



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

Dottorato di ricerca
in Diritto europeo dei contratti Civili, Commerciali e del Lavoro
Ciclo 26°
Anno di discussione 2013

**L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2006/123/CE:
ASPETTI PRIVATISTICI DELLA LIBERA
CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI**

Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/01

Tesi di Dottorato di Enrico SINIGAGLIA - Matricola 955810

Coordinatore del Dottorato
Prof. Luigi BENVENUTI

Tutore del Dottorando
Prof. Carmela CAMARDI

Ad Ester ed Edoardo

L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2006/123/CE: ASPETTI PRIVATISTICI DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI SERVIZI

INDICE

CAPITOLO I

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI IN MATERIA DI SERVIZI: IL QUADRO STORICO

1. L'iter legislativo della Direttiva 2006/123/CE.....	7
2. La relazione tra la direttiva 2006/123/CE ed il Trattato CE: il principio di complementarietà.....	15
3. La Direttiva Servizi ed il confronto con le specifiche aree del diritto.....	20
4. La legge di attuazione in Italia: il D. Lgs. 59/2010: il lungo iter italiano	23
5. L'incidenza in ambito regionale.....	27
6. La recente riforma operata dal D. Lgs. n. 147 del 2012.....	30

CAPITOLO II

IL CAMPO D'AZIONE DELLA DIRETTIVA E DEL D. Lgs. 59/2010

1. Le linee direttrici della Direttiva Servizi.....	34
2. La nozione di servizio in ambito comunitario ed il confronto con l'articolo 50 del TCE oggi art. 57 TUEF. Gli spunti delle sentenze "Walrave" e "Bosman".....	39
3. <i>Segue</i> : il rapporto con le libertà fondamentali e la questione dei servizi prestati senza alcuno spostamento fisico, anche alla luce della sentenza "Carpenter".....	46
4. La tassatività dei servizi espressamente esclusi nella Direttiva servizi.....	52
5. I servizi d'interesse economico generale: una nozione aperta	60
6. L'incidenza dei servizi d'interesse economico generale nella Direttiva Servizi.....	67
7. L'articolo 1 del D. Lgs. 59/2010; amplia la portata della Direttiva?	71
8. La nozione di servizio in Italia	75

CAPITOLO III

I SERVIZI PRESTATI NELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI STABILIMENTO

1. La libertà di stabilimento quale diritto per la prestazione di servizi.	81
2. Il confronto con la libertà di stabilimento riconosciuta nel Trattato	86
3. La semplificazione amministrativa nella Direttiva Servizi	90
4. <i>Segue</i> : I nuovi sportelli unici e le procedure elettroniche che sostituiscono e semplificano l'iter di accesso al mercato dei servizi	93

5. <i>Segue</i> : I regimi di autorizzazione: il limite del motivo imperativo d'interesse generale	97
6. <i>Segue</i> : la difficile lettura delle restrizioni vietate e da valutare nella Direttiva Servizi	103
7. La libertà di stabilimento, non espressamente affermata, nel D. Lgs. 59/2010.....	111
8. La semplificazione amministrativa in materia di stabilimento: i regimi autorizzatori nel D. Lgs. 59/2010	114

CAPITOLO IV

IL DIRITTO ALLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

1. La distinzione tra la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi	121
2. L'articolo 16 della Direttiva e l'ampliamento del principio della libera prestazione di servizi.....	126
3. <i>Segue</i> : l'assenza del limite dei motivi imperativi d'interesse generale e gli altri tre motivi che possono impedire l'accesso e l'esercizio del servizio	132
4. L'accesso e l'esercizio di attività di servizi: verso la nozione di (diritto) libertà d'impresa e l'incidenza nell'ordinamento italiano	138

CAPITOLO V

L'ABBANDONO DEL PRINCIPIO DELLO STATO D'ORIGINE: QUALE REGOLAMENTAZIONE AL RAPPORTO CONTRATTUALE?

1. L'abbandono del "Principio del paese d'origine" e la nuova costruzione liberale della Direttiva Servizi.....	145
2. La legge applicabile al contratto avente ad oggetto il servizio fornito dal professionista transfrontaliero. Questioni preliminari	151
3. <i>Segue</i> : la Direttiva Servizi ed il collegamento/contrasto con le altre direttive aventi ad oggetto i servizi	154
4. <i>Segue</i> : l'incidenza della Convenzione di Roma ed il nuovo regolamento 2009/593/CE.	161
5. Le garanzie per il destinatario del "servizio" imposte dalla Direttiva Servizi. .	168
6. Diritto all'informazione e possibile connessione con il Codice del Consumo..	173

CAPITOLO VI

UNO SGUARDO CONCRETO ALL'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA NEI VARI SETTORI COMMERCIALI

1. La nuova figura del mediatore e l'abolizione dell'albo mediatori a seguito dell'introduzione del D. Lgs 59/2010.....	180
---	-----

2. <i>Segue</i>: L'incidenza concreta della normativa di settore anche con riferimento alla recente sentenza della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2010, n. 16147.....	185
3. Lo svolgimento delle attività commerciali in Italia a seguito del D. Lgs. 59/2010: la somministrazione di alimenti e bevande, si può parlare di un vero e proprio servizio?	188
4. Considerazioni conclusive sull'attuazione in Italia della Direttiva Servizi.....	193
Bibliografia.....	197

CAPITOLO I

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI IN MATERIA DI SERVIZI: IL QUADRO STORICO

Sommario: 1. L'iter legislativo della Direttiva 2006/123/CE – 2. La relazione tra la Direttiva 2006/123/CE ed il Trattato CE: il principio di complementarietà – 3. La Direttiva Servizi ed il confronto con le altre aree del diritto – 4. La legge di attuazione in Italia: il D. Lgs. 59/2010, il lungo iter italiano – 5. L'incidenza in ambito regionale. – 6. La recente riforma operata dal D. Lgs. n. 147 del 2012

1. L'iter legislativo della Direttiva 2006/123/CE

Il raggiungimento del progetto, tanto sperato ed atteso, di un mercato unico dei servizi si è concretizzato, a livello comunitario, con l'adozione della Direttiva 2006/123/CE denominata appunto "Direttiva Servizi", la quale è stata adottata dal legislatore europeo dopo un lungo e serpeggiante percorso iniziato nei primi mesi dell'anno 2004 e terminato solamente nel dicembre del 2006.

