

PRESENTACIÓN ESPAÑOLA

Sesión Inaugural

RAFAEL ENTRENA CUESTA

Los días 16 a 18 de mayo de 1966, se celebró en Sevilla el I Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo y 40 años después, también en el mes de mayo tuvo lugar la última de nuestras reuniones, celebrada en Génova. A través de estos encuentros hemos ido estudiando temas centrales y siempre actuales de nuestra disciplina: desde los aspectos administrativos del turismo, que se trataron en el primer Congreso, hasta las Externalizaciones, de que nos ocupamos en el Congreso celebrado en Génova. Y entre uno y otro atrajeron nuestra atención el Régimen Jurídico-Público del Crédito (Venecia, 1968); el Comercio, con particular referencia a las Cámaras de Comercio (Santiago de Compostela, 1970); los aspectos Jurídicos-Administrativos de la Planificación Económica (Taormina-Catania, 1972); la vinculación de la Propiedad Privada por los Planes y Actos Administrativos (Marbella, 1975); la tutela del ambiente, con particular referencia a los Centros Históricos (Florencia, 1976), las Comunidades Autónomas: poder legislativo, competencia y organización (Lanzarote, 1979); la Sanidad de los Alimentos (Peruggia, 1981); la Provincia (Granada, 1984); las Ciudades Metropolitanas (Bologna-Florencia, 1993); la Realización y Gestión de las Infraestructuras Públicas (Barcelona-Gerona, 1996); los Contratos de las Administraciones Públicas y la Disciplina de las Aguas y Fondos comunitarios y Ayudas del Estado (Bari, 1998); la enseñanza del Derecho Administrativo, las Fundaciones del Voluntariado y los Recorridos de Interés Histórico Cultural (Salamanca, 2000); los Ordenamientos Italiano y Español entre Europa y las autonomías territoriales (Catania, 2002), y, en fin, el Derecho de la Energía en Sevilla, 2004.

Me he atrevido a exponer esta larga relación, en primer lugar, para que sirva en el futuro de referencia histórica; en segundo lugar, para que ilustre a quienes hoy se incorporan a estas sesiones, y, por último y sobre todo, para poner de manifiesto la estrecha relación entre el objeto de nuestro estudio y los problemas que en cada momento acuciaban a nuestra sociedad y preocupaban a nuestra doctrina.

Esta relación pocas veces resulta tan evidente como en el caso del tema central de este Congreso, dada su extraordinaria actualidad aquí y ahora:

aquí porque nos encontramos en Aragón y en Zaragoza donde la preocupación por el régimen jurídico administrativo del agua constituye una constante, que se acentúa en nuestro tiempo, tanto por la situación de escasez vivida en fechas recientes como por la pugna competencial entre las distintas Comunidades autónomas, que plasma en sus estatutos renovados o en curso de renovación. Altamente expresivo de esta sensibilidad y preocupación es el dato de que el agua constituyese el tema central de la Exposición Universal recientemente clausurada y que en el seno de ésta haya figurado la Tribuna del Agua como foro de debate de la muestra internacional, que ha permitido sentar unas Conclusiones que confío sirvan de guía para futuras actuaciones en la materia.

Los problemas a analizar son interminables y profundos, y no exentos de dificultades, entre las que no es la menor el peligro de que las tesis que se sostengan puedan ser utilizadas en la lucha jurídica y política que acabo de apuntar. Para desbrozarlos contamos con la preparación de unos Ponentes que, con la ayuda de todos y bajo la dirección de los Iltrés. Colegas que en cada caso ocuparán la presidencia, estoy seguro que ofrecerán sólidos criterios a seguir para alcanzar la solución apropiada en cada caso.

