

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

*Edités par Peter Gauch*

285

---

FEDERICA DE ROSSA GISIMUNDO

Il servizio pubblico,  
strumento di effettività dei  
diritti fondamentali del  
cittadino

# Indice

Ringraziamenti.....	V
Sommario.....	VII
Indice.....	IX
Bibliografia.....	XVII
Indice delle abbreviazioni.....	XXXIX
Introduzione.....	1

## PARTE I

### I VALORI FONDAMENTALI CORRETTIVI DELL'ECONOMIA DI MERCATO

#### Capitolo 1

##### I valori fondamentali che assumono rilevanza nel contesto

<b>dell'economia di mercato</b> .....	9
1.1. La dignità umana, matrice dell'ordinamento giuridico.....	9
1.2. L'essenza dei diritti dell'uomo: limite invalicabile.....	11
1.3. Il principio di uguaglianza.....	13
1.4. La questione dell'effettività dei diritti fondamentali.....	17
1.4.1. La natura dei diritti sociali.....	17
1.4.2. Gli strumenti di tutela dei diritti sociali.....	18
1.4.2.1. Gli strumenti delle Nazioni Unite.....	18
1.4.2.2. Gli strumenti del Consiglio d'Europa.....	21
1.4.2.2.1. La CEDU e la Carta sociale europea.....	21
1.4.2.2.2. La giurisprudenza della CorteEDU in materia di obbligazioni positive: alcuni esempi.....	24
1.4.2.3. Gli strumenti dell'Unione europea.....	34
1.4.2.4. Gli strumenti contenuti nella Costituzione federale.....	39
1.4.2.4.1. Diritti e scopi sociali.....	39
1.4.2.4.2. In particolare: il diritto all'aiuto in situazioni di bisogno (art. 12 Cost. fed.).....	41
1.4.3. L'omogeneità dell'ordinamento giuridico e l'esigenza di garantire l'effettività dei diritti fondamentali.....	45
1.4.3.1. La necessità di superare la dicotomia tra libertà fondamentali e diritti sociali.....	46
1.4.3.2. La dimensione oggettiva e sociale dei diritti fondamentali.....	49

1.4.3.3. L'esigenza del riconoscimento di un diritto a prestazioni sociali minime indispensabili per assicurare il diritto alla vita e l'esercizio effettivo dei diritti fondamentali .....	53
1.4.3.3.1. Il diritto all'acqua e all'alimentazione.....	54
1.4.3.3.2. Il diritto all'elettricità .....	61
1.4.3.3.3. L'accesso all'informazione: in particolare, l'accesso universale ad internet.....	65

## Capitolo 2

### Il ruolo dello Stato nell'economia: il contemperamento

#### dell'economia di mercato con i valori fondamentali costituzionali..... 71

2.1. La costituzione economica .....	71
2.1.1. Introduzione.....	71
2.1.2. Evoluzione .....	72
2.1.3. Le funzioni della libertà economica.....	75
2.1.4. La portata della libertà economica: le restrizioni ammissibili.....	79
2.1.5. La costituzione economica "mista".....	86
2.1.6. In particolare, la politica di concorrenza (art. 96 Cost. fed.).....	97
2.1.6.1. La funzione specifica del diritto della concorrenza.....	98
2.1.6.2. La soglia di intervento costituita dagli effetti socialmente o economicamente nocivi delle limitazioni della concorrenza.....	102
2.2. La giustificazione e l'ammissibilità dell'attività economica dello Stato.....	104
2.2.1. L'attività economica statale: definizione e delimitazioni .....	104
2.2.2. Le condizioni di ammissibilità dell'attività economica dello Stato .....	106
2.2.3. Modalità di esercizio dell'attività economica statale .....	111
2.2.3.1. L'impresa pubblica (in senso lato).....	112
2.2.3.2. Il trasferimento di compiti statali ai privati.....	115
2.2.3.2.1. In generale.....	115
2.2.3.2.2. La questione dell'applicazione delle normative in materia di appalti pubblici.....	117
2.2.3.3. Regime di monopolio statale .....	121

**Capitolo 3****La realizzazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento**

<b>(ed in particolare sul mercato)</b> .....	127
3.1. L'esplicito riconoscimento dei diritti fondamentali come principio fondatore dell'ordinamento giuridico .....	127
3.1.1. L'art. 35 cpv. 1 Cost. fed. ....	127
3.1.2. L'art. 35 cpv. 3 Cost. fed. ....	128
3.2. L'obbligo delle entità che svolgono un compito statale di rispettare ed attuare i diritti fondamentali (art. 35 cpv. 2 Cost. fed.) .....	131
3.2.1. Il vincolo per le imprese pubbliche.....	132
3.2.2. Il vincolo per i privati incaricati dell'esecuzione di un compito pubblico .....	139
3.3. L'art. 35 Cost. fed.: un potenziale rimedio ai rischi delle deregolamentazioni e delle privatizzazioni delle imprese e dei compiti statali .....	144