La citata Direttiva costituisce e viene individuata come uno dei più ambiziosi strumenti orizzontali per il mercato interno, che ha cercato di riunire, in maniera sistematica e concreta, le regole fondamentali in materia di attività economiche di servizi, valorizzando quell'orientamento europeo emerso a partire dalla seconda del '900 che aveva riconosciuto nel mercato dei servizi il nuovo e reale punto di svolta per l'economia e lo sviluppo sociale¹. In questa prospettiva il primo evidente intervento è stato posto dal Consiglio Europeo che ha focalizzato, con la *strategia di Lisbona*, uno strumento finalizzato alla crescita, cercando nel contempo di realizzare la piena occupazione entro il 2010², per il raggiungimento di Europa maggiormente competitiva a livello mondiale.

Di certo, l'apertura nel mercato di nuove fonti economiche, capaci di estendere la concorrenza del mercato anche in quei settori che si presentano tendenzialmen-

¹ Nel precedente trattato CEE all'articolo 3 si poteva leggere: "L'abolizione negli Stati Membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle persone dei servizi e dei capitali". Sebbene l'articolo appena citato configurava un'apertura del mercato anche ai servizi genericamente intesi, diversamente l'obiettivo comune era quello di liberalizzare la circolazione e lo scambio delle merci. L'interpretazione comune del Trattato CEE, era infatti propensa nel ritenere che la libera prestazione dei servizi fosse sussidiaria alla libera circolazione delle merci, interessando quasi esclusivamente quei servizi prodromici alla produzione di beni materiali.

² Strategia di Lisbona prevede un programma di azione *ad hoc* (Lisbon Action Plan) fondato su tre priorità che a loro volta si concretizzano in dieci campi di azione: 1) Rendere l'Europa più capace di attrarre investimenti e lavoro; 2) Porre la conoscenza al servizio della crescita; 3) creare nuovi e migliori posti di lavoro.

te piuttosto chiusi, potrebbe determinare un maggiore dinamismo anche per gli scambi intra-comunitari, ad oggi, sicuramente in via sviluppo. Ebbene, il percorso che ha portato all'adozione della Direttiva Servizi ha permesso di incentivare l'Unione Europea verso questa direzione.

Il Consiglio Europeo, spinto dalla forza dirompente della strategia di Lisbona, ha presentato nel dicembre del 2000 una comunicazione che ha avviato un vero e proprio piano d'azione verso l'esaltazione dei servizi nel mercato comune³, realizzando una *strategia per il mercato unico dei servizi* che, nel bene e nel male, ha trovato il sostegno di tutte le forze istituzionali interpellate per l'occasione. In tale modo si è formalmente aperta la strada verso la Direttiva Servizi, la cui adozione ha seguito due differenti tappe.

La prima tappa si è concretizzata nella diffusione del pensiero “*Stato del Mercato interno dei servizi*” avente ad oggetto un inventario completo sulla valutazione delle frontiere esistenti nel mercato interno dei servizi, analizzando, contestualmente, le caratteristiche comuni di tali frontiere e tracciando una prima valutazione del loro impatto economico, sulla base di una consultazione concreta degli operatori del mercato⁴. I risultati di questo intervento, ad una prima analisi non del tutto positivi, hanno fatto emergere la necessità per gli Stati e le Istituzioni, di dover-
si premunire di strumenti che fosse diretti all'effettiva eliminazione di tutti quei “blocchi/barriere” che impedivano un'effettiva “distribuzione” dei servizi a livello

³ Nello specifico si può leggere COM(2002)888 def. Del 29/12/2000 ove l'obiettivo di fare dell'Unione Europea, entro il 2010, l'economia più competitiva del mondo. I punti fondamentali si concretizzavano in 6 fasi economiche: 1) stabilimento di un operatore, 2) uso di *inputs*, 3) promozione del servizio, 4) distribuzione del servizio, 5) vendita del servizio, 6) servizio post vendita.

⁴ Si v. COM(2002) 441 def. del 30/07/2002. Per un approfondimento relativo alla consultazione si può v. S. D'ACUNTO, *La proposition de directive su services dans les marché intérieur*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, 2 pagg. 201 e ss.

comunitario, limitando in questo modo la stessa competitività e la libertà di d'impresa⁵. Infatti, è questo il momento per concretizzare quel sentimento comune di cittadinanza europea che ha sempre aleggiato in una comunità come quella attuale⁶.

La seconda tappa, nasce e si sviluppa con la presentazione della proposta della Direttiva Servizi. Tale fattore ha portato molti studiosi⁷ a ritenere che la nuova Direttiva 123/2006/CE debba essere considerata come figlia della Strategia di Lisbona, stante il fortissimo impulso innovatore in esso rimarcato.

La proposta della Direttiva, arricchita da un documento della Commissione⁸ che analizza le conseguenze negative della frammentazione del mercato interno dei servizi (un po' sulla falsa riga del pensiero "*Stato del Mercato interno dei servizi*" sopra richiamato), si prefiggeva l'obiettivo di allargare concretamente il mercato europeo al settore dei servizi, motore centrale dell'economia attuale.

La proposta della direttiva era costruita attorno ad alcuni pilastri portanti che si individuavano nella libertà di prestazione e di stabilimento propria del Trattato, la semplificazione delle procedure amministrative, l'istituzione degli sportelli unici i quali consentono una riduzione dei regimi nazionali di autorizzazione per l'esercizio delle prestazioni, nonché l'imposizione ed il rispetto di criteri di decisione oggettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati nei confronti di quelle prestazioni che sono comunque soggette a regimi di autorizzazione. Si voleva in questo modo copri-

⁵ Sul punto della libertà d'impresa si rimanda a quanto verrà esposto nel Cap. IV par. 4.

⁶ A ragione di ciò, risulta in questo frangente di tempo, sempre più viva l'esigenza di uno strumento orizzontale che garantisca la libera circolazione dei servizi sotto forma di riconoscimento reciproco, promuovendo la cooperazione amministrativa e l'armonizzazione delle normative in materia.

⁷ Su tutti si v. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 5 ove l'Autore sostiene che "*di questa strategia, la proposta ha rappresentato lo strumento principale*".

⁸ Si v. SEC(2004)21 del 13/4/2004 *Extended Impact Assessment*

re pressoché tutte le tecniche di semplificazione conosciute nell'esperienza nazionale.

Se da un lato, la proposta della direttiva era figlia della strategia di Lisbona e dell'esaltazione di quelle libertà tanto acclamate ed enfatizzate negli articoli 47 e 55 del Trattato CE (oggi degli articoli trascritti nel TUEF), dall'altro, la proposta della Commissione costituiva un'applicazione concreta dei principi che la Corte di Giustizia aveva ricavato dall'interpretazione del Trattato⁹.