Mi agradecimiento, por ello, desde ya, en la representación con que actúo, a los Profesores BERMEJO VERA, LOPEZ RAMÓN y EMBID IRUJO, generosos y eficaces integrantes de la Comisión organizadora; a la Universidad que nos acoge en la sede de su Facultad de Derecho; a cuantas entidades y organismos, públicos y privados, han hecho posible con su ayuda esta realidad, y a los Ponentes y Comunicantes, el resultado de cuyas investigaciones estamos impacientes por conocer.

Y mi recuerdo, para quienes a lo largo de estos años han participado por parte italiana y española en estos encuentros periódicos en los que cada vez se estrecha mas la colaboración científica y la amistad entre nosotros, junto con mi bienvenida a los jóvenes profesores que ahora se incorporan a la vida de la Asociación.

No quiero terminar sin transmitirles los saludos del Profesor ROVERSI MÓNACO, Presidente de la sección italiana, que por razones de última hora y muy en contra de sus deseos no ha podido acompañarnos, y que me indica les proponga la Universidad de Bolonia como sede de nuestra próxima reunión.

PRESENTACIÓN ITALIANA

ACQUE E ISTITUZIONI

Una premessa italiana

FABIO MERUSI

1. Direi che la scelta di dedicare il XVII Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo alla disciplina giuridica dell'acqua è stata particolarmente felice perché permette di affrontare un ampio spettro di problemi che vanno dalle origini stesse del diritto amministrativo (almeno di quello italiano), al mutare nel tempo della disciplina dei beni demaniali, dei quali l'acqua è forse l'esempio problematicamente più completo, per finire ai nuovi modelli di fare amministrazione sollecitata dal diritto comunitario.

Cominciamo dalle origini stesse del diritto amministrativo.

Di solito si indica in Romagnosi il padre del diritto amministrativo italiano perché nei *Principi di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* avrebbe messo a fuoco le caratteristiche dell'atto amministrativo e della discrezionalità amministrativa (cfr. specificamente L. MANNORI, *Uno stato per Romagnosi*, vol. II, *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987). Ma altrettanto importante per la genesi del diritto amministrativo italiano è stata un'altra opera di Romagnosi il *Della ragion civile delle acque nella rurale economia* (che di seguito si cita nella edizione di Milano del 1829) nella quale è ricostruita la logica della disciplina pubblicistica di determinati beni ed, in particolare, delle acque, logica della quale si è sottolineata, di recente, la valenza «universale» in relazione ad ogni singolo bene pubblico al di là del caso specifico delle acque (da G.D. COMPORI, *Energia ed ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, 259).

La logica in base alla quale è ricostruita la disciplina del bene acqua è di tipo funzionale. La disciplina pubblica o privata dipende dalla funzione del bene stesso. Una teoria funzionale dei beni così sintetizzata dall'Autore stesso (op. cit., 250 e 251): «... a fine di evitare ogni equivoco, disegnare si debbono i beni col nome o di semplicemente *demaniali*, o di strettamente pubblici. I primi sono assoggettati alle regole ordinarie del civile diritto. I secondi sono assoggettati ai regolamenti di pubblica amministrazione e diretti dai rapporti della cosa pubblica. Parlando poi in particolare del soggetto delle acque,

e più strettamente di ciò che riguarda la loro condotta, dire dovremo, che la destinazione e l'uso di una massa o corrente di acqua si è quella che la contraddistingue legalmente. E però quella dovrà dirsi acqua pubblica, la quale per la sua destinazione e pel suo uso è riservata o consacrata a tutti i membri che compongono un dato pubblico. Acque private per lo contrario dovranno dirsi tutte quelle le quali non rivestono questa destinazione e questo uso. ... Tutto fin qui detto risulta in via di vero diritto naturale e filosofico. Vano per altro sarebbe nella pratica di certi paesi di proclamare queste idee se la legislazione positiva dei medesimi non corrispondesse coi principi di ragione ...».

Donde poi la necessità di una verifica di diritto positivo, che all'epoca in cui Romagnosi scriveva il suo *Trattato* sulle acque risultò favorevole.

Ma in seguito?

