bensì di tutta la zona in cui scorre il corso d'acqua". LUGARESI, cit., pag. 108, invece ritiene che "la demanialità dell'argine (che non è elemento essenziale del corso d'acqua) non sia una caratteristica necessaria, dovendosi però rico-

Non ci sono evidenti ragioni per non ritenere tali considerazioni valide anche con riferimento alla nuova disciplina, e pertanto, almeno per la maggior parte, ancora applicabili ⁸⁹. Conferma della loro applicabilità può inoltre essere fornita, anche nei confronti dei corsi d'acqua minori, da quanto disposto dall'art. 942 c.c., in particolare il secondo comma, come novellato dall'art. 1 della l. 5 gennaio 1994, n. 37 ⁹⁰.

c) Letti artificiali e canali; acquedotti; porti e approdi fluviali e lacuali.

nosocere nelle ipotesi di realizzazione (od espropriazione) da parte della pubblica amministrazione per la difesa delle zone in cui scorre il corso d'acqua".

⁸⁹ Attribuisce all'alveo carattere demaniale, anche in virtù degli art. 93 e 94 della l. 25 luglio 1904, n. 523 (*"Testo unico sulle opere idrauliche"*), LUGARESÌ, cit., pag. 105 ss. Con riferimento ai rapporti tra disciplina dell' "alveo" e l. 36/94, sembra interessante Cass. s.u. 19 dicembre 1994, n. 10908, in *Dir. giur. agraria e dell'ambiente*, 1996, pag. 454 ss., con nota di A. COLETTA, *Spiagge lacuali e demanio idrico dopo la legge 36 del 1994*. Secondo la Suprema Corte, che conferma Trib. super. acque del 20 ottobre 1992, n. 79, "in tema di individuazione dei terreni ricompresi nel demanio per la loro contiguità a laghi pubblici, opera, secondo il criterio desumibile dall'art. 943 c.c., il principio per cui l'estensione dell'alveo - suscettibile della detta ricomprensione - deve essere determinata con riferimento al livello delle piene ordinarie allo sbocco del lago, senza che si possa tener conto del perturbamento determinato da cause eccezionali (meteoriche, geosismiche o prodotte dall'opera dell'uomo per esigenze momentanee) e senza che dall'alveo propriamente detto possa distinguersi il lido, che, invece, è una componente strutturale del primo, come sopra individuato, potendo soltanto l'alveo stesso distinguersi dalla "spiaggia", come zona di terreno scoperto contigua all'alveo, la quale, ove esistente, resta assoggettata al regime della demanialità per i pubblici usi del lago". Vedi inoltre: Cass. s.u., 6 giugno 1994, n. 5491, in *Arch. civile* 1994, pag. 1247; e Trib. sup. delle acque, 16 marzo 1995, n. 23, in *Cons. di Stato* 1995, II, pag. 552.

⁹⁰ Secondo l'art. 942 c.c. *"Terreni abbandonati dalle acque correnti - I terreni abbandonati dalle acque correnti, che insensibilmente si ritirano da una delle rive portandosi sull'altra, appartengono al demanio pubblico, senza che il confinante della riva opposta possa reclamare il terreno perduto.*

Ai sensi del primo comma, si intendono per acque correnti i fiumi, i torrenti e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia.

Quanto stabilito al primo comma vale anche per i terreni abbandonati dal mare, dai laghi, dalle lagune e dagli stagni appartenenti al demanio pubblico".

Per l'art. 946 *"Alveo abbandonato - Se un fiume o un torrente si forma un nuovo letto, abbandonando l'antico, il terreno abbandonato rimane assoggettato al regime proprio del demanio pubblico"*.

L'art. 947 prevede: *"Mutamenti del letto dei fiumi derivanti da regolamento del loro corso - Le disposizioni degli articoli 942, 945 e 946 si applicano ai terreni comunque abbandonati sia a seguito di eventi naturali che per fatti artificiali indotti dall'attività antropica, ivi comprendendo anche i terreni abbandonati per fenomeni di inalveamento.*

La disposizione dell'art. 941 non si applica nel caso in cui le alluvioni derivano da regolamento del corso dei fiumi, da bonifiche o da altri fatti artificiali indotti dall'attività antropica.

In ogni caso è esclusa la sdemanializzazione tacita dei beni del demanio idrico".

Vari dubbi possono poi sorgere in ordine all'ipotesi di corsi d'acqua superficiali che fluiscano non in letti naturali, bensì in alvei artificiali. In base anche alle considerazioni appena effettuate, risulta non certo agevole delineare la connotazione giuridica dei corsi che siano opera del lavoro dell'uomo, al fine di soddisfare un proprio interesse individuale. I manufatti, i canali, i cavi, le condotte eseguite dai privati proprietari, sono da considerare anch'essi demaniali, ovvero si può procedere alla distinzione tra l'acqua - bene mobile demaniale - e, ad es., il bacino di raccolta - bene immobile privato - ⁹¹?

