

SERVIZI PUBBLICI, DIRITTI FONDAMENTALI DEGLI UTENTI, PRINCIPIO DI EGUALIANZA. APPUNTI PER UN PERCORSO DI DIRITTO COSTITUZIONALE*.

di Michele Francaviglia**

Sommario. 1. Oggetto della ricerca: i diritti fondamentali dell'utenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale. – 2. Le ragioni di un lungo silenzio: brevi cenni storici sulle diverse configurazioni teoriche del servizio pubblico e i relativi riflessi sulla figura dell'utente e dei suoi diritti. – 3. (segue) Il periodo statutario: dalla legge Giolitti agli anni 40'. – 4. (segue) Il primo quarantennio repubblicano. – 5. (segue) Il secondo ventennio repubblicano. – 6. (segue) L'influsso del diritto europeo sull'assetto e sul dibattito attuali. – 7. La figura dell'utente nell'ambito del processo di integrazione europea tra concorrenza e coesione sociale. – 8. La figura dell'utente in costituzione oggi e la configurabilità di autonome situazioni giuridiche di rilievo costituzionale ad esso pertinenti. – 9. I problemi della natura e del contenuto delle situazioni giuridiche soggettive dell'utente di rilievo costituzionale. – 10. Sulla problematica tutela giurisdizionale dei diritti dell'utenza: dal catalogo 'aperto' dei diritti fondamentali a quello degli strumenti di tutela? – 11. Diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici ed eguaglianza sostanziale.

45

1. Oggetto della ricerca: i diritti fondamentali dell'utenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale.

Il tema dei servizi pubblici “si colloca al centro di una serie di tendenze legate ai grandi mutamenti del rapporto tra autorità pubblica e mercato, all'evoluzione del processo d'integrazione europea e all'importanza del concetto di cittadinanza europea. La questione dei servizi pubblici è ampiamente dibattuta, in Europa e altrove. Ciò è ben comprensibile, poiché tale questione è direttamente legata al nuovo modo di essere degli Stati e delle autorità pubbliche e, più in generale, si riallaccia all'antica questione del rapporto tra lo Stato e il mercato”.

A distanza di sedici anni, queste parole¹ rappresentano al contempo una felice sintesi dell'oggetto del presente lavoro e la miglior prova della sua costante attualità, prospettando,

* *Sottoposto a referaggio.*

** Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico – Università di Roma “La Sapienza”.

¹ Si tratta dell'intervento pronunciato dal Presidente della Commissione europea dell'epoca, Romano Prodi, al dibattito-incontro “*Le service public et l'europe: une voie vers la convergence*”, tenutosi il 18 ottobre 2002 presso l'Università *Paris-Dauphine*.

oggi come allora, un ricco panorama di questioni teorico-giuridiche².

Fra queste, ci si concentrerà, dalla prospettiva del diritto costituzionale, sulla figura dell'utente, sul suo particolare *status* e, soprattutto, sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive ad esso pertinenti.

Quest'ultime, com'è noto, rappresentano un'acquisizione abbastanza recente, e dai contorni ancora incerti, nell'ambito dell'elaborazione dottrina dei servizi pubblici³. Ciò perché i diritti dell'utenza rappresentano il frutto di un lungo processo evolutivo, nel corso del quale hanno giuocato un ruolo chiave tanto dei fattori giuridico-istituzionali di ampia portata (si direbbe, interordinamentale), quali il processo di integrazione europea e in particolare la tutela della concorrenza, quanto dei fattori contingenti e di natura economico-finanziaria come la crisi economica del 2007.

² La letteratura sui servizi pubblici è sterminata; senza pretese di completezza, e con specifico riferimento agli studi elaborati dopo l'entrata in vigore della costituzione cfr. R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956; U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; Cfr. F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *N. ssimo Dig. it.*, XVII, 1970, p. 217; G. Guarino, *Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, p. 209; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; I.M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 362; C. Pinelli, *Privatizzazione dei servizi pubblici e autonomie locali*, in C. Amirante e A. Saccomanno (a cura di), *Il nuovo ordinamento locale*, Messina, 1995; G. Corso, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in AA.VV. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, p. 24 ss.; M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, 2003, p. 2581; C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005; G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5517; G. Piperata, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, p. 5527; M.P. Chiti (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006; C. Franchini, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007; V. Italia (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Milano, 2010; G. Di Gaspare, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, 2010; R. Cavallo Perin, *Le regole dell'organizzazione e della gestione*, in H. Bonura e M. Cassano (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 137 ss.; E. Furno, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, e degli sviluppi successivi*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, vol. IV, p. 2073 e ss.; V. Cerulli Irelli, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 2900 ss.; F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in *www.federalismi.it*, 30 maggio 2012, p. 2 ss.

³ Cfr. al riguardo, nell'ambito degli studi amministrativistici, A. Pajno, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 554; G. Vesperini e S. Battini, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Bologna, 1997; A. Massera, *Diritti degli utenti e regolazione della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 31 ss.; F. Pellizzer e L. Trucchia, *Brevi spunti sulla tutela dell'utente rispetto alla qualità del servizio: l'autorità di regolazione*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, op. cit., p. 57 ss.; E. Picozza, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto comunitario*, in E. Picozza, G. Palma e E. Follieri, *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, II, Padova, 1999; G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, p. 867 ss.; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

Non solo. La categoria dell'utente ha faticato – e, ad oggi, ancora fatica – a trovare una definitiva collocazione tra i diversi settori della scienza giuridica, ponendosi 'a cavallo' di questi; si direbbe 'di frontiera'. I principali 'pretendenti' rispetto a questo ambito di studi, com'è noto, sono stati il diritto amministrativo e quello privato: l'uno dal versante dell'organizzazione e della gestione dei servizi pubblici, l'altro da quello della tutela contrattuale del contraente debole, entrambi hanno colto la novità rappresentata dalla figura dell'utente, e la stretta connessione di questa con gli sviluppi della disciplina europea in materia di servizi pubblici (*rectius*: di servizi di interesse generale).

Dal tema sembrerebbe, dunque, esclusa l'elaborazione costituzionalistica, la quale, pur facendo proprie le acquisizioni e gli strumenti degli altri due settori, non si è ancora spinta – salvo alcune incursioni⁴ – a rivendicare un tema che, a ben vedere, risulta strettamente legato ai due poli del costituzionalismo: quello dei poteri e quello dei diritti. Su di esso, al contrario, si registra un certo silenzio.

In effetti, non sembra aver trovato una compiuta sistemazione e soluzione la questione relativa all'esatta natura, dal punto di vista costituzionale, dei diritti degli utenti, specialmente rispetto a servizi di rilievo economico (e perciò, oggi, erogati nell'ambito di un mercato appositamente regolamentato), nonché quella inerente il rapporto fra questi e le situazioni giuridiche fondamentali tutelate direttamente dalla costituzione.

Nel presente lavoro si cercherà, quindi, di trovare una 'chiave di lettura costituzionale' di siffatte situazioni giuridiche soggettive, in particolare di quelle connesse ai servizi di interesse economico generale, aggiornata all'attuale quadro normativo di tali servizi, delineandone i tratti comuni, quali la struttura e gli strumenti per garantirne la loro

⁴ Cfr. sul punto G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 758 ss.; G. Pastori, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, II, 1082 p. ss.; E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, III, Teoria generale e miscellanea*, Milano, 1995, p. 1174 ss.; P. Barile, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell'ordinamento repubblicano*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 88 ss.; M.A. Cabiddu, *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore; i servizi essenziali ex art. 43 Costituzione e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*, in *Jus*, 1999, p. 919; A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 186 ss.; M. Cerioni, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2014; C. Pinelli, *Individuazione e tutela dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici essenziali*, in G. Pino (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Milano, 2015, p. 225 ss.; M.A. Cabiddu, *Il treno dei diritti (dei passeggeri)*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, p. 465 ss.; E. Paparella, *Accesso al servizio e diritti degli utenti: la tutela dei passeggeri disabili tra normativa europea, giurisprudenza costituzionale e tutele antidiscriminatorie*, in P. Chirulli (a cura di), *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti*, op. cit., p. 479 ss.

effettività.

Onde procedere in siffatta analisi, risulta tuttavia necessario prendere avvio dalle acquisizioni sul tema della scienza amministrativistica e privatistica; ciò è inevitabile, a ben vedere, proprio per la incerta collocazione del tema, il cui studio impone l'utilizzo di un approccio multidisciplinare, che superi i consueti steccati e faccia propri gli strumenti concettuali di altri saperi giuridici ed economici.

Al riguardo, è stato, peraltro, osservato che “l’attenuarsi della separazione tra sfere di legalità ha prodotto una vasta area tematica non padroneggiabile senza che le prospettive dei costituzionalisti e degli amministrativisti interagiscano fra loro. E, nel complesso, l’interazione non è avvenuta”⁵.

In questo senso, il tema dei diritti degli utenti dei servizi di interesse economico generale ben si presta a provocare siffatta interazione, dovendo mettere in collegamento le diverse legalità (legale, costituzionale e sovranazionale) che in esso si affacciano.

Una *raison d'être* in più, dunque, della presente indagine.

2. Le ragioni di un lungo silenzio: brevi cenni storici sulle diverse configurazioni teoriche del servizio pubblico e i relativi riflessi sulla figura dell'utente e dei suoi diritti.

Nella scienza giuridica, il concetto di *utente*, com'è noto, non emerge con l'affacciarsi del diritto europeo sui temi del servizio pubblico e della concorrenza; esso, specie nella dottrina amministrativistica, è ben risalente, in quanto connesso a quello di servizio pubblico, e ha rappresentato sin da subito un utile elemento con il quale verificare il ruolo, per dirla con Duguit⁶, dei governanti rispetto ai governati nell'ambito di una determinata forma di stato. Per quanto concerne, invece, il differente concetto di *diritti dell'utenza* è possibile registrare un diverso *climax*: dalla loro totale pretermissione, gli interessi dell'utenza in relazione a un determinato servizio pubblico sono dapprima confusi con l'interesse

⁵ Così C. Pinelli, “Diritto pubblico”: costituzionalisti e amministrativisti a confronto, in *Rivista AIC*, fasc. 2/2013, 5; sul versante amministrativistico v. poi S. Cassese, *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 397.

⁶ Cfr. L. Duguit, *Révue de droit public*, 1907, 417; per una rilettura del pensiero del giurista francese e dell'*Ecole du service public* francese cfr. G. Montella, *Il Service public come principio in Duguit e Hauriou*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, numero speciale 2014, p. 512 e ss.

pubblico perseguito dalla pubblica Autorità esercente, per poi venir messi sempre più al centro sia delle scelte del legislatore nella realizzazione del medesimo (o, il più delle volte, nella costruzione del relativo ‘mercato’), che dei relativi studi giuridici. Ciò che, però, sembra a tutt’oggi mancare è una chiara definizione della *natura* di siffatte situazioni giuridiche; l’evoluzione cui si è appena accennato, infatti, ha certamente condotto la scienza giuridica a escludere che tali interessi possano rilevare solo come mere aspettative di fatto (come, peraltro, *ab origine* erano state inquadrare), ma la loro definizione è stata nel tempo comunque ondivaga e *tormentata*.