In seguito nel diritto amministrativo italiano si è assistito ad un fenomeno non infrequente nel mondo del diritto: al cimento processuale fra principi generali del diritto e diritto legislativo.

La teoria di Romagnosi della doppia natura dell'acqua, pubblica se finalizzata ad usi collettivi, privata se il suo uso non contrastasse col possibile uso collettivo (ad esempio l'irrigazione non contrastante con la navigazione o la potabilizzazione), ebbe un grandissimo successo e fu periodicamente riproposta in varie forme dalla giurisprudenza delle corti italiane, di merito e di Cassazione, nonostante che il legislatore dell'Unità nazionale italiana, cioè il diritto positivo, sembrasse aver optato per la demanialità, e perciò per il regime pubblicistico di tutte le acque (vicende giurisprudenziali recentemente ricostruite da B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 299 ss.).

Per arrivare ad una esplicita dichiarazione di pubblicità delle acque non più correggibile da parte della giurisprudenza con alcun principio generale bisognerà attendere la c.d. legge Galli n. 36/1994, la quale, per fugare ogni possibile «interpretazione» normativa da parte della giurisprudenza, enuncia in questo modo l'«ontologica» pubblicità delle acque: «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una riserva che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà» (principio di recente riaffermato anche dal codice dell'ambiente, D.Lgs. n. 152/2006).

2. Ma l'acqua non sempre scorre e tocca al diritto indirizzarla verso usi ritenuti di interesse collettivo. L'acqua è perciò spesso oggetto di normative speciali: le leggi sulle bonifiche; sulle derivazioni idroelettriche; sui canali navigabili; sulle acque aventi particolari qualità minerali (le acque termali e minerali), così come è stato analiticamente descritto in alcune relazioni di settore.

Ma succede anche il contrario: che sia l'acqua ad imporre mutamenti istituzionali fino addirittura a generare novità all'interno delle istituzioni.

Ed è proprio in questi ultimi anni che sembra essere ritornati all'originario metodo di Romagnosi, quello di cavar dall'acqua il suo regime giuridico.

Con la differenza che è la natura dell'acqua che genera il diritto positivo, realizzando quello stato di natura auspicato da Romagnosi a proposito dell'uso dell'acqua in agricoltura («la ragion civile ... nella rurale economia»).

E' dapprima emerso il problema della qualità dell'acqua a seguito dell'inquinamento industriale diretto o indiretto (da prodotti industriali). Con normative di difesa dall'inquinamento e, dopo che l'inquinamento era già stato realizzato, di recupero della qualità dell'acqua compatibile con gli usi e con il suo «inserimento» nell'ambiente circostante. Nell'ordinamento italiano il primo problema è stato affrontato dalla c.d. legge Merli (1976), il secondo dalla c.d. legge Galli (1994).

Ma è nel suo rapporto col territorio che l'acqua sta dimostrando le sue potenzialità di mutamento istituzionale, tanto da poter essere indicata come campo di indagine per studi neo-istituzionali del genere di quelli che hanno preso piede nella storia economica e che si stanno «espandendo» anche nel diritto amministrativo, dove peraltro le tendenze istituzionaliste, ispirate da una delle «anime» presenti nell'«ordinamento giuridico» di Santi Romano hanno già informato, più o meno esplicitamente, numerosi interventi dottrinali nei più disparati settori della dottrina.

Per comprendere il fenomeno occorre tener conto della particolare articolazione degli enti territoriali locali nell'ordinamento italiano, non solo riconosciuta dalla Costituzione, ma, di recente, enfatizzata, in una modifica della stessa.

Dei tre enti previsti, Regioni, Province e Comuni, soltanto le Province presentano un qualche nesso fra territorio e funzione, perché il loro territorio è anche concepito in funzione di decentramento dell'Amministrazione statale.