**PARTE II****L'APPLICAZIONE AI SERVIZI PUBBLICI****Capitolo 4****L'origine del servizio pubblico e la sua evoluzione:**

<b>dal service public ai servizi universali</b> .....	151
4.1. Introduzione: il servizio pubblico come strumento della coesione sociale, territoriale ed economica .....	151
4.2. Il contesto socio-economico della nascita del <i>service public</i> .....	153
4.3. La crisi del <i>service public</i> .....	159
4.4. L'elaborazione di un <i>droit d'ensemble</i> del servizio pubblico: le <i>lois de service public</i> .....	160
4.5. L'introduzione delle regole del mercato nel settore dei servizi pubblici: liberalizzazioni, deregolamentazioni e privatizzazioni .....	163
4.6. I servizi pubblici comunitari e la nuova nozione di servizio universale .....	166
4.7. L'evoluzione in Svizzera .....	170

**Capitolo 5****Tendenza attuale: la definizione del servizio pubblico**

<b>attraverso l'applicazione del diritto della concorrenza</b> .....	177
5.1. Introduzione .....	177
5.2. Nel diritto primario europeo .....	179
5.2.1. La neutralità del diritto europeo riguardo ai regimi di proprietà degli Stati.....	179

5.2.2.	La facoltà degli Stati membri di definire i servizi di interesse economico generale .....	181
5.2.3.	L'applicazione delle norme europee in materia di concorrenza alle imprese pubbliche o private incaricate dell'assolvimento di una missione di servizio pubblico.....	183
5.2.3.1.	Introduzione.....	183
5.2.3.2.	L'applicazione delle regole di concorrenza all'attività economica statale .....	184
5.2.3.3.	Le norme materiali indirizzate agli Stati membri .....	189
5.2.3.4.	La deroga istituita dall'art. 86 §2 TCE per le imprese incaricate della gestione di servizi pubblici.....	193
5.2.3.5.	Le norme applicabili al finanziamento dei servizi pubblici da parte degli Stati membri.....	199
5.2.3.5.1.	Le norme sugli aiuti di Stato .....	199
5.2.3.5.2.	Le normative specifiche in materia di finanziamento dei servizi pubblici.....	201
5.3.	Nel diritto svizzero della concorrenza.....	206
5.3.1.	Introduzione.....	206
5.3.2.	Il campo di applicazione personale della LCart.....	207
5.3.2.1.	Nozione funzionale di impresa .....	207
5.3.2.2.	L'applicabilità della LCart alle forme di attività economica dello Stato.....	209
5.3.3.	La riserva in favore delle prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato (art. 3 cpv. 1 LCart).....	215
5.3.3.1.	Dall'art. 23 LCart62 all'art. 3 cpv. 1 LCart .....	216
5.3.3.2.	La natura della riserva.....	221
5.3.3.3.	Le prescrizioni riservate ai sensi dell'art. 3 cpv. 1 LCart.....	223
5.3.3.3.1.	Natura delle prescrizioni riservate.....	223
5.3.3.3.1.	La lett. a: i regimi statali di mercato o dei prezzi .....	228
5.3.3.3.2.	La lett. b: le prescrizioni che incaricano singole imprese dell'esecuzione di compiti pubblici e accordano loro speciali diritti .....	231
5.3.3.4.	Ruolo coordinatore contrapposto a funzione deregolatrice dell'art. 3 cpv. 1 LCart.....	240
5.3.4.	L'applicazione delle norme di diritto materiale all'attività economica statale soggetta alla legge sui cartelli .....	247
5.3.4.1.	L'applicazione degli art. 5 e 6 LCart all'attività economica statale.....	248