Converrà qui fare un rapido cenno di tale evoluzione, le cui tappe corrispondono, non è un caso, alle principali *milestones* del processo di integrazione fra l’ordinamento giuridico italiano e quello europeo.

3. (segue) L’epoca statutaria: dalla legge Giolitti agli anni 40’.

Sebbene la nozione di *servizio pubblico* sia emersa già sul finire del XIX° secolo proprio in relazione alle concrete modalità di tutela dei singoli la cui sfera giuridica veniva lesa dall’Amministrazione – e utilizzata quale criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa⁷ –, il tema delle situazioni giuridiche dell’utenza non è stato affrontato, dalla dottrina dell’epoca, con particolare puntualità e chiarezza. Ciò, ovviamente, è dovuto a un complesso di ragioni di cui occorre dare brevemente conto, poiché esse hanno preparato – e per molto tempo influenzato – il dibattito che si è andato sviluppando negli anni successivi.

A fronte della novità rappresentata dalle attività ‘sociali’ svolte dallo Stato a partire dalla fine del XIX° secolo e della loro sussumibilità all’interno del diritto amministrativo, la prima elaborazione del concetto di servizio pubblico, di fattura orlandiana, venne impostata in termini esclusivamente soggettivi: “l’idea del pubblico servizio non precede, ma segue quella della pubblica amministrazione”⁸.

Tale assunto, in base al quale doveva individuarsi un servizio pubblico in qualsiasi

⁷ Sul punto F. Merusi, *Servizio pubblico*, op. cit., p. 216.

⁸ Cfr. V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto dal V.E. Orlando, I, Milano, 1900, p. 58.

intrapresa esercitata da un organo dello Stato o da un suo concessionario⁹, ha poi condotto, da un lato alla identificazione degli interessi dell'utenza all'interesse generale curato da quel determinato soggetto pubblico¹⁰ e dall'altro alla pubblicizzazione dei rapporti di utenza – derogatoria del diritto comune – attraverso la teoria delle 'prestazioni amministrative rese ai privati'¹¹.

Salvo alcune eccezioni¹², le principali elaborazioni dottrinarie dell'epoca sul tema, tutte figlie della scuola orlandiana, hanno poi tratto le conseguenze ultime dalla connotazione in senso soggettivo del servizio pubblico, tra le quali: *i*) il totale assorbimento dell'utilità del servizio pubblico apportata all'utente nell'utilità dell'ente che lo eroga, consistendo la prima in un mero, eventuale *riflesso* dell'attività condotta dall'ente per fini comunque *superiori*, e per essi pertanto sacrificabile¹³; e *ii*) la riconduzione delle attività svolte nell'ambito del servizio pubblico (c.d. attività 'sociale') nel *genus* degli atti amministrativi *iure imperii*¹⁴.

In questo contesto di autentico solipsismo amministrativo (o statuale), la posizione ricoperta dall'amministrazione rispetto all'utente nell'erogazione del servizio è di vera e propria supremazia speciale (e non, appunto, di servizio): quest'ultimo è, infatti, destinato all'irrelevanza giuridica ovvero alla sua contemplazione quale mero dato di fatto.

Unica eccezione a questo approccio culturale – ispirato principalmente dalla dottrina tedesca¹⁵ – era rappresentata dalla storica *Ecole du service public* francese¹⁶, secondo la

⁹ Cfr. in tal senso cfr. anche S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, III ed., Milano, 1912, 857

¹⁰ Cfr. V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo*, op. cit., 103 ss.

¹¹ La teoria emerge nel dibattito italiano in maniera nitida con S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, ult. loc. cit., per poi trovare compiuta sistemazione nell'allievo G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo. V. Le principali manifestazioni dell'azione amministrativa*, III ed., Milano 1959, p. 365 ss., e in R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, II ed., Milano 1956.

¹² Cfr. sul punto la lucida analisi di A. De Valles, *I servizi pubblici*, in A. De Valles (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto dal V.E. Orlando, VI, Milano, 1930, 385, il quale non solo sottolinea l'insufficiente tutela di cui all'epoca poteva godere l'utente, ma adotta la prospettiva dell'utenza quale strumento attraverso il quale risolvere la questione della definizione di servizio pubblico: esso "non è altro che servizio per il pubblico". La soluzione in parola riecheggerà più avanti in alcuni recenti studi amministrativistici volti ad evidenziare l'autonomo rilievo dei diritti dell'utenza e in particolare nella distinzione tra interesse pubblico e interesse *del* pubblico; al riguardo cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 567 ss.

¹³ Così G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 347.

¹⁴ Su queste posizioni cfr. O. Ranalletti, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, (1905), ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, p. 730.

¹⁵ Un approccio, com'è noto, che tende a identificare la statualità e con la pubblicità; su tale ricostruzione cfr. S. Cassese, *I Servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, 1969, p. 8 ss.

¹⁶ Per la quale cfr. G. Montella, *Il Service public come principio*, op. cit. p. 511 ss.; nonché S. Cassese, *Una storia del diritto amministrativo francese*, in "Le Carte e la Storia", *Bollettino semestrale della Società per*

quale il servizio pubblico costituisce la fonte (e l'obbiettivo) del potere statale, e dunque l'unico criterio ordinatore dei rapporti tra governanti e governati¹⁷. In essa emerge, infatti, il problema della garanzia del diritto dei *particuliers* (e non, si badi, dei *citoyens*) al funzionamento regolare dei servizi pubblici¹⁸, ma tale dottrina – forse anche per una certa carica ideologica che la caratterizzava¹⁹ – non ha mai allignato in Italia e, più in generale, è rimasta un *ἄπαξ λεγόμενον* nel dibattito giuridico dell'epoca.

4. (segue) Il primo quarantennio repubblicano.

Nella costituzione repubblicana il tema dei servizi pubblici è affrontato solo in modo parziale, lasciando intendere che molta parte delle scelte qualificanti l'intero assetto dei medesimi sarebbe spettata al Legislatore. Tale impostazione, a ben vedere, si coniuga e si spiega sia con l'opzione dell'Assemblea costituente per un modello economico 'misto', sia con la delicatezza politica del tema in sé che, esattamente come per le discipline della proprietà e dell'iniziativa economica, richiedeva soluzioni costituzionali di ampio respiro e pertanto flessibili²⁰.

In particolare, i servizi pubblici e gli utenti vengono nominati dall'art. 43 cost., con riferimento alla possibilità di riservare, con legge, "allo stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali", ed emergono in controluce anche nell'art. 41, co. 3, cost., laddove viene previsto che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". A fronte di una disciplina costituzionale così scarna, non stupisce che, nel primo

gli Studi di Storia delle Istituzioni, n. 2/1995, p. 7 ss.; nonché C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 64 ss.

¹⁷ Cfr. la ben posizione del fondatore della *Ecole*, L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, vol. III, III ed., Paris, 1928, p. 61, secondo il quale il concetto di *service public* ricomprende: "toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est d'une telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par les gouvernants".

¹⁸ Cfr. L. Duguit, *Les Transformations du droit public*, Paris, 1913, p. 103 ss.

¹⁹ Sul punto F. Merusi, *Servizio pubblico*, op. cit., p. 217, secondo il quale la teoria del Duguit altro non è che il tentativo di giustificare un regime giuridico di privilegio a favore dell'amministrazione e di configurarne una giustiziabilità di fronte al giudice amministrativo.

²⁰ Per una ricostruzione di questo tipo cfr. oggi C. Pinelli, *Diritto pubblico*, Bologna, 2018, p. 456 ss.

quarantennio di vigenza della costituzione repubblicana, la prospettiva dei diritti dell'utente sia rimasta abbastanza estranea rispetto alle principali indagini di diritto amministrativo sui servizi pubblici. Quest'ultimi, infatti, erano totalmente assorbiti dalla problematica definizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, del concetto di servizio pubblico, la cui originaria unitarietà era fortemente minacciata da nuovi fenomeni, quali l'esercizio di servizi pubblici da parte di soggetti formalmente privati (ma sostanzialmente pubblici), ovvero la conduzione da parte di soggetti pubblici di attività economico-imprenditoriali sganciate da qualsiasi funzione pubblica.

L'irrelevanza della posizione dell'utente trova così conferme, nell'ambito delle elaborazioni giuridiche dell'epoca, in due distinte circostanze: da un lato, l'affermazione in quegli anni – per quanto non in modo perdurante²¹ – della ben nota concezione di servizio pubblico *in senso oggettivo*, secondo la quale per servizio pubblico doveva intendersi qualsiasi attività di pubblica utilità, diretta verso “un indirizzo amministrativo unitario” e soggetta a discipline pubblicistiche (o comunque al potere direttivo di organi statuali)²²; dall'altro, e di conseguenza, il declino del concetto di ‘prestazione amministrativa al privato’, in quanto ritenuto ormai inadeguato a spiegare la complessità del fenomeno complessivo dei servizi pubblici²³.

In quegli anni, gli *interessi* dei singoli utenti, sebbene connessi a (o collimanti con) situazioni giuridiche di indubbio rilievo costituzionale, non solo non vengono percepiti dalla dottrina amministrativistica maggioritaria come tali – vale a dire come situazioni giuridiche *individuali*²⁴ –, ma secondo la stessa “non ricevono dall'ordinamento alcuna qualificazione”²⁵; ciò che rileva, semmai, è il solo soddisfacimento, attraverso l'erogazione

²¹ Già negli anni 70', la concezione in parola entrò in profonda crisi dal punto di vista della sua efficienza euristica, giacché irrimediabilmente indeterminata in quanto suscettibile di qualificare come servizio pubblico le più disparate attività, ma tale aspetto non ha determinato una netta spinta ad indagare la posizione degli utenti. Per una ricostruzione di queste critiche v. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 205.

²² Così M. Nigro, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 185 ss, nonché cfr. F. Merusi, *Servizio pubblico*, op. cit., p. 219.

²³ Per tali critiche v. per tutti M.S. Giannini, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, p. 48 ss., nonché F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, p. 207 ss.

²⁴ Cfr. U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, op. cit., p. 160, secondo il quale la soddisfazione dei interessi individuali degli utenti “si attua soltanto nella misura in cui coincide con il realizzarsi di quel diverso interesse perseguito dal servizio nel suo complesso”; esclude la qualità di diritto soggettivo per i *diritti civili* dell'utenza A.M. Sandulli, *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1952, I, p. 1344; *contra* cfr. già all'epoca M. Nigro, *L'edilizia popolare*, op. cit., p. 163, per il quale il servizio pubblico soddisfa una “pluralità d'interessi individuali”.

²⁵ U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, ult. loc. cit.

del servizio pubblico, “di interessi propri dell’autore dell’attività stessa”²⁶.

È stato, peraltro, osservato come tale impostazione derivasse, oltre che dall’affermarsi delle posizioni testé richiamate, anche dalla sovrapposizione fra i soggetti erogatori di un servizio pubblico e l’*organizzazione politica, economica e sociale* di cui all’art. 3 cost.²⁷.

A ben vedere, si è trattato di una sublimazione dell’utente nella figura del cittadino che, di conseguenza, ha portato a negare autonomo rilievo giuridico alle posizioni e agli interessi del primo nell’ambito dei suoi rapporti con l’esercente e con lo Stato.