I Comuni sono stati recepiti da tutte le leggi comunali succedutesi dal 1859 ad oggi sulla base del criterio della loro preesistenza storica, tanto che si è a lungo discusso se si trattasse di un «ente naturale», o comunque di un ente avente nelle vicende storiche la sua fonte costituente (basti rinviare ai classici studi di Santi Romano su *Il comune* in *Trattato Orlando* (1908), ora in *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2003, e di Teodosio Marchi, *L'istituto giuridico dell'autarchia*, Modena, 1904).

Il risultato è una gran quantità di comuni dalle più svariate dimensioni territoriali, dai comuni c.d. «polvere» alle città metropolitane, senza alcun nesso fra organizzazione e funzioni svolte.

Già Mazzini e Cattaneo predicarono che doveva essere previsto dalla legge (dal diritto positivo per riprendere l'espressione di Romagnosi a proposito delle acque) un nesso fra funzioni e territorio, ma la soluzione «transitoria» adottata dal legislatore piemontese durante la seconda guerra di indipendenza nazionale è rimasta inalterata in tutte le leggi sui comuni succedutesi nel tempo.

Per farla breve, in Italia non ci sono mai state leggi di riforma degli enti locali territoriali, per razionalizzare il rapporto fra organizzazione e funzioni, leggi di riforma che hanno invece caratterizzato quasi tutti gli altri ordinamenti europei nel secondo dopoguerra.

Qualcosa del genere è successo anche all'Assemblea Costituente a proposito delle Regioni quando lo Stato italiano fu trasformato in Stato regionale sul modello di quanto era stato fatto in Spagna con la Costituzione del 1931. Le Regioni furono istituite senza alcun nesso con il territorio, bensì in base a criteri storico-folcloristici. Ci sono pertanto Regioni grandi e Regioni piccole, Regioni territorialmente omogenee e Regioni territorialmente differenziate, e perciò Regioni che, come vedremo, hanno rapporti alquanto diversificati con l'acqua nelle sue varie manifestazioni, marine e terrestri.

Ma l'acqua ha, per natura, un suo rapporto con il territorio, il che genera, inevitabilmente, un problema di organizzazione dell'amministrazione quando diviene necessario provvedere ad amministrare l'acqua.

Poiché l'acqua è diventata un bene scarso, bisognoso di una buona gestione da parte di un'amministrazione pubblica, e atteso che l'acqua, come abbiamo visto, è, per definizione legislativa, demaniale, la legge Galli ha previsto l'istituzione degli ATO (Ambiti Territoriali Ottimali) per la gestione del servizio idrico integrato, consistente nell'insieme dei servizi pubblici di captazione, distribuzione nonché collettamento, depurazione e smaltimento delle acque reflue.

Detta legge prevede che le Regioni, sentiti gli altri enti interessati, individuino gli ATO con lo scopo di combinare il rispetto dell'unità di bacino, cioè con il comprensorio territoriale dei singoli sistemi idrici, con la pianificazione degli acquedotti e di garantire l'efficienza dei servizi idrici attraverso il superamento della frammentazione delle gestioni dei singoli usi dell'acqua.

Ma lo spazio dell'acqua, lo spazio del servizio idrico integrato, non coincide, se non per un accidente del tutto casuale, con il territorio amministrato dalle Regioni e tanto meno dei Comuni. Il legislatore ha allora pensato all'unico ente che ha una delimitazione territoriale che si presta all'attribuzione di funzioni di area vasta, tali da poter ricomprendere gli ambiti territoriali ottimali dell'acqua, le Province. Di recente la legge finanziaria per il 2008, la

legge 27 dicembre 2007, n. 244, ha previsto che le Regioni procedano alla «rideterminazione degli ambiti territoriali ottimali» fissando come criterio la valutazione prioritaria dei territori provinciali quali ambiti ottimali. Il fine è quello dell'attribuzione alle Province delle funzioni in materia di servizio idrico integrato. Nel caso di bacini più ampi del territorio provinciale l'attribuzione potrà avvenire a favore delle Regioni stesse, delle Province interessate, previo accordo fra di loro, o, infine, a favore di forme consortili fra Comuni o fra Comuni e Province. Ipotesi tutte residuali rispetto alla tendenziale utilizzabilità della Provincia per il governo integrato delle acque.