Non va dimenticato, che il quadro complessivo della Direttiva Servizi ha subito forti influenze, oltre che dalle istituzioni comunitarie, anche dal contesto storico nel quale si è inserita.

Infatti, il motore centrale della proposta della direttiva era quello di eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi e alla libera circolazione dei servizi, garantendo ai prestatori e ai destinatari la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali affermate nel Trattato. Tant'è che per cercare di raggiungere tali obiettivi la proposta della direttiva prevedeva alcune soluzioni che furono, in fase di approvazione finale del testo definitivo, quasi completamente stravolte¹⁰.

Dalla proposta si iniziava a delineare una netta frattura tra coloro che vedevano nella Direttiva Servizi un beneficio per l'intero mercato europeo, costituendo i

⁹ Si v. Corte di Giustizia CE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, in C-55/94, Corte di Giustizia CE, 20 febbraio 2001, *Analir*, in C-205/99 e Corte di Giustizia CE, 12 luglio 2001, *Smits y Peerbooms*, in C-157/99. Per un approfondimento in merito di questa giurisprudenza si può v. S. MORETTI, *La disciplina europea sulla discrezionalità amministrativa nel settore dei servizi*, in S. BATTINI, G. VESPERINI (a cura di), I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi, in *Riv. trim. dir. pubblico*, Quaderno n. 4, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

¹⁰ Mi riferisco al principio del Paese d'origine secondo il quale il prestatore dev'essere soggetto solamente alla legge dello Stato del proprio Paese, al diritto dei destinatari di poter utilizzare servizi di altri Paesi di Stati membri nonché all'esclusione dal campo di applicazione della direttiva servizi dei servizi di interesse generale.

servizi il 70% del PIL e degli impieghi dell'Unione e coloro che, diversamente, vedevano in questa liberalizzazione, a seguito anche dell'allargamento all'est Europa, una minaccia per l'ovest.

L'elemento di maggiore preoccupazione era costituito dal “*Principio del paese d'origine*” che avrebbe comportato un rischio di dumping sociale¹¹, determinando in questo modo un effetto dirompente di destabilizzazione nei singoli mercati nazionali. Il timore era legato all'eventualità che, attraverso l'applicazione del principio del Paese d'origine, si consentisse ai prestatori di servizi di operare in altri Stati Membri applicando regole più flessibili (*ivi* comprese quelle in materia di lavoro¹²) del Paese di provenienza.

Nonostante tutti questi timori e preoccupazioni, il voto in prima lettura del Parlamento Europeo del 14 febbraio 2006¹³ ha sbloccato la situazione introducendo il maggior numero di cambiamenti nel testo, destinati a definire i contorni ed il contenuto finale della direttiva. Infatti, sono stati esclusi dal campo di applicazione una lunga serie di servizi, è stata eliminata ogni disposizione relativa al distacco dei lavoratori nel quadro di una prestazione di servizi e, infine, è stato soppresso il principio del Paese d'origine¹⁴, sostituito con la clausola di libera prestazione dei servizi,

¹¹ Sulle posizioni dei vari stati membri si può leggere: O. DERRUINE, *De la proposition Bolkestein à la directive services*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2007, n. 1962-1963, pagg. 28 e 29.

¹² Sul punto si può v. M. COLUCCI, *L'Unione Europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *DRI*, 2008, pag.1.

¹³ Tale voto è stato preceduto dal parere (positivo) del Comitato delle regioni del 29/9/2004 che era favorevole all'esclusione dei servizi di interesse economico generale ma aveva sostenuto il principio del Paese d'origine, mentre il Comitato Economico e Sociale (in data 9/2/2005) aveva espresso l'opinione contraria al principio del Paese d'origine chiedendo un periodo “transitorio” di armonizzazione delle regole nazionali.

¹⁴ Per un approfondimento sul punto si quanto verrà trattato nel Capitolo V.

concetto direttamente ispirato dal Trattato di Roma e quindi meno controverso e più facilmente accettabile¹⁵.

A fronte di tale cospicua modifica, la Commissione in data 24 aprile 2006 riprende la proposta modificata e si limita ad apportare solamente alcune mere precisazioni linguistiche nonché alcuni aggiustamenti relativi all'ambito di applicazione della Direttiva Servizi.

Il successivo intervento del Consiglio introduce una variante fino a quel momento mai introdotta. Si tratta di un meccanismo di valutazione reciproca (art. 39 della Direttiva Servizi) che ha permesso di trovare un compromesso globale sulla direttiva¹⁶. Mediante tale strumento, infatti, si prevede che ogni Paese dovrà presentare, prima della data di recepimento, una relazione che verrà commentata dagli altri Stati membri e da tutte le parti interessate e che successivamente sarà trasmessa al Comitato della Direttiva ed infine alla Commissione che ne redigerà una relazione di sintesi accompagnata da eventuali proposte complementari di modifica integrativa della direttiva.

Si tratta, insomma, di una procedura importante, ma al tempo stesso complessa, che permetterà di individuare se i regimi nazionali di autorizzazione all'accesso al mercato, benché giustificati internamente, siano suscettibili di essere confermati ovvero alleggeriti.

Questo esercizio ha permesso, insomma, di fare il punto su una serie di questioni lungamente dibattute e spesso contestate tanto sul piano tanto nazionale quan-

¹⁵ Cfr. T. UYEN DO, *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors services*, in *Revue de Marché unique Européenne*, 2006, pagg. 111 e ss.

¹⁶ Si v. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 14.

to comunitario (basta pensare ad argomenti quali i limiti territoriali o le tariffe obbligatorie), secondo un metodo trasparente e aperto a tutte le parti interessate sulla base di modalità chiare e secondo una tempistica comune.

Il corposo *iter* appena esposto, si conclude in data 12 dicembre 2006, quando il Parlamento Europeo ed il Consiglio, approvano definitivamente la direttiva 2006/123/CE, pubblicata successivamente in nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (L 376) il 27 dicembre 2006.

Per concludere si può affermare che la direttiva oggetto di questo scritto costituisce un testo normativo tra i più essenziali da un lato e controversi dall'altro. Infatti, la Direttiva Servizi può considerarsi essenziale perché regola e tutela la prestazione di servizi intra-comunitari, assumendo regole di armonizzazione, cooperazione amministrativa e semplificazione tali da rendere la prestazione di servizi tra i Paesi membri sempre più agevole. In questo modo l'obiettivo di favorire la crescita economica del mercato, nonché la nascita di un mercato unico dei servizi, trova nella Direttiva 2006/123/CE, il punto di partenza che gli Stati membri, ma soprattutto gli operatori del mercato, devono consapevolmente sfruttare ed applicare.