Senonché è appena il caso di rilevare, per quanto incidentalmente, che la condizione di utente non necessariamente deve essere intesa come deteriore rispetto a quella di cittadino: tutto all’opposto, è la nozione di cittadinanza – esattamente come accaduto per l’esercizio di alcuni diritti fondamentali – che spesso può rappresentare un limite rispetto all’allargamento della platea di utenti di quei pubblici servizi attraverso i quali è possibile costruire percorsi di autentica coesione sociale, solidarietà e integrazione. In questo senso, l’evoluzione del diritto dell’unione europea costituzionale sul tema si è incaricata di fornire significative conferme di ciò²⁸.

In quel periodo, al contrario, “i rapporti di utenza rimangono assorbiti all’interno dei rapporti di cittadinanza e sono piegati alle esigenze di questi, così come apprezzate da gli organi di indirizzo politico”²⁹.

Tale assetto trovava peraltro ulteriori, profonde ragioni.

In un contesto di piena e diretta funzionalizzazione a fini sociali delle attività economico–produttive – anche mediante interventi di programmazione o direzione delle medesime *ex art. 41, co. 3, cost.*–, i servizi pubblici, attesi i penetranti poteri di controllo e di indirizzo di questi da parte dello Stato, venivano impiegati quale strumento di governo dell’economia e non quali *public utilities*; va da sé che, da quella prospettiva, non sempre le finalità sociali del servizio venivano identificate con gli interessi dell’utenza: un contesto che avrebbe favorito una concezione dei servizi pubblici esclusivamente nella loro “dimensione ‘verticale’, imperniata sul rapporto tra l’esercizio di attività produttive e lo stato”,

²⁶ U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, op. cit. 163.

²⁷ G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 208, il quale peraltro sottolinea come, in quegli anni, la perdita di rilievo del tema dei diritti dell’utenza dipendesse anche dal fatto che “la qualificazione del rapporto di utenza non costitui[ss]e più uno dei principali terreni contesa tra la ‘scuola del diritto pubblico’ e la scienza giusprivatistica”, concentrandosi il dibattito su profili legati all’intervento pubblico nell’economia.

²⁸ v. *infra* §§ 6 e 7.

²⁹ G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 219.

trascurandosi la “prospettiva ‘orizzontale’, dello svolgersi dell’iniziativa nei confronti di altri soggetti”³⁰.

In questo lasso di tempo, dunque, la figura dell’utente e le situazioni giuridiche ad esso pertinenti risultano pretermesse sia dal legislatore nell’ambito delle discipline speciali dei singoli servizi – ispirata alla tutela dell’interesse pubblico, piuttosto che dell’interesse *del* pubblico³¹ – sia dalla dottrina giuspubblicistica maggioritaria.

5. (segue) Il secondo ventennio repubblicano.

Con la progressiva *costituzionalizzazione* delle pubbliche amministrazioni³² – fenomeno che si può ritenere abbia preso avvio in Italia solo dalla metà degli anni ottanta – riemerge la figura dell’utente quale titolare di specifiche situazioni giuridiche soggettive. Esse vengono qualificate da alcuni in termini di “interessi di servizio pubblico”³³, di carattere pretensivo, i quali rappresenterebbero un ‘limite dinamico’ in grado di incidere direttamente sull’organizzazione del servizio da parte dell’amministrazione: dalla prospettiva dell’utente, quest’ultima dovrebbe avere come solo obiettivo e limite l’*utilità* della prestazione erogata. Nel dibattito emergono, inoltre, i temi del controllo della qualità del servizio, da affidare agli utenti stessi, e della possibilità di tutelare gli interessi di quest’ultimi in via giurisdizionale³⁴.

Il processo di emersione dei ‘diritti dell’utenza’ che si sta descrivendo subisce, poi, una decisa accelerazione sul finire degli anni ’80 sulla base di una serie di fattori concomitanti (e tra loro connessi).

³⁰ Così G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, ult. loc. cit.

³¹ Per questa, ormai nota distinzione, v. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 217, e dottrina ivi citata.

³² Per una ricostruzione di questa tendenza, subito colta nel dibattito dell’epoca anche in relazione ai diritti dell’utenza, cfr. F. Benvenuti, *L’Amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, p. 7 ss.; U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro It.*, V, 1984, col. 205 ss.; V. Ottaviano, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 367; G. Arena, *L’utente-sovrano*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, I, p. 147 ss.

³³ In tal senso, cfr. D. Sorace, *Gli “interessi di servizio pubblico” tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro It.*, V, 1988, p. 205.

³⁴ Cfr. al riguardo, in quel giro di anni e senza pretesa di completezza, G. Berti, *Il controllo degli utenti nei servizi pubblici municipali*, in *Città e regione*, 1981, p. 87 ss.; nonché A. Barbera, *Nuove frontiere per la partecipazione: la “Carta dei diritti”*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 169 ss.

In primo luogo, i fenomeni di privatizzazione e, successivamente, di liberalizzazione dei servizi pubblici economici, attuati sotto la crescente spinta del diritto europeo³⁵, determinano la crisi del modello di erogazione dei servizi pubblici sino a quel momento conosciuto, nell'ambito del quale l'interesse del singolo utente si confondeva nell'interesse generale, e alla cura del quale era demandata in sostanza una certa articolazione della pubblica amministrazione. Le discipline riguardanti i pubblici servizi di rilievo economico, specie con riguardo a quelli liberalizzati, vengono totalmente riconfigurate: l'apertura al mercato ha, infatti, implicato la costruzione di quest'ultimo attraverso un apparato regolatorio che ne garantisse al suo interno la concorrenza e, al contempo, determinate condizioni di erogazione del servizio (e.g. l'universalità, la continuità, l'accessibilità), entrambi ritenuti criteri strettamente funzionali alla tutela dell'interesse degli utenti.

In secondo luogo, è stato rilevato come lo studio della figura dell'utente trovasse in quel giro di anni nuova linfa anche dagli studi giusprivatistici, i quali cominciavano a riconoscere nell'utente la figura del contraente debole – pertanto meritevole di tutela – e, di conseguenza, la necessità di correggere tale disparità di posizione, intervenendo sul sinallagma contrattuale con l' esercente (ad es. mediante la previsione dell'obbligo a contrarre o la predeterminazione delle tariffe)³⁶.

Infine, merita rilevare come anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, nel giro di pochi anni, cominciasse a dare segni di un sostanziale *revirement* su questo specifico aspetto: dalla giustificazione dei regimi speciali di responsabilità dell' esercente di un servizio pubblico, derogatori delle norme di diritto comune³⁷, nel giro di pochi anni si è passati a una giurisprudenza di segno diametralmente opposto, nell'ambito della quale la Corte, in relazione ai rapporti tra utente e imprenditore- esercente, giunge ad affermare, non solo la soggezione del secondo al diritto privato³⁸, ma la necessità di un "equilibrato

³⁵ v. *infra* § 6.

³⁶ Rileva il dato G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 216 ss.; per la dottrina privatistica che in quegli anni ha affrontato il tema dei diritti dell'utenza cfr. G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; *Id.*, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986, p. 107; P. Rescigno, *Mercato europeo e diritto dell'energia: problemi di diritto privato*, in *Mercato europeo e diritto dell'energia*, Milano, 1990, p. 56.

³⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 90/1982.

³⁸ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 132/1985 in materia di trasporto aereo, e 420/1991 in materia di trasposti, per la quale v. M. Bignami, *Gestione di pubblico servizio in forma di impresa e responsabilità del dipendente: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 3141; nonché cfr. Corte cost. sent. n. 456/1994 in tema di responsabilità del concessionario del servizio telefonico, per la quale v. A. Sandulli, *La responsabilità del concessionario di servizio pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 553 ss.

componimento degli interessi dell'utente con quelli del concessionario”³⁹.

Questa giurisprudenza, costruita sul principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 cost. e su di una lettura dell'art. 43 cost. in base alla quale i servizi pubblici devono “essere organizzati e gestiti in forma d'impresa secondo criteri di economicità”⁴⁰, rivela peraltro come l'emersione dei diritti dell'utenza fosse strettamente legata all'affermarsi di nuove modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi pubblici⁴¹, nell'ambito delle quali rilevava non solo (e non tanto) la “natura contrattuale e privatistica del rapporto di utenza”⁴², quanto la necessità che ad essa il legislatore desse, anche nell'ambito di discipline speciali, compiuto riconoscimento e tutela.

Tali fattori – specie il primo –, oltre a determinare, secondo alcuni, un allontanamento irreversibile dei servizi pubblici “dal vecchio ceppo del diritto pubblico”⁴³, hanno portato quindi a un chiaro slittamento di piano degli interventi legislativi e, di conseguenza, dell'analisi giuridica: dal perseguimento dell'interesse pubblico (o, più precisamente, dello Stato e dell'amministrazione) alla tutela dell'utente rispetto alla fruizione del servizio.

Ciononostante, l'inquadramento costituzionale dei diritti dell'utente restava un tema sostanzialmente in ombra nel dibattito di quel periodo.

6. (segue) L'influsso del diritto europeo sull'assetto e sul dibattito attuali.

Come si è appena ricostruito, il diritto dell'Unione europea sull'ordinamento nazionale ha giuocato un ruolo chiave in ordine alla percezione della figura dell'utente e dei suoi diritti (o comunque del complesso delle situazioni giuridiche soggettive ad esso pertinenti); decisiva, in particolare, è stata la crescente pervasività del principio concorrenziale che, da

³⁹ Così Corte cost. sent. n. 1104/1988.

⁴⁰ Cfr. Corte cost. sentt. nn. 303/1988 e 1104/1088.

⁴¹ È, peraltro, appena il caso di notare l'ironia del fatto che le ‘esigenze organizzative’ della pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio costituissero da sempre l'argomento principale posto proprio a giustificazione dei regimi speciali (o di esenzione) di responsabilità di quest'ultima, quale esercente di un pubblico servizio.

⁴² Così G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 200; su questa giurisprudenza della Corte cfr. anche A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, tomo I, Torino, 2006, p. 889, che ne intravede il recepimento dei mutamenti intervenuti in sede europea sui servizi pubblici.

⁴³ Così G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, op. cit., p. 873; in tal senso, anche G. Corso, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1086 ss.

mero strumento per l'abbattimento delle barriere fra gli stati membri per la libera circolazione di persone, di merci, di capitali e di servizi, è divenuto, a partire dagli anni '90, un principio informatore di tutte le politiche degli organi europei, incluse quelle di liberalizzazione di molti servizi di interesse economico generale.

Tali misure, non scontate e comunque frutto di un lungo percorso⁴⁴, si basavano su di una nozione di 'impresa' talmente lata da consentirne l'applicabilità, in uno con la regola della concorrenza, a una molteplicità di soggetti economici, ivi compresi quelli esercenti un *servizio di pubblica utilità*. Di tale evoluzione pare opportuno, in relazione al tema oggetto di indagine, richiamare i momenti più significativi.