Probabilmente, il fatto che le opere siano compiute sui terreni dei privati e, in particolar modo, il rilievo che in questi casi si persegua un interesse di natura essenzialmente privatistico - anche se comunque indirettamente pubblicistico, di portare l'acqua ai terreni - fanno propendere per la seconda soluzione. Peraltro la questione è, e rimane, controversa. Comunque secondo alcuni autori è dato da considerare ormai acquisito che la natura delle acque che vi scorrono sia da ritenere irrilevante ai fini di una loro qualificazione come beni demaniali ⁹².

I cd. canali demaniali, ossia quei corsi d'acqua artificiali dallo Stato acquistati o realizzati in vista di determinate funzioni, sono di proprietà dello Stato stesso, anche se, come gli acquedotti, vanno considerati beni a destinazione pubblica ⁹³.

Volendo dare solo un accenno al tema degli acquedotti, va innanzitutto osservato che la configurazione della loro natura prescinde dalla qualificazione dell'acqua con essi trasferita.

L'art. 822 c.c. li considera facenti parte del demanio pubblico solo ove siano di proprietà dello Stato; essi pertanto fanno parte del demanio accidentale e non necessario, se appartengono allo Stato o ad altro ente territoriale ⁹⁴. Costituiscono patrimonio indisponibile, quando, essendo di titolarità di un ente non territoriale,

⁹¹ Sul punto si vedano C. PETROCCHI, *Acque (Diritto pubblico)*, in *Noviss. Digesto ital.*, diretto da A. Azara e E. Eula, I, Torino, 1957, pag. 213 ss. E MASINI, cit., pag. 672.

⁹² LUGARESI, cit., pag. 108 ss., secondo il quale i canali appartenenti allo Stato non fanno parte del demanio idrico: la loro pubblicità non accede alle acque e non ne segue in via obbligatoria le sorti.

⁹³ Vedi LUGARESI, cit., pag. 109.

⁹⁴ Secondo l'art. 11, comma 1, della l. 16 maggio 1970, n. 281, i beni indicati dal secondo comma dell'art. 822 c.c., se appartengono alle regioni per acquisizione a qualsiasi titolo, costituiscono demanio regionale, e pertanto considerati demanio pubblico; per le regioni a statuto speciale, si applica quanto previsto dagli statuti e dalla normativa di attuazione.

sono destinati ad un pubblico servizio ⁹⁵. Si applica invero l'ordinario regime di diritto comune, ove appartengano a privati ⁹⁶.

I porti e gli approdi fluviali e lacuali, a fini di navigazione interna, dovrebbero essere considerati demaniali, vista la loro tradizionale destinazione all'uso di pubblico generale interesse della navigazione ⁹⁷.

5.4. Sulla vigenza delle norme del codice civile per effetto dell'introduzione della nuova disciplina.

Le osservazioni finora effettuate hanno condotto alla configurabilità di acque non demaniali, ossia private. Tali rilievi risolvono il dubbio sulla vigenza e l'utilità del complesso di norme contenute nel codice civile, prima esaminate, tendenti a disciplinare i rapporti tra i soggetti privati utilizzatori delle acque.

Ha trovato pertanto risposta positiva il quesito in ordine alla sussistenza di quel corpo di regole, peraltro inteso in senso unitario. Si pone a questo punto il problema di comprendere se anche tutte le norme particolari che ne fanno parte continuino a trovare applicazione, ovvero se non ne sia loro determinata in qualche modo una modifica.

Per non dilungarsi eccessivamente sull'argomento, si può osservare che, in base a quanto innovato dalla l. 36 del 1994, e dai provvedimenti ad essa, ed essenzialmente al suo spirito, collegati, anche se non sempre rilevabile espressamente, comunque qualche modificazione possa essere riscontrata. Ciò si ottiene confrontando quanto da questi disposizioni previsto con la nuova regolamentazione e - dato non irrilevante - con le considerazioni finora svolte.

Senza analizzare tutti gli articoli, ma soffermandosi in estrema sintesi su quelli che più interessano, ossia quelli che compongono quello che è stato denominato come primo gruppo, occorre notare che ormai l'art. 909 c.c., visto l'enorme

⁹⁵ Vedi il secondo comma degli art. 830 e 828 c.c.

⁹⁶ Sul punto, sempre LUGARESI, pag. 112. Sul tema degli acquedotti, vedi M. A. LORIZIO, voce *Acquedotti e canali demaniali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987; e V. CERULLI IRELLI - S. PELILLO, voce *Acquedotti e canali pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988.