A tal proposito ci si deve chiedere perché il legislatore comunitario ha sentito il dovere di emanare una disciplina di settore in tema di servizi sebbene gli interventi della Corte di Giustizia, in tale campo, hanno da più di un trentennio condotto all'affermazione di principi cardine cui i giudici nazionali sono tenuti a far rispettare ed applicare. La risposta a questo quesito è insita nella stessa Direttiva Servizi. Infatti il considerando n. 6 stabilisce che *“gli ostacoli alla libertà di prestazione dei servizi non possono essere eliminati soltanto grazie all'applicazione diretta degli arti-*

coli 43 e 49 del Trattato, in quanto da un lato il trattamento caso per caso mediante l'avvio di procedimenti di infrazione nei confronti degli Stati membri risulterebbe estremamente complesso da gestire, in particolare dopo l'allargamento della Comunità, e dall'altro, l'eliminazione di numerosi ostacoli richiede un coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali, anche al fine di istituire una cooperazione amministrativa¹⁷". Si può infine affermare che, come verrà analizzato in più occasioni nel prosieguo, la Direttiva Servizi ha cercato di consolidare gli orientamenti comunitari in materia di libera prestazione di servizi, divenendo, nel contempo, uno strumento per agevolare e facilitare una libertà già garantita ma "praticata" con difficoltà.

¹⁷ Sul punto si tenga a mente quanto ha scritto R. LUZZATO nella *nota introduttiva* in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pag. XVII ove secondo l'Autore rimane il dubbio che in questo modo il problema risulti soltanto spostato: l'attuazione della Direttiva richiede pur sempre l'intervento degli Stati membri, e non è detto che questi siano sempre disposti ad adeguarsi alle esigenze del diritto comunitario.

Di certo l'osservazione appena esposta è condivisibile. Si tenga a mente, per quanto riguarda l'Italia, le modifiche normative che sono state apportate con l'introduzione del D. Lgs. 59/2010 e del recente D. lgs. 147/2012, sia in ambito amministrativo che in ambito privatistico.

2. La relazione tra la Direttiva 2006/123/CE ed il Trattato CE: il principio di complementarità

In chiusura del paragrafo precedente si è accennato al fatto che la Direttiva Servizi cerca di completare quanto è disciplinato, in via generale, dal Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

Infatti, la Direttiva Servizi è un elemento del diritto derivato che deve essere considerata nelle more del diritto primario e pertanto dev'essere interpretata ed attuata nel contesto del Trattato che istituisce la Comunità Europea oggi modificato dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TUEF).

Tale contesto di complementarità tra Direttiva e Trattato, viene meno nei confronti di quei servizi che sono esclusi dal campo di applicazione della Direttiva Servizi i quali, nonostante tutto, restano naturalmente compresi solamente nel campo di applicazione della libertà di stabilimento e/o della libera prestazione di servizi propria del Trattato.

Sul punto si deve evidenziare come la Corte di Giustizia abbia riconosciuto efficacia diretta alle disposizioni sulla libera circolazione dei servizi originariamente contenute negli articoli 49 e seguenti del Trattato, almeno per quanto concerne l'obbligo di sopprimere tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore di servizio a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato diverso da quello in cui il servizio viene fornito¹⁸.

¹⁸ Si v. Corte di Giustizia CE, 3 dicembre 1974, *Van Binsbergen*, C-33/74 in Racc. 1299 e Corte di Giustizia CE, 4 dicembre 1986, *Commissione/Germania*, C- 205/84 in Racc. 3677.

La Direttiva Servizi¹⁹, diversamente, ha obbligato gli Stati membri ad adottare un insieme di misure legislative e non, che hanno permesso l'attuazione di uno strumento orizzontale – qual è la Direttiva Servizi – il quale regola e disciplina la prestazione di una vasta gamma di servizi tra loro diversi, incidendo in maniera più o meno decisiva nelle legislazioni di settore dei vari Stati membri²⁰, sebbene gli questi ultimi siano comunque soggetti alle disposizioni contenute nel Trattato in tema di libera prestazione di servizi e stabilimento.

Infatti, come ampiamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea, gli Stati membri devono adottare le disposizioni vincolanti di modo che i prestatori ed i destinatari dei servizi possano avvalersi dei diritti loro riconosciuti dalla Direttiva Servizi²¹. In questo modo l'obiettivo che il legislatore comunitario ha cercato di perseguire è quello di uniformare il diritto positivo in ambito di libera prestazione di servizi nei vari stati membri.

Si deve tenere a mente che la Direttiva Servizi, così come formulata, impone agli Stati membri di adottare specifiche disposizioni al fine di adeguare le disposizioni nazionali con quanto stabilito nel testo della Direttiva. Si pensi, infatti, al Capo II della Direttiva relativo alla semplificazione amministrativa. In questo contesto si richiede agli Stati membri la creazione di appositi sportelli unici i quali sono il veicolo per la prestazione del servizio transfrontaliero.

¹⁹ L'Italia ha dato attuazione alla Direttiva 2006/123/CE per mezzo del Decreto Legislativo del 26 marzo 2010 n. 59 e successive modifiche.

²⁰ Si v. Cap. VI di questo elaborato.

²¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, 18 febbraio 2001, *Commissione/Italia* C-162/99; Corte di Giustizia CE, 15 giugno 1995, *Commissione/Lussemburgo*, C-220/94; Corte di Giustizia CE, 30 maggio 1991, *Commissione/Germania*, C-361/88 ove in tutte queste decisioni viene espresso il principio secondo cui "gli Stati membri, al fine di garantire la piena applicazione delle direttive non solo in diritto ma anche in fatto, devono stabilire un preciso ambito normativo nel settore di cui trattasi che consenta ai singoli di conoscere i loro diritti e di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali".

Stante questa breve premessa i cui punti verranno sviluppati nel corso del presente elaborato, si può affermare che la Direttiva Servizi è stata concepita come complementare ed aggiuntiva rispetto al diritto comunitario ad oggi vigente. L'articolo 3²² è stato infatti concepito come una clausola avente carattere generale ed aperto.