Salvo alcune direttive dei primi anni '90, in tema di energia e di gas⁴⁵, un passaggio significativo in termini di riconoscimento dell'importanza strutturale dei servizi di interesse generale e dei diritti dell'utenza si ebbe con la nota sentenza della CGUE del 19 maggio 1993 (Procedimento penale contro *Paul Corbeau*, CAUSA C-320/91), la quale ridisegna la portata della deroga alla regola della concorrenza in tema di servizi di interesse generale posta dall'attuale art. 106, par. 2, TFUE, (*ex art. 86 TCE*) ai sensi del quale Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Se, in un primo momento, siffatta eccezione veniva interpretata in maniera estremamente restrittiva, considerando ammissibile una compressione della concorrenza solo nel caso in cui risultasse *indispensabile* ai fini dell'erogazione del servizio⁴⁶, nella sentenza in parola la Corte di Giustizia amplia notevolmente siffatto perimetro, consentendo all'impresa titolare di diritti speciali o esclusivi in ordine a un servizio d'interesse generale (*rectius*: allo Stato membro) di operare una compensazione fra settori dell'attività più redditizi e quelli meno redditizi, al fine di garantire l'erogazione del servizio in condizioni di equilibrio economico, e in tal

⁴⁴ Sul carattere non scontato del percorso svolto dalle Istituzioni europee in tema di concorrenza v. A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, op. cit., p. 891, nonché G. Amato, *La nuova Costituzione economica*, in G. Della Cananea e G. Napolitano, *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 13 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce in particolare alle direttive nn. 90/377/CEE e 90/547/CEE, rispettivamente sui prezzi e sulla distribuzione dell'energia elettrica, nonché la n. 91/296/CEE in materia di transito del gas.

⁴⁶ Per tutte cfr. la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea dell'11 aprile 1989 nella causa *Ahmed Saeed* (C-66/86), punto 58 della sentenza; per un'analisi completa della giurisprudenza della CGUE 'pre-*Corbeau*', cfr. per tutti D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2011, p. 501 ss.

modo giustificando una limitazione della concorrenza in settori economicamente redditizi⁴⁷.

Con la flessibilizzazione della deroga prevista dall'art. 106 cit. TFUE viene dunque raggiunta e affermata la piena compatibilità tra principio concorrenziale e accesso universale ai servizi, in virtù della quale risultano premiate in primo luogo le esigenze dell'utenza.

Gli interventi più consistenti si ebbero, poi, a partire dal 1996 con le direttive in materia di telecomunicazioni e di servizi postali, e soprattutto con la comunicazione della Commissione europea dell'11 settembre 1996, nell'ambito della quale (i) si chiarisce che i servizi di interesse generale sono «volti a soddisfare bisogni fondamentali», (ii) si mettono chiaramente in relazione gli obblighi di servizio pubblico per le imprese-esercenti – previsti dalla singole normative europee di liberalizzazione – con il principio di universalità del servizio medesimo, e (iii) si pone in primo piano l'interesse dell'utenza a servizi accessibili ed efficienti, ribadendo che, fatto salvo il principio di proporzionalità, «i fornitori di servizi d'interesse generale non sono soggetti alle norme del trattato, nella misura in cui l'applicazione di queste ultime ostacoli l'assolvimento delle missioni d'interesse generale ad essi affidate»⁴⁸. Il principio della concorrenza risulta sempre più connesso a quello della universalità dei servizi, tanto da potersi intravedere un vincolo di vicendevole funzionalità. A questa prima fase di forte impulso alla liberalizzazione dei servizi pubblici, caratterizzata – al netto delle considerazioni di carattere generale contenute nella comunicazione testé richiamata – da interventi di natura settoriale, sono poi seguite importanti novità di tenore spiccatamente 'sistemico'.

Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione con il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 dell'art. 16 TCE (e oggi 14 TFUE), ai sensi del quale «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei

⁴⁷ Per un'analisi della decisione in parola cfr. ancora D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 503 ss., nonché C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 107 ss. Per comprenderne l'importanza, basti osservare come il principio ivi espresso trovasse ancora ampia eco in una pronuncia della Corte costituzionale italiana di 18 anni dopo, secondo la quale in tema di servizi pubblici «la rilevanza economica sussiste pure quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un 'mercato a monte».

⁴⁸ Così la comunicazione della Commissione del 1996.

valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

La novella, com'è noto, riveste importanza fondamentale nel settore dei servizi pubblici poiché mette in relazione quest'ultimi con l'obiettivo della *coesione sociale* all'interno dello spazio europeo, da intendersi come processo non solo di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, ma di concreto ampliamento degli spazi di tutela sociale degli individui in relazione alla fruizione dei servizi essenziali (istruzione, sanità, energia etc.)⁴⁹. La disposizione, chiaramente, è ricca di significanti, tali peraltro da coprire nel tempo un vasto *range* di letture: alcuni, condivisibilmente, ne hanno tratto l'ulteriore segnale dell'erosione del limite intercorrente tra il governo dell'economia e scelte di politica sociale⁵⁰; per altri la disposizione rappresenta un momento di "riequilibrio del modello economico europeo", tale da consentire allo Stato – almeno in via formale, e comunque a determinate condizioni – di dismettere i suoi panni di regolatore e di erogare direttamente l'attività oggetto del servizio⁵¹; altri ancora hanno sostenuto che la disposizione in esame rappresenterebbe la fonte da cui ricavare, nel sistema giuridico europeo, "un principio generale di accesso ai servizi", di rango e funzione pari a quelli concorrenziale o inerenti alle libertà fondamentali⁵². Per quanto di interesse in questa sede, preme rilevare come l'art. 16 cit. abbia avuto il merito, per così dire, di emancipare i servizi d'interesse generale dalla semplice funzione di 'strumento di salvaguardia degli assetti anti-concorrenziali interni agli Stati', e di porli alla base di un rilancio dell'Unione europea

⁴⁹ Cfr. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 747; sulle concrete ricadute processuali della novella, specie in ordine alla distribuzione nei giudizi dinanzi alla Corte di giustizia dell'onere probatorio relativo alla compatibilità con il diritto europeo delle disposizioni interne derogatorie della concorrenza, cfr. C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 127 ss.

⁵⁰ In questo senso cfr. G.F. Cartei, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 1223; nonché cfr. sul tema da ultimo le considerazioni di A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in E. Castorina (a cura di), *Servizi pubblici, diritti fondamentali, costituzionalismo europeo*, Napoli, 2016, p. 117 ss.

⁵¹ Così A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, op. cit., p. 892.

⁵² In questi termini D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 772 ss.

quale promotore di politiche di sviluppo e, soprattutto, di solidarietà.

Va da sé che, nell'ambito di siffatto processo evolutivo "pragmatico e garantista"⁵³, la prospettiva adottata dalle istituzioni europee sia stata quella dei diritti: quelli delle imprese erogatrici e quelli degli utenti, il cui *status* riconfluisce in una accezione più ampia (e forse destrutturata) di cittadinanza europea.

Altro passaggio qualificante, con riferimento alla prospettiva dei diritti dell'utenza, è poi rappresentato dalla Comunicazione della Commissione europea del 25 settembre 2000, nella quale viene riaffermato che «l'interesse dei cittadini è al centro della politica comunitaria in materia di servizi d'interesse generale», contribuendo quest'ultimi «alla coesione economia, sociale e territoriale»⁵⁴.

Il percorso sin qui brevemente richiamato tocca, infine, l'apice con l'adozione della Carta di Nizza, e in particolare con l'art. 36, ai sensi del quale «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea».

Al di là delle possibili questioni interpretative sulla collocazione di tale disposizione all'interno del capo dedicato alla *Solidarietà* – e significativamente *a cavallo* tra quelli dedicati all'uguaglianza e alla cittadinanza –, ciò che ai nostri fini occorre rilevare è che tale disposizione finalmente esplicita il nesso funzionale che lega i servizi di interesse generale all'obiettivo della coesione sociale, e lo assume – in virtù del valore giuridico riconosciuto alla Carta dal Trattato di Lisbona (art. 6 TUE) – quale uno degli architravi dell'intera azione politica delle Istituzioni europee. Una coesione sociale e territoriale da intendersi, allora, anche quale superamento di quelle disuguaglianze fra gli individui dipendenti da fattori ambientali, sociali e geografici. Le assonanze con il quadro costituzionale italiano sono evidenti⁵⁵.

Il quadro sin qui delineato è, poi, completato dalle discipline europee di settore che, *medio tempore*, sono intervenute a regolare direttamente (o a indicare agli Stati membri come farlo) ambiti o profili dei servizi d'interesse generale legati alla fruizione degli stessi e un

⁵³ Così A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, ult. loc. cit.

⁵⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione europea del 25 settembre 2000, in particolare il punto 8.

⁵⁵ Sulla necessità di una "relazione continua" tra il 'modello economico costituzionale europeo' e la costituzione economica italiana v. da ultimo A. Lucarelli, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, op. cit., p. 134; cfr. poi sempre sul tema G. Bognetti, *La Costituzione economica europea tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Annuario AIC* 1991, Padova, 1997, p. 69 ss.

dunque pienamente calati nella dimensione dell'utenza: ci si riferisce in particolare alla qualità o alle modalità di erogazione del servizio, agli obiettivi e a livelli del medesimo, agli obblighi di servizio, alla continuità e alla accessibilità del medesimo, e così via.

Guardando in prospettiva siffatto *excursus*, v'è da dire che un simile *corpus* normativo ha prodotto in Italia effetti di adeguamento principalmente sul piano dell'organizzazione dei servizi, che non su quello dei diritti e delle tutele da apprestare agli utenti.

Con riferimento al primo dei piani indicati, gli interventi legislativi nazionali degli ultimi vent'anni, tutti orientati verso una netta liberalizzazione dei servizi e funzionali alla costruzione di relativi mercati, non sembra peraltro siano riusciti a soddisfare quell'esigenza, implicita nelle formulazioni del diritto europeo – di unificazione delle discipline (o comunque di razionalizzazione) dei diversi settori del servizio pubblico (magari all'interno di unico plesso normativo): com'è noto, a partire dalla prima versione dell'art. 113, D.lgs. n. 2267/2000 si è assistito a un lungo e tormentato percorso, tra spinte all'efficienza e all'apertura ai mercati da un lato e resistenze anche di natura referendaria⁵⁶ dall'altro, in ordine alle concrete modalità di gestione ed erogazione dei servizi pubblici, tale da accentuare e perpetuare una forte frammentazione e disorganicità di tutta la materia, cui si è tentato – invano – di porre rimedio anche negli ultimi tempi⁵⁷.

Con riferimento, invece, agli effetti del diritto europeo sul piano dei diritti dell'utenza, non si è assistito a un suo recepimento esauriente e completo.