Sembrirebbe dunque che almeno l'acqua stia contribuendo alla razionalizzazione delle funzioni degli enti locali territoriali sulla base di uno almeno dei possibili rapporti fra territorio e funzione amministrativa.

Ma quasi contemporaneamente è partita una tendenza istituzionale opposta, quella per il c.d. federalismo fiscale, cioè per la riscossione dei tributi da parte non dell'amministrazione statale, come avviene ora, bensì da parte degli enti locali territoriali.

L'idea di decentrare il fisco, a parte altre possibili obiezioni e paventati inconvenienti, ha subito attirato l'attenzione sul carattere non funzionale del riparto territoriale fra i tre enti locali, le Regioni, le Province e i Comuni. Ma per semplificare la macchina amministrativa di un fisco decentrato non è stata proposta la razionalizzazione dei Comuni, bensì l'abolizione delle Province, per l'abolizione delle quali è stata addirittura organizzata una petizione popolare.

L'effetto istituzionalizzante dell'acqua si troverà pertanto a confliggere con il potenziale effetto deistituzionalizzante del federalismo fiscale.

3. Ma gli ATO non sono stati il solo effetto istituzionalizzante dell'acqua.

L'acqua ha un altro naturale rapporto col territorio: scorre e si raccoglie secondo naturali «inclinazioni» geologiche che gli studiosi di scienze naturali riassumono nel concetto di «bacino idrografico». L'acqua ha, in altre parole, una sua naturale omogeneità territoriale. Una «omogeneità territoriale» suscettibile di diventare un fattore istituzionale qualora ci si ponga il problema di «amministrare le acque».

Ma a chi va affidata l'amministrazione dell'unità territoriale delle acque riassunte nella nozione geografica di «bacino idrografico»?

La non coincidenza del territorio naturale dell'acqua con la delimitazione territoriale degli enti locali, in particolare delle Regioni, ha indotto alla creazione di soggetti *ad hoc*, le autorità di bacino, che si sovrappongono, con la loro attività di necessaria pianificazione dell'«amministrazione delle acque», alle competenze proprie delle Regioni, delle Province e dei Comuni creando

tensioni e, soprattutto ritardi e resistenze nell'attuazione, che gli «irenici» inviti alla collaborazione fra Stato ed enti locali della Corte Costituzionale (ora recepiti anche dal codice dell'ambiente) non sempre risultano idonei a superare.

Situazione che risulta ora ulteriormente complicata da una direttiva della Comunità Europea che, per unificare l'amministrazione dell'acqua nei vari Paesi della Comunità, ha adottato una diversa nozione per definire il rapporto dell'acqua con il territorio, quella di distretto idrografico, un ambito territoriale più ampio del bacino e funzionalmente previsto per la gestione unitaria di una pluralità di bacini. La direttiva, per il momento parzialmente recepita solo a livello «teorico» (nel senso della non immediata attuazione) da parte del codice dell'ambiente, metterà ancor più in evidenza la irrazionale delimitazione territoriale di molte Regioni col presumibile risultato di spostare ancor più il pendolo istituzionale a favore dello Stato nell'amministrazione delle acque.

Ma per più diffuse indicazioni su questi problemi si rinvia alla relazione di Urbani su «Il governo delle acque».

4. Va infine segnalato un altro effetto istituzionale dell'acqua, almeno di quella dolce. Le acque hanno un loro giudice, il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e in alcune materie tassativamente indicate anche un giudice di primo grado, i Tribunali Regionali delle Acque Pubbliche, in cui, per le particolari caratteristiche dell'oggetto del contendere, accanto a giudici togati, si vedono anche tecnici esperti in materia di acque.