L'articolo appena citato stabilisce che nell'ipotesi in cui sorgano conflitti tra le disposizioni della Direttiva e le altre disposizioni di diritto secondario, queste ultime saranno preferite.

Risulta pacifico che deve non trattarsi di un conflitto meramente astratto o generico, ma è necessario che il conflitto e l'incompatibilità sia effettiva e soprattutto specifica, dovendo il conflitto riferirsi a disposizioni che disciplinano in modo chiaro e preciso la stessa fattispecie avente ad oggetto i servizi²³.

In questo modo si può osservare che la Direttiva Servizi da un lato svolge una funzione di completamento delle generiche disposizioni del TCE, oggi TFUE, e dall'altro svolge una funzione reciproca nei confronti di quelle disposizioni comunitarie che sono fonte secondaria.

²² Il testo di questo articolo così dispone: "1. *Se disposizioni della presente direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche. Tra tali atti comunitari rientrano: a) la direttiva 96/71/CE; b) il regolamento (CEE) n. 1408/71; c) la direttiva 89/552/CEE del Consiglio del 3 ottobre 1989 relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive; d) la direttiva 2005/36/CE.*

2. *La presente direttiva non riguarda le norme di diritto internazionale privato, in particolare quelle che disciplinano la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, ivi comprese quelle che garantiscono che i consumatori beneficino della tutela riconosciuta loro dalla normativa sulla protezione dei consumatori vigente nel loro Stato membro.*

3. *Gli Stati membri applicano le disposizioni della presente direttiva nel rispetto delle norme del trattato che disciplinano il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi."*

²³ Sul punto si v. S. D'ACUNTO, *La proposition de directive su services dans les marchés intérieurs*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, 2 pagg. 201 e ss.

Tutto ciò viene esplicitamente confermato nella seconda parte del 1° comma dell'articolo 3, in relazione alla specifica lista degli atti comunitari che possono confliggere con la Direttiva Servizi. Tale lista, in certi casi, copre *ad abundantiam* perfino delle questioni e degli ambiti che sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva stessa e per i quali una simile esigenza di chiarimento non dovrebbe nemmeno sussistere. Si pensi al caso delle direttive 96/71 (sul distacco dei lavoratori nel quadro di una prestazione di servizi)²⁴, n. 89/552 (sulla TV senza frontiere), n. 2005/36 (sul riconoscimento delle qualifiche professionali), nonché del regolamento n. 1408/71 sul coordinamento dei regimi di sicurezza sociale.

Quanto sin'ora esposto vale anche nel caso in cui si verifichi un'incompatibilità tra la Direttiva Servizi e il diritto privato internazionale in materia di regole applicabili ai rapporti contrattuali²⁵ ed extracontrattuali²⁶, le quali troveranno specifica applicazione stante l'assenza del principio del paese d'origine precedentemente contenuto nella proposta della Direttiva Servizi²⁷.

Per concludere, si può affermare che il conflitto intercorrente tra la Direttiva Servizi e le altre disposizioni comunitarie può comportare la disapplicazione della Direttiva 2006/123/CE, nel caso in cui quest'ultima preveda deroghe specifiche e/o

²⁴ La Corte di Giustizia CE ha confermato la totale separazione tra le direttive n. 2006/123/CE e la n. 96/71 nella sentenza del 19 giugno 2008, *Commissione/Lussemburgo*, C-319/06.

²⁵ Si v. il regolamento del 17/6/2008 n. 593 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali – regolamento Roma I in GUCE 4, luglio 2008, L 177, 6, il quale comunitarizza la Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

²⁶ Si v. il regolamento dell'11/7/2007 n. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali – regolamento Roma II in GUCE, 31 luglio 2007, L 199, 40.

²⁷ Tale questione verrà ampiamente tratta nel Cap. V a cui si rimanda.

individuali ad altre disposizioni legislative²⁸, oppure ipotesi di applicazione cumulativa, laddove non sussista un vero e proprio conflitto normativo²⁹.

Sulla base di quanto appena esposto, si può pertanto affermare che la Direttiva Servizi svolge una duplice ruolo: essa, infatti, può essere intesa come strumento complementare del diritto secondario comunitario per le ragioni che sono appena state esposte e, conseguentemente, assume la veste di strumento che completa il diritto primario.

²⁸ La direttiva si riferisce, oltre che all'articolo 3, ai seguenti articoli: 2, 5 comma 4, 14 comma 4, 17 e 18.

²⁹ La complementarietà tra e varie disposizioni è precisata dai seguenti articoli: 15 comma 7, 22 comma 1, 22 comma 5 e 23 comma 3.

3. La Direttiva Servizi in rapporto con le altre aree del diritto.

Se la complementarità deve essere vista in relazione ai vari atti comunitari di rango secondario, relazione diversa si realizza nel confronto tra la Direttiva Servizi e le altre aree del diritto.

Innanzitutto si deve precisare che la Direttiva 2006/123/CE disciplina la libera prestazione di servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro, avendo dunque importanti riflessi anche nel campo del diritto civile. Questa precisazione è d'obbligo in quanto in più rispose³⁰ il legislatore comunitario ha voluto specificare che la presente Direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di diritto penale, in materia di diritto del lavoro e nel settore fiscale. Alcune precisazioni sono dovute.

Come espressamente riconosciuto nel considerando n. 12 la Direttiva Servizi mira a creare un *“quadro giuridico per assicurare la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi tra gli Stati membri. Essa non armonizza né incide sulla normativa degli Stati membri in materia di diritto penale”*, se non altro perché la disciplina penale è estranea al Trattato. Tale timore era emerso nel dibattito del Parlamento e del Consiglio nel corso del lungo *iter* legislativo di formazione della Direttiva.

Pertanto, stante al principio esposto dal considerando sopra menzionato, nell'ipotesi non esclusa in cui un prestatore commettesse un qualsiasi illecito penale,

³⁰ Mi riferisco a quanto disciplinato nell'articolo 1 paragrafo 5 e 6 e nell'articolo 2 paragrafo 3.

tale situazione, essendo del tutto estranea dal campo di applicazione della Direttiva Servizi, sarà disciplinata dalle disposizioni penali nazionali di riferimento.

Sul punto ha avuto modo di intervenire anche la Corte di Giustizia affermando che il “*le norme di diritto penale nazionale non possono essere utilizzate per limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario*³¹” e, per ovvia conseguenza, gli Stati membri non sono legittimati ad impedire l’applicazione delle disposizioni della Direttiva Servizi ricorrendo al diritto penale.