Sin dalla prima l. n. 481/1995 (recante 'Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica

⁵⁶ Ci si riferisce ovviamente al referendum del 2011 sull'acqua; sul punto cfr. S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *federalismi.it* del 9 marzo 2011, p. 18 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce in particolare allo schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici, di cui alla legge di delega n. 124/2015 (c.d. 'legge Madia') e mai adottato dal Governo Renzi; per una ricognizione del contenuto di siffatto decreto, così come dell'evoluzione della normativa italiana in materia di modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici di rilievo economico, cfr. volendo R. Miccù e-M. Francaviglia, *Le società pubbliche e i servizi di interesse economico generale: l'impatto del d.lgs. n. 175/2016 sull'affidamento e sulla gestione del servizio idrico integrato*, in R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019, p. 253 ss.; cfr. sul disegno della riforma Madia in generale, cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, *www.federalismi.it*, 2 novembre 2016; F. Scalia, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *www.federalismi.it*, 20 aprile 2016, nonché da ultimo l'analisi di G. Meloni, *L'opportunità mancata di un testo unico sui servizi pubblici locali: spunti critici pro futuro per ridefinire ruolo e funzioni delle amministrazioni territoriali*, in S. Staiano (a cura di), *Acqua. Bene pubblico, risorsa non riproducibile, fattore di sviluppo*, Napoli, 2018, p. 593 e ss.

utilità')⁵⁸, la scelta metodologica compiuta da legislatore è stata quella di demandare la cura e la tutela degli interessi dell'utenza alle attività di regolazione dell'Autorità indipendente ivi istituita – per quanto nei limiti e nel rispetto dei principi generali statuiti in quella sede –, lasciando così che il tema dei diritti restasse, se non in ombra, comunque irrimediabilmente legato ai 'rami bassi' dell'ordinamento giuridico. Analoga impostazione si riscontra, poi, negli interventi successivi, relativi ad altri settori di interesse generale – dalle comunicazioni con la l. n. 259/1997 (poi integrata dal successivo D.lgs. n. 259/2003, Codice delle comunicazioni elettroniche, D.lgs. n. 177/2005, Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), alla l. n. 261/99 sul servizio postale⁵⁹ –, il che ha contribuito ad escludere da una prospettiva propriamente costituzionale la figura dell'utente.

Ad ogni modo, quanto sin qui brevemente ricostruito sul piano normativo, giurisprudenziale e concettuale consente di fare alcune prime considerazioni.

In primo luogo, nel cammino sin qui ripercorso si è passati da una originaria confusione (*rectius*: assorbimento) della figura dell'utente in quella del cittadino ad una chiara distinzione dei soggetti in parola, con la conseguente sovraesposizione dello *status* del primo ovvero delle situazioni giuridiche di cui è titolare. L'ultima fase di questa parabola sembrerebbe, poi, suggerire un nuovo avvicinamento delle due figure, ma su basi e premesse radicalmente differenti: l'utente, quale fruitore di servizi funzionali alla coesione sociale e all'esercizio di diritti fondamentali, diviene (non solo una 'precondizione' ma) un parametro cui misurare l'effettiva portata della cittadinanza europea.

Alcuni hanno sostenuto che i rapporti di utenza, ormai affrancati dall'interesse pubblico e dalle conseguenti compressioni da parte dell'organo politico, si configurerebbero quale "relazione di mercato"⁶⁰, i cui termini sono liberamente determinati dalle parti in giuoco (esercenti e utenti) sotto il controllo di autorità amministrative indipendenti e nel rispetto dei relativi atti di regolazione. Siffatta lettura rischia, però, di non mettere adeguatamente in luce il sostrato costituzionale di questa *relazione di mercato* (o meglio, del suo modo di

⁵⁸ Sulla quale cfr. per tutti in dottrina A. Bardusco, G. Caia e G. Di Gaspare (a cura di), *Commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481*, in *Leggi civili commentate*, XXI, n. 2-3, Padova, 1998.

⁵⁹ Un caso a parte, forse, è rappresentato dalla l. n. 146/1990 (recante Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge), per la quale v. da ultimo G. Pino (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, op. cit.

⁶⁰ Così G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 294.

essere) che la lega ad obiettivi di carattere (non economico, ma) sociale: il riferimento è ovviamente alla necessaria universalità e accessibilità del servizio⁶¹.

A ben vedere, tali caratteri, nella loro duplice accezione di strumenti e obiettivi, sembrano costituire lo spunto per una traduzione in chiave costituzionale dei diritti dell'utenza.

7. La figura dell'utente nell'ambito del processo di integrazione europea tra concorrenza e coesione sociale.

Prima di procedere a un esame delle ricadute di ordine costituzionale di una così profonda evoluzione – anche al fine di valutarne la compatibilità con l'assetto costituzionale vigente –, appare opportuno allargare lo sguardo su alcuni, differenti, profili connessi all'impatto del diritto europeo sul tema dei servizi pubblici di rilievo economico, dei quali occorre tener conto nell'ambito della prospettiva costituzionale che si è adottata.

Come si è visto, da circa un trentennio il settore in parola costituisce un formidabile banco di prova del processo di integrazione europea, e ciò per diverse ragioni: in primo luogo, i servizi di interesse economico generale (SIEG) riflettono in modo chiaro e diretto alcuni paradigmi *costituenti* l'intero fenomeno giuridico europeo, quali la tutela della concorrenza, la realizzazione di un mercato *unico*, il necessario bilanciamento tra le esigenze di quest'ultimo e la tutela dei diritti fondamentali, la coesione sociale e territoriale; in secondo luogo, quello dei servizi è stato uno dei settori in cui è stato sin da subito evidente che l'impulso all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali è suscettibile di tradursi, non solo nell'imposizione di limiti di carattere negativo, ma anche in una serie di obblighi positivi – *di facere* – in capo agli Stati membri, alle imprese e alle medesime istituzioni europee; in terzo luogo, la disciplina europea dei servizi di interesse generale, nella sua costante evoluzione, ha contribuito in modo decisivo all'erosione della dicotomia pubblico/privato, fino a ridefinire nell'ambito di essa il ruolo degli Stati, da gestori/erogatori dei servizi a regolatori dei medesimi (*rectius*: dei relativi mercati).

Infine, la parabola evolutiva dei SIEG dimostra in modo chiaro come il mercato non

⁶¹ In senso analogo cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 249 ss.; conferme sul punto si posso, peraltro, cogliere in F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, 2000, p. 69 ss., nonché in G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, op. cit., p. 872 ss.

rappresenti oggi il fine unico e ultimo del fenomeno europeo⁶², ma semmai uno strumento di un processo più profondo d'integrazione volto a uno sviluppo equilibrato e armonioso dello spazio europeo, nonché alla realizzazione di una forte coesione economica e sociale fra i diversi territori e all'interno di essi.

In questo senso, è facile osservare come la disciplina europea dei servizi di interesse economico generale non si sia limitata ad intervenire nei soli casi di *market failures*, ma abbia dettato regole e principi autonomi e direttamente collegati agli scopi sociali perseguiti dai medesimi servizi, incidendo così su alcune scelte fondamentali degli Stati in tema di intervento pubblico nell'economia, di politiche redistributive e, chiaramente, di *welfare*.

In questo contesto, la crisi economica del 2007 ha certamente influito sul processo di integrazione europea e sui suoi terreni d'elezione, quali appunto i SIEG: la recessione economica, da un lato, ha accelerato determinate tendenze che, *in nuce*, erano già presenti nella disciplina europea dei servizi pubblici (specie con riferimento all'ulteriore assottigliamento della distinzione pubblico/privato), mentre dall'altro ha rappresentato (e tuttora è) una seria minaccia a quei valori di solidarietà e coesione all'interno della società, che sono alla base del processo d'integrazione europea.

Quanto appena illustrato appare, poi, ancora più evidente per quei servizi d'interesse generale non economico, la cui cura è demandata in modo pressoché esclusivo alle pubbliche amministrazioni.

Com'è noto, infatti, i limiti posti alla spesa pubblica degli Stati membri – certamente preordinati alla tutela di un interesse pubblico generale, ma resi più stringenti dalla crisi –, incidono sull'efficienza delle prestazioni e dunque sull'effettività del godimento di quei diritti (sociali) ad esse connessi, ponendo un serio problema di bilanciamento tra interessi tra loro confliggenti (per la soluzione del quale, specie in Italia, il decisore pubblico è troppo spesso 'abbandonato a sé stesso' e privo di adeguate indicazioni da parte del legislatore).

Il discorso in parola deve, poi, essere connesso all'altro grande fenomeno che sta interessando lo spazio europeo, vale a dire quello dei grandi flussi migratori: esso pone alle Istituzioni pubbliche nazionali la nuova, difficile sfida di mantenere economicamente sostenibili dei servizi e delle prestazioni attraverso i quali passano delicati processi di

⁶² Nega la possibilità di una lettura liberista delle disposizioni dei trattati istitutivi europei, e in particolare di quelle riguardanti i SIEG, C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, op. cit., p. 138 ss.

integrazione culturale e sociale⁶³.

Anche sotto questo aspetto, peraltro, il processo d'integrazione europea continua a spiegare effetti decisivi, attraverso il riconoscimento di posizioni giuridiche attive – connesse ai (e condizionanti) il concreto esercizio di diritti fondamentali – fondate esclusivamente su di un legame fattuale del soggetto con il territorio dell'Unione europea (v. art. 48 TFUE): si pensi ad esempio alla nozione della c.d. cittadinanza *civile* europea, intesa come *status* – con diritti e obblighi – da accordarsi a quei cittadini di Paesi terzi che soggiornino in modo stabile nel territorio dell'Unione⁶⁴. In tal modo, l'Unione, prescindendo dal (*rectius*: aggirando il) concetto di cittadinanza nazionale (nelle mani degli Stati membri), ha individuato uno strumento per implementare il processo di integrazione in relazione alla fruibilità di determinati strumenti di sicurezza sociale (e dunque di servizi e prestazioni pubblici), contribuendo così ad allargare il divario tra le figure del cittadino e dell'utente. Non stupisce, dunque, che siffatto processo evolutivo – che è consistito nell'estensione dell'intervento europeo alla dimensione sociale – abbia preso le mosse proprio dai servizi d'interesse economico generale. Atteso il circuito che lega i servizi pubblici non di rilievo economico, le scelte di bilancio redistributive e la rappresentanza politica, e sul quale è ancora forte la presa degli Stati membri, le Istituzioni europee non potevano che intervenire su di un ambito diverso, ma contiguo, dove, accanto alle evidenti esigenze di protezione dei singoli, emerge il tema della concorrenza, di sicuro dominio europeo.

8. La figura dell'utente in costituzione oggi e la configurabilità di autonome situazioni giuridiche di rilievo costituzionale ad esso pertinenti.

Uno degli aspetti più interessanti del processo evolutivo riguardante la figura dell'utente consiste nel fatto esso è sostanzialmente avvenuto a costituzione invariata, specie nelle parti che tradizionalmente si riferiscono al governo dell'economia (art. 41, co. 3, cost.) e, incidentalmente, ai servizi pubblici (art. 43, cost.). Occorre, pertanto, volgere l'attenzione al testo costituzionale onde verificare non solo se sia possibile sussumere in esso

⁶³ Su questi aspetti cfr. A. Patroni Griffi, *L'Europa e la sovranità condivisa: appunti di un discorso sulle ragioni del Diritto costituzionale europeo*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna on-line*, n. 1/2015.

⁶⁴ Cfr. sul tema L. Moccia, *Cittadinanza 'civile' europea e politiche di integrazione*, in *La cittadinanza europea*, fasc. n. 1/2018, p. 5 ss.

l'evoluzione della sin qui ricostruita, ma anche se le situazioni giuridiche degli utenti trovino in esso autonomo riconoscimento e usbergo.

L'indagine in parola, certamente, risulta impervia prima di tutto per la scarsità del materiale normativo che la costituzione riserva espressamente al tema, ma non per questo appare inutile.