⁹⁷ Sempre LUGARESI, cit., pag. 109 ss., che rileva che "se i porti marittimi sono espressamente considerati dall'art. 822 c.c., l'inclusione dei porti fluviali e lacuali nell'ambito del demanio necessario è giustificato dal rapporto di accessorietà rispetto al corpo idrico cui afferisce. Tra l'altro il codice della navigazione non parla di porti fluviali o lacuali o di porti interni, ma di zone portuali della navigazione interna. Tale categoria di beni demaniali è, in seguito all'art. 97 del d.p.r. n. 616 del 1977, attratta nella sfera di attribuzione regionale, rappresentando gli unici beni del demanio idrico non appartenenti allo Stato, e ponendo, inoltre, una serie di problemi nei rapporti Stato-regione".

astringimento delle ipotesi di acque superficiali non demaniali, dal momento che solo a queste detto articolo si riferisce, oggi, più che mai, vede ridotto il suo ambito a limitatissime possibilità applicative.

Un discorso parzialmente differente va effettuato nei riguardi dell'art. 910 c.c. L'introduzione del nuovo assetto sistematico ad opera della l. Galli, infatti, fa sorgere il fondato dubbio che ci si trovi di fronte ad una sua abrogazione tacita, o comunque ad una sua concreta e quasi assoluta inoperatività, per incompatibilità con quanto dettato dalla suddetta legge e con gli effetti da essa prodotti.

Con riguardo poi agli art. 911 e 912 c.c., sembra che essi rimangano applicabili, con il rilievo peraltro che le questioni demandate all'autorità giudiziaria, in base all'ultimo articolo, saranno di certo, ormai, non proprio numerose.

5.5. Con riferimento alla possibilità di dominio privato su acque (già) pubbliche.

La soluzione prima riportata in tema di letti artificiali può essere suffragata forse anche da un'altra considerazione. Occorre chiedersi, essenzialmente in tema di utenza irrigua, se questa conferisca un qualche diritto di proprietà al suo concessionario. Con tale riflessione rientriamo pertanto nel secondo ordine di problemi che prima si erano introdotti, ossia se sia possibile configurare una presa di possesso privata - nel senso di loro appropriabilità - di risorse idriche soggette alla disciplina pubblicistica ⁹⁸.

Si è parlato, con riguardo al diritto dell'utente di proprietà dell'acqua utilizzata ⁹⁹. Ma si è obiettato intorno alla possibilità per l'acqua pubblica di divenire oggetto di proprietà privata. Essa "non decade dalla sua natura originaria se non dopo che è immessa nel canale del concessionario che ha su di essa un semplice diritto d'uso" ¹⁰⁰. Peraltro il terzo comma dell'art. 40 t.u. dà disposizioni in ordine alla ven-

⁹⁸ E' forse opportuno rilevare che tali considerazioni investono un differente ordine di problemi rispetto a quello poco prima affrontato in tema di acque sotterranee. In quel caso infatti il dubbio concerneva l'individuazione del momento in cui le acque divenivano private, ma *ab origine*, in quanto con le determinate modalità prima osservate, ne veniva esclusa la demanialità. Nell'ipotesi che si sta ora esaminando, invece, le acque sono già demaniali, e si sta ipotizzando in ordine ad una loro appropriazione privata, una volta che siano rispettate tutte le formalità ed i requisiti previsti dalla legge.

⁹⁹ Così Cassazione 30 giugno 1939, n. 2259, in *Mass. Foro it.*, 1939, pag. 448. Su questo e sui punti che seguono, vedi MILANI, *Il rapporto di utenza idrica*, cit., pag. 48 ss.

¹⁰⁰ M. BUSCA, *Le acque nella legislazione italiana*, in *Studi di diritto e procedura civile*, Torino, 1962, pag. 128, e M. PACELLI, *Le acque pubbliche*, Padova, 1933, pag. 476, entrambi riportati da MILANI, *Il rapporto di utenza idrica*, cit., pag. 48.

dita dell'acqua derivata. Ciò comporta che il legislatore, poiché la vendita dell'acqua presuppone una qualche titolarità della stessa, ha mostrato di aver accolto, dal momento che non si è in presenza di una concessione speciale, la tesi della proprietà privata dell'acqua derivata ¹⁰¹. Un'impostazione siffatta, pur fra molte incertezze, sembra accettabile, anche se è opportuno rilevare che comunque tale tipo di proprietà presenta caratteristiche del tutto peculiari rispetto a quella normale, di tipo privatistico, in quanto qui "scaturisce una forma di proprietà determinata positivamente dalla confluenza di vari ordini di interessi (privati, collettivi, pubblici). La sociabilità di tutto il sistema delle acque fa sì che nell'utenza irrigua - più in generale nelle utenze - si manifesti un'attività sociale che può essere rilevante per il pubblico interesse anche se la proprietà è privata" ¹⁰².