Le medesime precisazioni possono essere mosse nei confronti della normativa fiscale nazionale degli Stati membri. Ci si riferisce nello specifico al diritto tributario sostanziale nonché ai requisiti amministrativi per l’applicazione delle leggi tributarie. Tuttavia, una precisazione è d’obbligo. La Direttiva Servizi, in alcune sue parti, permette “l’intrusione” della normativa tributaria. Grazie alla semplificazione amministrativa, gli Stati membri hanno dovuto prevedere l’adozione di “sportelli unici”³², per semplificare l’accesso al mercato dei servizi. Ecco che solamente in questo contesto, sarà possibile prevedere l’applicazione della normativa tributaria su un campo che apparentemente lo esclude.

Per quanto concerne la normativa in materia di diritto del lavoro e la normativa in materia di sicurezza sociale, l’articolo 1 paragrafo 6 sancisce che la Direttiva Servizi non pregiudica la legislazione del lavoro o la normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale. Durante la fase elaborativa della normativa sui servizi si temeva che la Direttiva potesse imporre a certi Stati membri di rinunciare alle

³¹ Si v. Corte di Giustizia CE, 19 gennaio 1999, *Calfa*, C-348/96 e Corte di Giustizia CE, 6 marzo 2007, *Placanica*, cause riunite C-338/04, C- 359/04 e 360/04.

³² Si v. Commissione Europea, Manuale per gli utenti. Il sistema d’informazione del mercato (IMI) e la direttiva sui servizi, in http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/IMI_SD_handbook_it.pdf - Lussemburgo, 2009.

proprie norme sul diritto del lavoro. Si è parlato di *dumping sociale* specialmente nell'ambito del distacco dei lavoratori, applicando in maniera non corretta e semplicistica il principio del paese d'origine. Infatti, sorgeva il dubbio che nel caso in cui un'impresa distaccasse i propri lavoratori in un altro Stato membro per prestare un servizio, essa, in base al principio del paese d'origine, avrebbe potuto applicare le proprie leggi e norme ed avrebbe potuto pagare i propri lavoratori di meno, senza incorrere in situazioni di concorrenza sleale.

Tutto ciò non fu reso possibile, prima di tutto perché dalla Direttiva Servizi fu espunto il principio del paese d'origine, ed in secondo luogo perché era già presente nel quadro normativo comunitario la Direttiva sul distacco dei lavoratori³³ la quale fu inserita nel novero di quegli atti comunitari che trovano applicazione anche nel caso di conflitto con la disciplina contenuta nella Direttiva Servizi³⁴.

³³ La direttiva 96/71/CEE (detta anche Direttiva Distacco), relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi è diretta a disciplinare le problematiche inerenti alla disciplina della mobilità dei lavoratori in ambito comunitario: infatti si applica "alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori nel territorio di uno Stato membro". Tale Direttiva è stata emessa dal Parlamento Europeo e dal Consiglio del 16 dicembre 1996, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. L 018 del 21/01/1997 pag . 0001 – 0006.

³⁴ Nello specifico si v. quanto trattato nel paragrafo precedente in ambito di complementarietà tra le disposizioni della Direttiva Servizi e gli altri atti comunitari.

4. La legge di attuazione in Italia: il D. Lgs. 59/2010, il lungo iter italiano

Il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 recepisce la Direttiva 123/2006/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, con la quale si è inteso fornire un contributo decisivo al processo di liberalizzazione e semplificazione del mercato dei servizi.

La Direttiva ha indicato quale obiettivo primario l'eliminazione delle barriere allo sviluppo del settore dei servizi tra Stati membri, per il cui raggiungimento si prevede la semplificazione normativa e amministrativa della regolamentazione e, in particolare, delle procedure e delle formalità relative all'accesso e allo svolgimento delle attività di servizio. Inoltre la Direttiva ha indicato quale principale strumento per perseguire tale obiettivo, la necessità di limitare l'obbligo di autorizzazione preliminare alle attività di servizio - sostituendolo, tutte le volte che sia possibile, con istituti semplificati - e di prevedere requisiti per l'accesso all'attività solo nei casi in cui tale autorizzazione e tali requisiti siano giustificati da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica o tutela dell'ambiente, in conformità e nel rispetto dei principi di non discriminazione, necessità, proporzionalità.

L'obiettivo del decreto legislativo è quello di assicurare la massima libertà nell'accesso e nell'esercizio all'attività di servizi sul presupposto che l'accesso all'esercizio dell'attività di servizi costituisce espressione dell'iniziativa economica ai sensi dell'art. 41 della Costituzione Italiana, principio richiamato nell'art. 10 del decreto di recepimento.

L'iter di formazione della normativa di recepimento italiano ha seguito un lungo percorso, iniziato con la presentazione dello schema di decreto legislativo re-

cante "l'Attuazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno"³⁵ n. 171 legge di delega del 7 luglio 2009, n. 88³⁶, articoli 1, commi 1, testo successivamente approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri il 17 dicembre 2009, e trasmesso alle Camere il 21 dicembre 2009 ai fini dell'espressione del parere previsto dalla legge delega³⁷. Il testo definitivo è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 19 Marzo 2010 e pubblicato il 23 aprile 2010 ed entrato a tutti gli effetti in vigore l'8 maggio 2010.

Mediante il D. Lgs 59/2010 l'Italia ha voluto dare attuazione agli obiettivi prefissati dal legislatore comunitario. Nello specifico, attraverso tale decreto legislativo, l'Italia fa un passo in avanti verso l'eliminazione delle barriere che impedivano un effettivo sviluppo del settore dei servizi mediante l'ausilio della semplificazione normativa ed amministrativa delle procedure per l'accesso e l'esercizio delle attività aventi ad oggetto i servizi. Attraverso il D. Lgs. 59/2010, infatti, lo Stato italiano,

³⁵ Lo schema di decreto è pervenuto corredato dalla relazione illustrativa, dalla relazione tecnica sugli oneri finanziari, dalla relazione tecnico-normativa e privo della relazione AIR, essendo stata avanzata la richiesta di esenzione ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 settembre 2008, n. 170. Non è pervenuto il parere della Conferenza Stato-regioni, anche se la Conferenza delle regioni e delle province autonome ha approvato un parere entro il 27 gennaio 2010 ai sensi dell'articolo 41, comma 1, della legge 7 luglio 2009, n. 88 (legge comunitaria 2008).