Al riguardo, il primo riferimento costituzionale che si è soliti chiamare in causa è l'art. 43, cost., allorché individua negli utenti i soggetti beneficiari – se organizzati in *comunità* – di una eventuale riserva o trasferimento di attività d'impresa relativa a servizi pubblici essenziali e avente carattere di preminente interesse generale. Com'è noto, la dottrina ha, sin da subito, colto la tecnicità della norma in parola e la profondità delle questioni interpretative che i concetti (non solo giuridici) ivi richiamati sono in grado di determinare: si pensi, ad esempio, a quelli di *utilità generale*, di *impresa*, di *trasferimento*, di *riserva*, di *indennizzo*, e, non a caso, di *servizio pubblico*⁶⁵.

Ai fini della presente indagine preme, però, soffermarsi sui due differenti, e complementari, orizzonti di senso che la disposizione costituzionale tiene insieme: da un lato, essa può fondare una lettura *garantista*, volta a tutelare le ragioni delle imprese e a impedire che lo Stato possa imporsi arbitrariamente sul terreno dell'economia⁶⁶; dall'altro, vi è una lettura *interventista*, in base alla quale la norma indica non solo ciò che lo Stato non deve fare, ma anche ciò che esso può fare nella eventualità che “il privato, col peso della propria impresa, [...] possa direttamente e profondamente influire sui interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse”⁶⁷. In quest'ultimo senso, dal testo è possibile, dunque, trarre un giudizio (implicito) di disvalore nei confronti dei monopoli (e oligopoli) privati quale fattore in grado di incidere negativamente non solo sul sistema economico, ma anche su “fondamentali aspetti della vita democratica”⁶⁸ ovvero su profili connessi all'attuazione del secondo comma dell'art. 3, Cost.⁶⁹.

Il lungo *excursus* più sopra ricostruito in tema di servizi pubblici dimostra, peraltro, come

⁶⁵ Per un esame analitico degli istituti e dei concetti richiamati dall'art. 43 Cost. cfr. S. Cassese, *Legge di riserva e articolo 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1332 ss.

⁶⁶ Al riguardo cfr. F. Galgano, *Art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 194 ss., secondo il quale anzi l'impresa è tutelata dalla disciplina costituzionale in misura maggiore di quanto lo sia la proprietà privata.

⁶⁷ Così Corte cost., sent. n. 58/1965.

⁶⁸ Così Corte cost., sent. n. 225/1974.

⁶⁹ Il punto è stato colto da tempo in dottrina; al riguardo cfr. F. Galgano, *Art. 43*, op. cit., p. 196.

siffatta polisemia si sia sviluppata soprattutto in senso diacronico, consentendo all'articolo in esame di esprimere senso normativo in differenti contesti ordinamentali, specie in relazione alle nuove coordinate di sistema introdotte dal diritto europeo.

Nel tempo se ne sono date, dunque, ulteriori interpretazioni: alcune più restrittive, per le quali l'effetto della riserva sarebbe solo quello di escludere che i privati possano mantenere (o acquisire) la diretta titolarità di una determinata attività d'impresa (e non anche quello di disciplinare o affidare ad altri lo svolgimento di quest'ultima, né di istituirne i relativi monopoli)⁷⁰; altre hanno individuato nella riserva di servizio pubblico solo uno strumento di politica economica e industriale in mano allo Stato, alla luce del quale l'utilità generale non sempre ha coinciso con quella degli utenti⁷¹; altre ancora, invece, secondo le quali, con l'introduzione dell'*in house providing* e la sua legittimazione in ambito europeo, si sono create delle riserve a favore della *mano pubblica* che, per quanto eccezionalmente derogatorie del principio concorrenziale, troverebbero (implicito) fondamento anche nell'art. 43, Cost., oltretutto nei principi di eguaglianza e solidarietà sociale⁷².

Esattamente come per il recepimento del diritto europeo in materia di SIEG, il complesso di queste ricostruzioni dottrinarie – anche sulla base di una giurisprudenza della Corte

⁷⁰ Offre questa interpretazione S. Cassese, *Legge di riserva*, op. cit., p. 1351.

⁷¹ Per una ricostruzione dei problemi e delle disfunzioni connesse agli eccessi di statalizzazione dei servizi pubblici v. G. Amato, *Citizens and Public Services. Some General Reflections*, in M. Freeland e S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in Europe*, Oxford, 1998, p. 154 ss; nonché v. anche G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 568.

⁷² Cfr. in questi termini A. Lucarelli, *Commento all'art. 43 della Costituzione*, op. cit., p. 901; sul punto, però, pare opportuno tenere concettualmente distinta dalla gestione riservata (diretta o indiretta che sia) di un servizio *ex art. 43 Cost.* – e dunque in virtù di legge – dall'ipotesi dell'*in house providing*: com'è noto, tale modalità di organizzazione del servizio consiste oggi in una precisa e motivata scelta dell'amministrazione laddove valuti, ai sensi dell'art. 192, co. 2, d.lgs. 50/2016 (nonché *ex art. 1* art. 34, commi 20-25, del d.l. 179/2012, convertito con l. n. 221/2012 il quale richiama direttamente i “*requisiti previsti dall'ordinamento europeo*” per il modello in parola), congrua l'offerta economica del soggetto *in house* e apprezzabili i benefici derivanti alla collettività da siffatta forma di gestione in termini di universalità, efficienza, ed economicità del servizio. In questo caso, alla luce della disciplina vigente, non ricorre propriamente un bilanciamento tra concorrenza e utilità sociale – atteso che la prima è inesistente per l'impossibilità materiale di creare un mercato all'interno del quale operino soggetti in grado di erogare un servizio nel rispetto di determinate condizioni (accessibilità, universalità, continuità etc.) – e quindi non sembra necessario riferire l'opzione dell'*in house* – che peraltro è operata in autonomia dall'amministrazione – all'art. 43 cost. il quale, al contrario, sembra sottintendere che un mercato e delle imprese in esso attive vi sia. Più in generale, va ricordato che recentemente è stato messo in dubbio dal Consiglio di Stato la compatibilità con il diritto europeo di tale assetto in virtù del quale gli affidamenti *in house* sono consentiti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, e comunque impongono all'amministrazione un obbligo di specifica motivazione circa i benefici per la collettività. Cfr. al riguardo i rinvii pregiudiziali del Supremo Collegio di cui alle ordinanze Cons. St., sez. V, ord. 14 gennaio 2019, n. p. 293, *Id.*, 14 gennaio 2019 n. 296 e 7 gennaio 2019 n. 138; in dottrina per un quadro generale e aggiornato sull'*in house providing*, cfr. M.P. Santoro, *L'in house tra riforma delle società partecipate e diritto dei contratti pubblici*, in R. Miccù (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche?*, op. cit., p. 159 ss.

costituzionale sull'art. 43, cost. che, si è visto più sopra⁷³, ha avvalorato la relazione tra i concetti di *impresa* e di *servizio pubblico* – si è riflesso, nel tempo, solo sul piano dell'organizzazione e della gestione dei servizi, mentre il tema del rilievo costituzionale dei diritti dell'utenza è rimasto sullo sfondo.

A ben vedere, però, dal testo costituzionale è possibile trarre alcune coordinate fondamentali in tema di tutela dell'utenza: esse si possono ricavare, sebbene in modo implicito, dal combinato disposto degli artt. 41 e 43 Cost. in virtù del quale l'inespressa relazione tra concorrenza⁷⁴ e utilità sociale⁷⁵ sembra emergere in una particolare declinazione.

L'art. 43, infatti, da un lato indica i servizi pubblici essenziali come uno dei principali ambiti⁷⁶ nel quale occorre operare un delicato bilanciamento tra questi due elementi – riservato al legislatore e solo eventualmente sindacato, attraverso uno *strict scrutiny*, dalla Corte costituzionale⁷⁷ –, mentre dall'altro individua negli utenti e nei lavoratori le due

⁷³ V. *supra* § 5.

⁷⁴ In questa sede si fa riferimento alla concorrenza come libertà di concorrenza, vale a dire quale «esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori» (Corte cost. sent. n. 270/2010), pur ricordando la duplice finalità di tutela attribuita dalla Corte costituzionale al generale principio concorrenziale: «da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» (così Corte cost., sent. n. 223 del 1982), v. in termini anche Corte cost. sent. n. 200/2012; su questa giurisprudenza della Corte cfr. poi C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. la giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 1/2014; M. Libertini, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza, Il caso del "decreto Alitalia"*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 3296 ss.; G. Corso, *La liberalizzazione dell'attività economica non piace alle Regioni. Nota alla sentenza della Corte cost. n. 200/2012*, in *Giur. it.*, 2013, n. 3, p. 674 ss.

⁷⁵ Cfr. sul punto Corte cost., sent. n. 200 del 2012, secondo la quale «una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale».

⁷⁶ Gli altri sarebbero fonti di energia e le altre situazioni di monopolio con carattere di preminente interesse generale.

⁷⁷ Su tale inedito bilanciamento cfr. Corte cost. sent. n. 270/2010 nella quale la Corte riconosce di aver «affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte; e, dall'altra, la tutela degli interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41, secondo e terzo comma, Cost., che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza». In dottrina, il punto non riscontra identità di approcci: sull'importanza di questo tipo di bilanciamento, anche al fine di far emergere l'autonomia concettuale e giuridica dell'*utilità sociale* rispetto, ad es., al principio di ragionevolezza in tema di sindacato di costituzionalità di discipline legislative riguardanti attività economiche, v. C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio*, op. cit., p. 15 ss., cfr. *contra* v. M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. Le prospettive della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno AIC, Torino, 27-29 ottobre 2011, ora in *Rivista AIC*, 2011, spec. P. 54 ss.

categorie di soggetti beneficiari delle specifiche situazioni giuridiche soggettive discendenti da siffatta ponderazione degli interessi in giuoco e dalla conseguente definizione con legge degli assetti concorrenziali⁷⁸.

Più precisamente, laddove tale bilanciamento giustifichi una compressione della concorrenza tale determinare, in linea con quanto reso possibile oggi dal diritto europeo, una riserva di attività imprenditoriale connessa ad un determinato servizio pubblico, la legge potrebbe riconoscere alla relativa comunità di utenti la titolarità, tra gli *altri* beni della vita, della situazione giuridica soggettiva di cui quell'attività è espressione. Ove, però, il bilanciamento non conduca ad una misura di questo tipo – ed è certamente l'ipotesi più ricorrente –, non si può concludere che le medesime categorie di soggetti cessino di esistere ovvero di avere un autonomo rilievo costituzionale, né si può credibilmente sostenere che l'unico bene della vita riconosciuto dall'art. 43 Cost. agli utenti sia l'esercizio – in regime di riserva e in forma comunitaria – di un'attività imprenditoriale di erogazione di un servizio pubblico; al contrario, è lo stesso principio di eguaglianza sostanziale a imporre che anche le scelte del legislatore (diverse dalla riserva e) relative alla conformazione dei singoli servizi pubblici economici si rifletta nella ponderata statuizione a favore dei singoli utenti di determinate posizioni di vantaggio nei confronti sia degli esercenti che dello Stato (ora regolatore), prima fra tutte il diritto all'accesso al servizio, alla sua universalità e a livelli qualitativi e tariffari adeguati⁷⁹.