5.3.4.1.1.	Gli accordi in materia di concorrenza cui lo Stato è parte.....	248
5.3.4.1.2.	La giustificazione degli accordi cui lo Stato è parte per motivi di efficienza economica.....	250
5.3.4.2.	L'applicazione dell'art. 7 LCart all'attività economica dello Stato.....	254
5.3.4.2.1.	Il rifiuto di relazioni commerciali (art. 7 cpv. 2 lett. a) da parte degli ex monopoli .....	256
5.3.4.2.2.	La discriminazione di partner commerciali in materia di prezzo o di altre condizioni ai sensi dell'art. 7 cpv. 2 lett. b LCart .....	260
5.3.4.2.3.	La vendita sotto prezzo o ad altre condizioni commerciali diretta contro determinati concorrenti, ai sensi dell'art. 7 cpv. 2 lett. d LCart .....	261
5.3.4.3.	La giustificazione eccezionale di una distorsione della concorrenza per motivi di interesse pubblico preponderante ai sensi dell'art. 8 LCart .....	262
5.3.5.	La difficile distinzione tra criteri in realtà inscindibili attuata dalla LCart.....	264
5.4.	Conclusione.....	269

### PARTE III

#### IL RICONOSCIMENTO DI UN DIRITTO ALLE PRESTAZIONI DI SERVIZIO PUBBLICO

##### Capitolo 6

<b>L'attualità della nozione di servizio pubblico.....</b>	<b>275</b>
6.1. Il servizio pubblico, strumento di effettività dei diritti dell'uomo .....	275
6.2. La nozione moderna di servizio universale, i suoi limiti e le sue potenzialità.....	280
6.2.1. La nozione moderna (rinvio) .....	280
6.2.2. I suoi limiti.....	284
6.2.2.1. Una semplice attività economica "speciale".....	284
6.2.2.2. L'indebolimento del controllo democratico e del vincolo delle imprese ai diritti fondamentali .....	287
6.2.2.3. L'assenza di una effettiva maggiore concorrenza .....	291
6.2.3. Le sue potenzialità .....	293
6.2.3.1. Nuovi principi ed obblighi dei servizi universali verso gli utenti .....	293
6.2.3.2. Un'opportunità per la formalizzazione di diritti soggettivi alle prestazioni di servizio pubblico.....	297

**Capitolo 7****Prospettive: l'ancoramento costituzionale del**

<b>diritto alle prestazioni di servizio pubblico</b> .....	301
7.1. I prodromi di un riconoscimento dello statuto giuridico proprio del servizio pubblico europeo.....	301
7.1.1. Introduzione.....	301
7.1.2. Art. 16 TCE.....	303
7.1.3. Art. 36 Carta europea dei diritti fondamentali.....	306
7.1.4. Il progetto di Trattato che adotta una Costituzione europea ed il successivo progetto di Trattato di Lisbona.....	309
7.2. I prodromi di uno statuto costituzionale del servizio pubblico nel diritto svizzero.....	314
7.2.1. Introduzione.....	314
7.2.2. Segnali di un'evoluzione verso l'ancoramento di uno statuto di servizio pubblico nella Costituzione federale.....	315
7.2.3. Norme sui servizi pubblici nelle costituzioni cantonali.....	317

**Capitolo 8****Conclusioni: per una nuova disposizione costituzionale**..... 323

8.1. La necessità giuridica di una norma costituzionale sul servizio pubblico.....	323
8.1.1. La garanzia costituzionale dell'accesso ai servizi pubblici: strumento di effettività delle libertà fondamentali dell'uomo.....	323
8.1.2. L'insufficiente applicabilità del vigente ordinamento giuridico.....	328
8.1.2.1. I limiti della garanzia costituzionale della dignità umana e del diritto a prestazioni minime di esistenza.....	328
8.1.2.2. Il carattere non giustiziabile del principio della parità di trattamento.....	328
8.1.2.3. I limiti dei diritti sociali e degli scopi sociali.....	329
8.1.2.4. L'insufficiente riconoscimento della funzione positiva delle libertà fondamentali.....	330
8.1.2.5. I limiti della giurisprudenza della Corte EDU relativa alle obbligazioni positive.....	330
8.1.2.6. Il carattere non giustiziabile dell'art. 43a.....	331
8.1.3. La necessità di una norma costituzionale.....	332
8.2. Il nuovo art. 43b Cost. fed. ....	333
8.3. Commentario della norma.....	333
8.3.1. Collocazione.....	333
8.3.2. Elementi.....	334
8.3.2.1. "La Confederazione e i cantoni".....	334
8.3.2.2. ... "assicurano".....	335

---

8.3.2.3. ... “l’approvvigionamento di beni e servizi di prima necessità” .....	338
8.3.2.4. ... “e garantiscono” .....	342
8.3.2.5. ... “l’accessibilità, la migliore qualità e la fruizione a condizioni eque” .....	343
8.3.2.6. ... “ad ogni cittadino.” .....	346
8.3.3. Compatibilità con il diritto europeo .....	347
Indice analitico.....	349