³⁶ La legge contiene norme volte ad assicurare l'osservanza degli obblighi derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea ed a recepire nell'ordinamento nazionale la normativa adottata a livello comunitario e specificamente il comma *supra* richiamato prescrive: 1. "Il Governo è delegato ad adottare, entro la scadenza del termine di recepimento fissato dalle singole direttive, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B. Per le direttive elencate negli allegati A e B il cui termine di recepimento sia già scaduto ovvero scada nei tre mesi successivi alla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo è delegato ad adottare i decreti legislativi di attuazione entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Per le direttive elencate negli allegati A e B che non prevedono un termine di recepimento, il Governo è delegato ad adottare i decreti legislativi entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge.

³⁷ Le Commissioni competenti a valutare il testo sono state la II^o (Commissione Giustizia), X (Commissioni Attività produttive) e la XIV (Commissione Politiche dell'UE). Per quanto concerne i pareri espressi si può leggere la relazione espressa dalle Commissioni Riunite II e X dell'11 marzo 2010, nonché Testo a fronte tra l'A.G. n. 171 e il decreto legislativo n. 59 del 2010 "Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno" in http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2010/Dossier_218.pdf ove sono puntualmente indicate le modifiche articolo per articolo apportate allo Schema di decreto.

nonché le singole Regioni³⁸, hanno svolto un accurato lavoro di recepimento, garantendo il rispetto dei principi generali statuiti nella Direttiva di settore. Si è cercato di creare un contesto normativo finalizzato alla crescita economica ed occupazionale e per lo sviluppo della competitività dell'Unione europea, consentendo, in questo modo, di superare gli ostacoli di natura giuridica che si frappongono in concreto alla libertà di stabilimento dei prestatori e alla libera circolazione dei servizi negli Stati membri. Poiché i servizi rappresentano un settore chiave per la competitività a livello mondiale e la crescita occupazionale dell'UE, la direttiva contribuisce in maniera determinante al processo di liberalizzazione e semplificazione del mercato dei servizi, in linea con le previsioni della Strategia di Lisbona.

Obiettivo dell'intervento normativo in commento³⁹ – come si legge nella relazione illustrativa – è quello di cercare l'omogeneità nella legislazione italiana che disciplina i requisiti di accesso al mercato e di attività dei servizi, sulla spinta dell'influenza della giurisprudenza comunitaria ed italiana.

Va anche considerato che il testo normativo del D. Lgs. 59/2010 in alcune parti si differenzia rispetto a quanto contenuto nel testo della Direttiva di riferimento. La differenza di maggior interesse riguarda l'articolo 1 del D. Lgs. 59/2010 che prescrive che *“Le disposizioni del presente decreto si applicano a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di su-*

³⁸ Si v. quanto esposto nel prossimo paragrafo.

³⁹ Per un'analisi completa sulla costruzione del testo normativo del D. Lgs. 59/2010 si v. *“Servizi nel mercato interno - Direttiva 2006/123/CE - Schema di D.Lgs. n. 171 - (art. 1, co. 3, e art. 41, L. 88/2009) - Elementi per l'istruttoria normativa”* in http://documenti.camera.it/leg16/dossier/Testi/ap0100_0.htm.

bordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale⁴⁰”.

Diversamente l'oggetto e le finalità della Direttiva, vengono individuate all'articolo 1, par. 1 *“La presente direttiva stabilisce le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi.”*

Da un semplice confronto letterale emerge chiaramente che il legislatore comunitario non abbia in nessun modo fatto esplicito richiamo al concetto di bene locuzione che, diversamente, viene ricompresa a chiare lettere nell'articolo 1 del D. Lgs. 59/2010. Tale riferimento, oltre a generare non pochi problemi interpretativi, sui quali si rimanda, genera il maggior interrogativo: quale sarà l'effettivo campo d'azione della normativa italiana?

Sarà dunque l'effettiva e concreta attuazione della normativa italiana che permetterà di capire se concretamente il legislatore italiano ha correttamente recepito quanto imposto a livello comunitario e se ha fatto propri gli orientamenti giurisprudenziali comunitari, stante anche il fatto che si sono già apportate importanti modifiche al D. Lgs. 59/2010 per mezzo del recente D. Lgs. 147/2012 di cui si dirà *infra*.

⁴⁰ Per la confusione generata da tale articolo si v. il Cap. VI par. 3.

5. L'incidenza in ambito regionale

Nel paragrafo precedente si è fatto cenno al fatto che la Direttiva Servizi interessa un ampio numero di settori, molti dei quali, a livello italiano, sono regolati da leggi o regolamenti regionali.

Il D. Lgs. 59/2010, per tale ragione, contiene una disposizione emblematica che ha costituito una “clausola di salvaguardia” per le singole Regioni.

Mi riferisco all'articolo 84 comma 1, il quale così dispone: *“In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione e fatto salvo quanto previsto dagli articoli 16, comma 3, e 10, comma 3, della legge 4 febbraio 2005, n. 11, nella misura in cui incidono su materie di competenza esclusiva regionale e su materie di competenza concorrente, le disposizioni del presente decreto si applicano fino alla data di entrata in vigore della normativa di attuazione della direttiva 2006/123/CE, adottata da ciascuna regione e provincia autonoma nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dei principi fondamentali desumibili dal presente decreto.”*

Il legislatore italiano ha voluto in questo modo dare specifica attuazione alla clausola di cedevolezza, attraverso la quale è stato possibile prevedere che le disposizioni contenute nella normativa italiana di recepimento della Direttiva Servizi, nelle materie ovviamente riservate alla potestà legislativa regionale, prevalgono su eventuali disposizioni regionali in contrasto. Tale situazione doveva considerarsi transitoria, valida cioè fino al momento in cui le singole Regioni non avessero adottato specifici strumenti legislativi che consentissero il completo e specifico adeguamento e recepimento comunitario.

Col tempo sarà poi necessario valutare se le soluzioni adottate dalle varie Regioni saranno uniformi tra loro, al fine di evitare situazioni discriminatorie interne. Basta sin d'ora ricordare l'art. 16 della Legge n. 11 del 4 febbraio 2005 nonché una datata sentenza della Corte Costituzionale⁴¹, nella quale si afferma che *“la legittimità dell'intervento legislativo di una Regione in funzione attuativa di una direttiva comunitaria dipende dalla sua inerenza ad una materia a cui è attribuita la potestà legislativa regionale”*.

Pertanto, in virtù anche dell'art. 117 comma 5 della Costituzione, ne discende un diritto/dovere di ciascuna Regione a dare concreta attuazione alle normative comunitarie, anche nell'ipotesi in cui non sussista un previo intervento statale⁴².