Tale ricostruzione, come testé accennato, sembra trovare sistematico riscontro anche in una certa lettura dell'art. 41 Cost. e, in particolare, del principio della concorrenza, inteso quale “valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori”⁸⁰, e pertanto strettamente connesso ancora una volta all'art. 3

⁷⁸ Cfr. in termini non del tutto dissimili C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati.*, op. cit., p. 229.

⁷⁹ Cfr. sul punto la posizione di G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 596, secondo il quale gli interessi degli utenti, in alcuni frangenti, hanno una rilevanza condizionata all'attuazione anche di altri valori od obbiettivi sistemici, il cui perseguimento è demandato all'autorità pubblica (oggi quella regolatoria), e pertanto devono essere ‘bilanciati’ con quest'ultimi, talvolta per mezzo di un bilanciamento *semplice* e tal'altra – laddove intervengono diverse esigenze da temperare – *complesso*.

⁸⁰ Così Corte cost. sent. n. 241/1990 nella quale viene chiarito che «in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo [...] non solo può essere vanificata o distorta la libertà di concorrenza – che pure è valore basilare della libertà di iniziativa economica, ed è funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori – ma rischiano di essere pregiudicate le esigenze di costoro e dei contraenti più deboli, che di quei fini sono parte essenziale».

Cost.⁸¹.

Entrambi i termini del bilanciamento prospettato, così come il *range* di soluzioni da questo ricavabili⁸², postulano, dunque, l'esigenza di tutelare gli interessi individuali dell'utenza e di fornire loro copertura costituzionale (quanto meno indiretta), laddove strettamente funzionali non solo all'esercizio di altri diritti fondamentali, ma anche all'attuazione dell'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, co. 2, Cost.

Il fondamento costituzionale delle situazioni giuridiche che nel tempo sono andate affermandosi in capo agli utenti poggia, dunque, necessariamente sul superamento, auspicato da alcuni, della "contrapposizione irriducibile fra mercato concorrenziale e Stato"⁸³.

In questo senso, non si può fare a meno di notare il paradosso per il quale l'attuale disciplina europea sui servizi d'interesse economico generale appare forse più in linea con questa lettura del testo costituzionale di quanto non lo siano stati i molteplici interventi legislativi relativi ai servizi pubblici a rilevanza economica, totalmente schiacciati sul dogma dell'apertura degli stessi al mercato; paradosso, vieppiù, che dovrebbe incoraggiare a mantenere viva la distinzione dei due concetti, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte costituzionale⁸⁴, in quanto ancora oggi opportuna e necessaria⁸⁵.

⁸¹ Cfr. Corte cost. sent. n. 270/2010; v. poi ancora Corte cost., sent. n. 241/1990, secondo la quale l'esercizio abusivo di posizioni di supremazia nel mercato «ostacola [...] il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall'art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l'altro controlli sull'economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie».

⁸² Che l'utente possieda degli interessi specifici e di rilievo costituzionale sembra, peraltro, confermato anche dal medesimo riferimento all'utilità *generale* quale preconditione fissata dall'art. 43 cost. per l'intervento privativo dello Stato in certo servizio pubblico: anche il mancato intervento presuppone, infatti, il perseguimento di una utilità generale, nell'ambito della quale – soprattutto alla luce dell'impatto del diritto europeo sul tema – rientra oggi il riconoscimento e la tutela di determinate situazioni giuridiche soggettive proprie del singolo utente.

⁸³ Così v. C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio*, op. cit., p. 3; cfr. poi *Id.*, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 195 ss.

⁸⁴ Per tale equiparazione cfr. Corte cost. sent. n. 325/2010; su questa decisione cfr. in dottrina S. Spuntarelli, *L'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica al vaglio della Corte e il caso del servizio idrico integrato*, in *Giur. it.*, 8-9, 2011, p. 1770 ss.; A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.; P. Sabbioni, *La Corte equipara Servizi pubblici locali di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4654 ss.

⁸⁵ Per il mantenimento di questa distinzione concettuale, laddove nella nozione di "servizio pubblico locale di rilevanza economica" risulta dominante la regola della concorrenza, mentre nei "SIEG" detta regola risulta oggi subordinata ad altri principi e obiettivi – quali *in primis* la coesione sociale –, v. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, op. cit., p. 236 ss, nonché L. Ceraso, *I servizi di interesse economico generale*

9. I problemi della natura e del contenuto delle situazioni giuridiche soggettive dell'utente di rilievo costituzionale.

Se è possibile affermare un autonomo rilievo costituzionale delle situazioni giuridiche soggettive dell'utenza, ciò che risulta comunque problematico è l'individuazione della loro esatta natura e dei contenuti delle stesse.

Sul primo aspetto, anche per il diverso ruolo ricoperto, nel tempo, dall'amministrazione, si è molto dubitato in dottrina, ma nessuna delle categorie note – diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi di fatto – è stata ritenuta pienamente soddisfacente; alcuni, in linea con le più recenti acquisizioni della teoria generale, hanno peraltro tentato di superare tale questione definitoria, ritenendola poco utile ovvero concentrandosi esclusivamente sui contenuti concreti di tali situazioni e sul rapporto di esse con il potere pubblico⁸⁶.

Al riguardo, appare possibile attribuire a siffatte situazioni la dignità di veri e propri diritti soggettivi, non tanto per aspetti connessi all'individuazione della giurisdizione chiamata a tutelarli (ordinaria o amministrativa), quanto per la ragione che essi, rappresentando il frutto di un bilanciamento del legislatore (per quanto implicito) tra concorrenza e utilità sociale, limitano e guidano le scelte dell'amministrazione in ordine alla conformazione di un determinato servizio; aspetto, quest'ultimo, che incide direttamente sull'effettivo godimento dei diritti fondamentali connessi a quel servizio.

Con riferimento, poi, alla struttura di siffatti diritti, vi è senz'altro il rischio di una loro sovrapposizione con altri diritti costituzionali, accrescendo così l'incertezza sul loro autonomo rilievo⁸⁷. Sul punto, appare certamente possibile attribuire ad essi la medesima struttura dei diritti sociali, intesi quale pretesa individuale ad un *facere* ovvero a una prestazione positiva da parte dell'autorità, ma detta pretesa presenta elementi specialità:

e la "concorrenza limitata". *Profili interni, comunitari e internazionali*, Napoli, 2010, p. 112 ss; v. C. Pinelli, *La tutela della concorrenza come principio*, op. cit., 9.

⁸⁶ Sulla crisi, a ben vedere ormai risalente, delle note categorie giuridiche quali diritto soggettivo, interesse, etc. cfr., senza pretesa di completezza, S. Pugliatti, *esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 45 ss; G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1948, 238 ss; M.S. Giannini, *Ha un futuro la nozione di interesse legittimo?*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, 1993, I, p. 47 ss.

⁸⁷ Cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 619, il quale li definisce "diritti sociali di cittadinanza".

essa, infatti, si traduce non solo in un obbligo di *erogare*, ma anche di organizzare, gestire o regolare un determinato servizio nel rispetto dei principi di universalità, accessibilità e continuità, in quanto strettamente funzionale alla realizzazione o al conseguimento di beni della vita costituzionalmente garantiti ovvero tutelati a livello sovranazionale.

Se questo è, in linea generale, il tratto strutturale comune a tutti i diritti dell'utenza, deve altresì sottolinearsi come, sotto il profilo soggettivo, l'impatto della disciplina europea sul sistema di erogazione di servizi pubblici di rilievo economico abbia determinato un nuovo avvicinamento della figura dell'*utente* a quella del *consumatore*⁸⁸, ma non l'assorbimento del primo nel secondo, e ciò in virtù sia della stretta connessione tra questi servizi e il concreto esercizio di alcuni diritti fondamentali, sia della perdurante presenza dei pubblici poteri – oggi declinata attraverso poteri regolatori di Autorità indipendenti – a garanzia di determinate *qualità* dei servizi. Il mantenimento di questa separazione concettuale⁸⁹ consente, allora, di precisare il complesso delle situazioni giuridiche afferenti all'utente, distinguendo due distinti ambiti: una parte di esse possiede una dimensione prettamente economica, la cui (meritevole) tutela si risolve in quelle disposizioni di legge poste a garanzia dell'utente-contraente debole e dell'equilibrio del sinallagma contrattuale con il soggetto erogatore; un'altra, invece, presenta il carattere della pretesa di cui si testé riferito e che è rivolta ai pubblici poteri che regolano e vigilano sul servizio.

In questo senso i canoni dell'universalità, dell'accessibilità e della continuità del servizio, pur manifestandosi nella *prestazione*, rappresentano il tratto caratterizzante della *situazione giuridica relativa* in virtù della quale quest'ultima è erogata: essi, informando in modo trasversale tutti i diritti degli utenti – giacché strettamente funzionali al principio di eguaglianza sostanziale e all'effettività dei diritti fondamentali –, sembrerebbero costituire il nucleo essenziale di questi⁹⁰.

Tale caratterizzazione dei diritti dell'utenza – di rilievo per così dire *sociale* e che si dispiega principalmente nei confronti dei pubblici poteri⁹¹ –, è dovuta, dunque, a un lungo processo evolutivo promosso e incentivato dal diritto dell'Unione europea, ma che trova delle basi anche nel testo costituzionale, ben al di là delle disposizioni riguardanti

⁸⁸ Insiste su questa distinzione G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., p. 594 ss.

⁸⁹ Sulla quale cfr. C. Barbier, *L'usager est-il devenu le client du service public*, in *La semaine juridique*, ed. gen., n. 3/1995, p. 34 ss.

⁹⁰ In questo senso, cfr. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, op. cit., p. 70 ss, nonché G. Berti, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, op. cit., p. 872 ss.

⁹¹ Cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., pp. 573 e 616.

l'interrelazione fra i due ordinamenti in questione.

10. Sulla problematica tutela giurisdizionale dei diritti dell'utenza: dal catalogo 'aperto' dei diritti fondamentali a quello degli strumenti di tutela?

L'emersione dei diritti dell'utenza nel quadro normativo nazionale e sovranazionale pone, infine, il problema della loro tutela. La questione, lungi dal porsi nei termini di un secolo fa, non ha a che fare con l'individuazione del giudice munito di giurisdizione in ordine siffatti rapporti, ma è più profonda e attiene al *modus essendi* di tali diritti: è la giurisdizione lo strumento principale per la loro *effettiva* tutela?⁹²

Tale interrogativo, a ben vedere, può essere colto (e, forse, risolto) solo da una prospettiva costituzionale e non stupisce, quindi, che gli studi di diritto amministrativo e di diritto privato – salvo alcune eccezioni⁹³ – si siano concentrati piuttosto sull'analisi puntuale delle diverse tecniche di tutela dei diritti dell'utenza, che non sulle *cause* di tanta varietà di strumenti. In assenza di una prospettiva costituzionale, l'impressione è che si sia ragionato per *rimedi* e non per *diritti*⁹⁴.

Detti rimedi, merita precisare, coprono una vasta gamma di soluzioni: da procedure, più o meno informali, di controllo e monitoraggio interni sull'erogazione del servizio da parte dello stesso esercente ovvero di reclamo sempre dirette a quest'ultimo, si passa a strumenti di controllo e reclamo gestiti da Autorità indipendenti, anche in forme contenziose o semi-contenziose⁹⁵, fino a forme di conciliazione e arbitrato o di controllo sociale diffuso dell'efficienza di un servizio⁹⁶ o, ancora, a strumenti di ricorso giurisdizionale collettivo.