Per quel che concerne il momento in cui si attui il passaggio dalla demanialità dell'acqua alla titolarità dell'utente, sembra certo che nel canale di derivazione l'acqua sia già confluita in proprietà di quest'ultimo ¹⁰³. Da tali considerazioni discende l'ulteriore conseguenza che l'acqua "potrà essere pubblica nel fiume o nel canale ed entro gli argini, ma non lo è più quando, addotta in canali e condotte sul fondo, soddisfa direttamente solo un interesse privato" ¹⁰⁴.

E' forse opportuno osservare, peraltro, che tali asserzioni non contrastano con quanto prima rilevato in tema di diritti del concessionario ¹⁰⁵. Le considerazioni effettuate riguardavano infatti essenzialmente il complesso dei diritti attribuiti al singolo utente in virtù del rapporto concessorio. Rapporto che si connotava in quello specifico modo in quanto intercorrente tra soggetti non del medesimo livello, singolo e p.a., e per finalità non solo individuali, ma anche collettive. Qui invece il discorso concerne uno specifico aspetto di quel complesso di diritti, ossia la natura del rapporto intercorrente tra l'utente e il bene, una volta che, osservate le modalità di legge, l'acqua sia addivenuta in possesso del privato. Per cui non sembra che ostino

¹⁰¹ L'art. 40, terzo comma, del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, prevede: "su esplicito parere del Consiglio superiore, possono includersi nel disciplinare norme relative alle tariffe di vendita dell'acqua derivata o della energia con essa prodotta". Il "possono" inoltre fa ritenere che la vendita dell'acqua sia possibile anche quando non siano state fissate nel disciplinare le tariffe.

¹⁰² Così MILANI, *Il rapporto di utenza idrica*, cit., pag. 51.

¹⁰³ Avviene in quest'ambito qualcosa di molto simile a quanto accade con il contratto di somministrazione - che abbiamo visto essere la figura nella quale inquadrare tale rapporto - in quanto in tale fattispecie si assiste al passaggio dell'acqua, dal somministrato a colui che ne fruisce, al momento della sua misurazione nell'edificio misuratore.

¹⁰⁴ Così MILANI, *Appunti introduttivi ...*, cit., pag. 601 ss. L'autore inoltre compie di seguito alcune ipotesi in ordine al trasferimento del fondo o di sua parte.

¹⁰⁵ Vedi *infra*, pag. 8 ss.

particolari ragioni al considerare come privata l'acqua in tale determinato momento, pur non dimenticando il peculiare atteggiarsi di tale titolarità, che non consente, almeno fino alla fase di una sua eventuale vendita, di assimilarla totalmente al corrispondente istituto privatistico, per le forti influenze e connessioni che si riscontrano con la disciplina amministrativistica in virtù dei rapporti di diritto pubblico sottostanti.

Non sembra che differenti rilievi vadano compiuti con riferimento agli altri tipi di utenze, senza peraltro dimenticare i limiti posti dalla priorità del consumo umano e della salvaguardia delle risorse idriche.

Merita infine di essere brevemente considerato un ultimo punto; per la precisione quello che concerne gli effetti della dichiarazione generale di demanialità con riguardo ai titolari di acque private, che in virtù dell'art. 1 della l. 36 del 1994 si sono visti privare dei loro diritti dominicali.

Si è ravvisato nella fattispecie in esame in fenomeno espropriativo, necessitante, come sua diretta conseguenza, della corresponsione, ai sensi del terzo comma dell'art. 42 della Costituzione, di un giusto indennizzo. Peraltro sembra che la giurisprudenza tenda ad escludere in queste situazioni la persistenza di una situazione espropriativa. Da una lato afferma che la demanialità, essendo incompatibile con la proprietà privata, non farebbe sorgere un diritto all'indennità; dall'altro che, essendovi una riserva originaria, non può essere configurato un'espropriazione, in quanto mancherebbe l'elemento caratterizzante ad essa essenziale del trasferimento della proprietà da un soggetto (privato) ad un altro (pubblico); circostanza che si riscontrava anche nel caso della dichiarazione di demanialità ex art. 1 del t.u. del 1933, al verificarsi della quale non era ricollegato alcun indennizzo. Per cui tale conclusioni andrebbero applicate, per i medesimi criteri di ordine logico e sistematico, anche all'art. 1 della legge Galli ¹⁰⁶.

Marco Avagliano

(Riproduzione riservata)

¹⁰⁶ Tribunale superiore acque pubbliche, 6 luglio 1950, n. 9; 11 maggio 1965, n. 10; e 23 maggio 1967, n. 14, in *Cons. Stato*, 1967, II, pag. 404; Cass. s.u., 28 aprile 1976, n. 1507, in *Cons. Stato*, 1976, II, pag. 801. Consiglio di Stato, sez. VI, 17 novembre 1978, n. 1205, in *Cons. Stato*, 1978, I pag. 1776.