⁹² Il problema è oggi affrontato in tutte le sue sfaccettature dal A. Di Majo, *Problemi e metodo del diritto civile. Vol. 3: La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, p. 1 ss.

⁹³ Cfr. appunto A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, ult. loc. cit., nonché FR. Bocchini, *La tutela non giurisdizionale dei diritti nella costituzione*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2016, p. 139 ss, con riguardo alla natura delle decisioni pubbliche dei Garanti a tutela dei diritti soggettivi nella Costituzione.

⁹⁴ Su questa utile dicotomia A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, op. cit., p. 15, secondo il quale se si ragiona in termini di rimedi (vale a dire di *cure for wrong*), secondo un approccio tipico dei sistemi di *Common law*, “*dominante è l'aspetto riguardante la disponibilità del rimedio, mentre l'interesse protetto ne rappresenterà soltanto il posterius*”.

⁹⁵ Per una ricostruzione delle diverse tecniche di protezione dell'utenza cfr. G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, op. cit., 586 ss.

⁹⁶ Sull'ipotesi di controllo sociale dei servizi pubblici, cfr. in dottrina S. Cassese e S. Rodotà, *Il controllo sociale dei servizi pubblici*, in G. Amato, S. Cassese e S. Rodotà, *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, p. 212 ss., nonché M. Rusciano, *Le garanzie e i diritti degli utenti*, in *Atti del Convegno di*

Tale panoplia di strumenti – al di là della loro efficacia, modulata anche in relazione alla posizione dell'utente sul mercato – rivela l'affannosa ricerca da parte del legislatore (e della dottrina) di *altre vie* per garantire all'utenza il godimento effettivo di un servizio pubblico e conferma la centralità del quesito più sopra indicato⁹⁷, cui sembrerebbe doversi dare risposta negativa.

La struttura dei diritti degli utenti, come sopra delineata, sembra implicare un tipo di tutela che prescinde dalla sede giurisdizionale per evidenti ragioni di *effettività* delle situazioni giuridiche di vantaggio in essi contenute: l'accertamento giurisdizionale di disfunzioni organizzative e gestionali dell'esercente sconta, infatti, notevoli difficoltà nel soddisfare in modo efficace il bisogno *qualificato* di tutela dell'utente. Quest'ultimo, del resto, consistendo nella tempestiva e adeguata fruizione di un determinato servizio connesso a un bene della vita – anche di rilievo costituzionale fondamentale –, esclude la possibilità di una sua reintegrazione in forma specifica attraverso i consueti modelli processuali, né gli altri rimedi equivalenti (risarcimento del danno, indennizzo, etc.) risultano maggiormente appaganti.

Queste difficoltà conducono, dunque, a un ripensamento della tutela delle situazioni giuridiche soggettive *proprie* dell'utenza, quale *in primis* il diritto a un accesso universale, qualitativamente determinato e continuo al servizio: il rispetto di tali pretese dell'utenza si traduce essenzialmente in interventi preventivi rispetto alla stessa lesione, ovvero nell'elaborazione e attuazione da parte dei pubblici poteri di correlativi principî e regole disciplinanti il servizio medesimo e nell'apprestamento, nel caso, di idonee risorse per l'erogazione.

Sul piano teorico generale, la ricostruzione in parola trova, peraltro, conferme in alcune autorevoli voci della dottrina civilistica, secondo le quali è necessario superare l'equipollenza tra diritto e processo, e recuperare alla tutela dei diritti “uno spazio autonomo che va al di là di quello occupato tradizionalmente dalla tutela che si svolge nelle forme processuali”, ben potendosi configurare “vari ordini di rimedi, sia di natura sostanziale che processuale”⁹⁸.

Varennà. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, spec., p. 251 ss. e C. Pinelli, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, II, spec. 1304.

⁹⁷ Cfr. sul punto C. Pinelli, *Diritto pubblico*, op. cit., p. 515.

⁹⁸ Così A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, op. cit., p. 6.

Poste simili premesse, la categoria dei diritti degli utenti pone allora la necessità di allargare il discorso e di rileggere lo stesso art. 2, Cost. Sebbene questa non sia la sede per una impresa così impegnativa, vale la pena interrogarsi sulle conseguenze ultime che la specifica tutela dei diritti dell'utenza di cui si è detto sembra far intravedere: se è possibile parlare di tutela di un diritto a prescindere dal suo azionamento in giudizio, occorre chiedersi se l'art. 2 Cost. rappresenti una *fattispecie aperta* in relazione non tanto ad altri diritti fondamentali non espressamente garantiti dalla costituzione, quanto ad altre *forme di tutela* legale di quest'ultimi, diverse dalla giurisdizione.

11. Diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici ed eguaglianza sostanziale.

L'analisi delle peculiari modalità di tutela dei diritti dell'utenza rivela, infine, lo stretto collegamento di quest'ultimi con il principio di eguaglianza sostanziale.

Più volte chiamato in causa nel percorso che si è sin qui tracciato, detto principio ha invero rappresentato per la dottrina e per la giurisprudenza costituzionale un valido puntello cui ancorare, di volta in volta, le proprie elaborazioni in tema di servizi pubblici essenziali, specie in relazione alla possibilità di una loro organizzazione in termini maggiormente concorrenziale.

Ciò che emerge dalla presente indagine è che siffatto principio possa svolgere, tuttavia, un ruolo ancor più importante in relazione ai diritti fondamentali degli utenti.

Se, come si è visto, il contenuto e la tutela di tali posizioni giuridiche consistono in precisi obblighi di conformazione (*rectius*: di regolazione) del servizio da parte dei poteri pubblici – anche a più livelli – ed eventualmente anche nel reperimento di risorse per il suo funzionamento, a tali organi spetta, in ultima analisi, il compito di operare, per quanto di rispettiva competenza e nei limiti delle proprie attribuzioni, quel bilanciamento tra concorrenza e utilità generale, onde garantire quei caratteri costituzionalmente garantiti del servizio (universalità, accessibilità e continuità).

A ben vedere, siffatto bilanciamento, dosato attraverso il principio di proporzionalità, costituisce una plastica affermazione, non solo degli effetti del processo di integrazione europea sul settore dei servizi pubblici, ma dell'eguaglianza sostanziale, qui intesa come

principio informante la *dinamica* dei pubblici poteri⁹⁹.

Attraverso il prisma del servizio pubblico, il principio in parola sembra, peraltro, svilupparsi in due direzioni diverse e tra loro complementari: il legislatore, e in seconda battuta gli altri soggetti pubblici (con compiti di regolazione o anche di erogazione), sono infatti chiamati a perseguire l'eguaglianza sia nel senso di un eguale accesso alla prestazione, sia in quello di un efficace – per quanto tendenziale – uguagliamento tra le diverse categorie sociali e le diverse aree geografiche, eliminando le relative *initial inequalities*¹⁰⁰. Quest'ultimo obiettivo – cui sembra tendere oggi il parallelo concetto europeo di coesione sociale e territoriale – presuppone chiaramente una, forse inedita, serie di bilanciamenti tra diversi interessi: non solo tra imprese e utenti, ma anche tra categorie di utenti stessi: qualsiasi determinazione tariffaria di un servizio, infatti, rivela una chiara scelta allocativa di risorse economiche versate da utenti *standard* per l'erogazione del servizio a favore di categorie di utenti *deboli*. Si tratta, è evidente, di valutazioni capillari e al contempo molto delicate, capaci di ingenerare anche *conflitti multipolari fra interessi giuridici*¹⁰¹, rispetto alle quali il sindacato della Corte costituzionale appare fortemente limitato¹⁰².

Problemi nuovi, quindi, la cui soluzione deve passare per delle pubbliche amministrazioni culturalmente attrezzate; proprio come suggerito da chi ha saputo cogliere questi aspetti con grande anticipo, proponendo un'amministrazione *per servizi* e, ancor prima, sottolineando la centralità dell'intersezione tra principi “di eguaglianza e di solidarietà, da una parte, e diritti e doveri dei cittadini, dall'altra”, tale da dar luogo a “figure complesse”¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in M. D'Amico-B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1429 ss.

¹⁰⁰ Cfr. al riguardo E. Picard, *Citizenship, Fundamental Rights, and Public Services*, in M. Freeland e S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in Europe*, op. cit., p. 92.

¹⁰¹ Su questa particolare forma di conflitto, emerso nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale tedesche, cfr. D.U. Galetta e M. Ibler, *Decisioni amministrative “multipolari” e problematiche connesse: la libertà di informazione e il diritto alla riservatezza in una prospettiva di Diritto comparato (Italia-Germania)*, in *federalismi.it* del 6 maggio 2015.

¹⁰² Sull'impiego del principio dell'eguaglianza sostanziale da parte della Corte costituzionale cfr. F. Sorrentino, *Eguaglianza*, Torino, 2011, p. 33 ss.

¹⁰³ Così M.S. Giannini, *Lo Stato democratico repubblicano*, (1946), relazione al XXIV Congresso nazionale del PSIUP, pubblicata nel Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti, ora in ID., *Scritti*, vol. II, Milano, 2002, p. 729. Cfr., poi, M.S. Giannini e T. Barbara, *L'Amministrazione per servizi*, in *Ministero per la costituente, Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, Relazione all'Assemblea costituente, Allegato I, Sul riordinamento delle amministrazioni centrali*, Roma, 1946, p. 332, ora parzialmente in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1974, p. 569 ss.

Abstract: Il lavoro si sofferma, dalla prospettiva del diritto costituzionale, sulla figura dell'utente, sul suo particolare *status* e, soprattutto, sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive ad esso pertinenti. Partendo dal sostanziale silenzio delle dottrine amministrativistiche e costituzionalistiche sulla categoria dei diritti dell'utenza, il contributo analizza il lungo processo evolutivo mediante il quale quest'ultimi sono emersi nel panorama giuridico, evidenziando il ruolo decisivo giuocato dal processo di integrazione europea e dal principio concorrenziale. Lo studio tenta, dunque, fornisce una soluzione alla questione relativa all'esatta natura, dal punto di vista costituzionale, dei diritti degli utenti, specialmente rispetto a servizi di rilievo economico (e perciò, oggi, erogati nell'ambito di un mercato appositamente regolamentato), nonché a quella inerente il rapporto fra questi e le situazioni giuridiche fondamentali tutelate direttamente dalla Costituzione.

Abstract: The work focuses, from the perspective of constitutional law, on the figure of the user, on his particular status and, above all, on the nature of the subjective legal situations pertinent to it. Starting from the substantial silence of administrative and constitutionalist doctrines on the category of user rights, the contribution analyzes the long evolutionary process through which these type of rights emerged in the legal landscape, highlighting the decisive role played by the process of European integration and the competitive principle. The study attempts, therefore, to provide a solution to the question concerning the exact nature, from the constitutional point of view, of the rights of users, especially with respect to services of economic importance (and therefore, today, provided within a specifically regulated market), as well as that concerning the relationship between these and the fundamental legal situations protected directly by the Constitution.

Parole chiave: servizio pubblico – diritti fondamentali – utenti – principio di eguaglianza – concorrenza.

Key words: public utilities – fundamental rights – users – principle of equality – competition