Così facendo l'ordinamento italiano ha cercato, in qualche misura, di ridurre le discrepanze normative che costellavano la materia del commercio regolato secondo disposizioni regionali, anche se poi l'esperienza nel concreto ha dato esiti diversi.

Infatti, tutte le Regioni si sono mosse per intervenire prontamente nel recepimento della normativa promanata con la Direttiva 2006/123/CE, anche se le modalità prescelte differiscono notevolmente.

Alcune Regioni, infatti, hanno preferito un intervento normativo di carattere generale ed in un'unica soluzione riferibile a tutte le diverse materie. Si veda il caso del Piemonte (L.R. 38/2009), del Friuli Venezia Giulia (L.R. 13/2009), dell'Umbria (L.R. 15/2010), dell'Emilia Romagna (L.R. 20/2010), e dell'Abruzzo (L.R. 5/2010).

⁴¹ Si v. Corte Costituzionale, 1 dicembre 1996, n. 398.

⁴² Si tenga a mente anche l'art. 10, della L. n. 62/1953 (c.d. “Legge Scelba”), che così recita: *“le leggi della Repubblica che modificano i principi fondamentali ... abrogano le norme regionali che siano in contrasto con esse. I consigli regionali dovranno portare alle leggi regionali le conseguenti necessarie modificazioni entro novanta giorni.*

Diversamente, altre Regioni hanno preferito intervenire settorialmente, modificando gradualmente l'apparato legislativo regionale. Tra queste, si evidenziano la Regione Marche e Lombardia che hanno riformulato completamente la materia del commercio e delle fiere, nonché la regione Veneto, la quale ha preferito intervenire settorialmente anziché prevedere l'adozione di una legge regionale *ad hoc*⁴³, modificando, pertanto, quanto stabilito dalla L.R. 27/2009.

Altre Regioni, invece, come la Campania e la Puglia hanno attuato la direttiva mediante regolamenti.

Per concludere, la Direttiva Servizi apre una nuova stagione di semplificazione anche per gli enti locali, i quali sono i diretti interessati degli interventi normativi in materia di servizi, visto che le autorizzazioni, ove richieste, dovranno provenire direttamente da loro.

Così facendo, gli enti locali divengono i depositari di tutti quelle procedure amministrative che consentono la prestazione del servizio a livello locale, con la conseguenza che non dovranno solamente conoscere quanto contenuto nella Direttiva Servizi, ma ancor più dovranno rivedere i propri regolamenti al fine di poter adeguare la normativa locale con la più permissiva disciplina comunitaria.

⁴³ Si v. il provvedimento n. 2029 del 3/08/2010 recante "*Requisiti professionali per la vendita e la somministrazione di alimenti e bevande. Adeguamento al Decreto Legislativo 26 marzo 2010 n. 59 in tema di "Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno". Criteri di indirizzo e coordinamento normativo. Nuova disciplina dei corsi di formazione professionale abilitanti all'esercizio dell'attività di vendita e somministrazione di alimenti e bevande* in http://www.regione.veneto.it/NR/rdonlyres/A238E2FD-A019-4A8B-B6E4-065539E7CABA/0/COMMERCIO_Requisiti_Professionali_Attuazione_Direttiva_2006_123_CE_DGR.pdf; nonché il provvedimento n. 2026 del 3/08/2010 concernente "*Legge regionale 21 settembre 2007, n. 29 recante: "Disciplina dell'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande". Adeguamento al Decreto Legislativo 26 marzo 2010 n. 59 recante "Attuazione della Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno". Primi criteri di indirizzo e coordinamento normativo* in http://www.regione.veneto.it/NR/rdonlyres/6086C38E-4B8C-458A-9F95-C024ECBFDD79/0/COMMERCIO_L_R_29_2007_Direttiva_Servizi_Somministrazione_Alimenti_e_Bevande_DGR.pdf

6. La recente riforma operata dal D. Lgs. n. 147 del 2012.

Sebbene il D. Lgs 59/2010, come sopra enunciato, sia tendenzialmente di recente formulazione, si deve evidenziare che non molto tempo fa il legislatore italiano ne ha modificato parzialmente il contenuto grazie all'emanazione del D. Lgs. 6 agosto 2012, n. 147, successivamente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 202 del 30 agosto 2012.

Tale nuovo testo normativo reca le “*Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno.*”

Senza entrare troppo nel dettaglio delle modifiche apportate, non essendo questa la sede per una così approfondita analisi stante la forte incidenza del campo amministrativo, si deve evidenziare che il complesso delle modifiche introdotte interessano prevalentemente le disposizioni che sono contenute nella Parte Seconda del D. Lgs. 59/2010, parte che interessa i singoli servizi oggetto della disciplina di settore.

Tale recente modifica è la conseguenza della semplificazione amministrativa imposta dalla Direttiva Servizi e recepita dal legislatore italiano frutto anche alle recenti modifiche introdotte con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78⁴⁴, successivamente convertito dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, il quale ha sostanzialmente riformulato l'art. 19 della Legge 7 agosto 1990, n. 241 che individua le “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*”

⁴⁴ Decreto Legge , testo coordinato 31.05.2010 n° 78 , G.U. 30.07.2010 denominato “*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica.*”

tivi” disposizioni di legge che disciplino la “dichiarazione di inizio attività” (per brevità denominata “d.i.a.”).

La dichiarazione di inizio attività è da sempre stata individuata come un’iniziativa che dà vita ad una procedura semplificativa, che consente al singolo privato di potere ottenere, grazie al meccanismo del silenzio-assenso un provvedimento autorizzatorio da parte della Pubblica Amministrazione.

Va tenuto a mente che il legislatore durante gli ultimi anni, ha riformato più volte tale istituto, prevedendo l’estensione dell’applicazione della d.i.a. istituto di diritto amministrativo, oggi riformato in s.c.i.a., a situazioni e contesti aventi natura prettamente privatistica.

Infatti, con l’attuazione della Direttiva Servizi, il nostro legislatore ha previsto l’adozione della cosiddetta dichiarazione di inizio attività “ad effetto immediato”. Tale strumento applicabile solamente ai servizi oggetto del D. Lgs. 59/2010, diversamente dalla semplice dichiarazione di inizio attività “ad effetto differito”, consentiva al prestatore di poter iniziare l’attività di servizi senza dover attendere il decorso dei termini di legge richiesti per il riconoscimento del silenzio-assenso amministrativo. Pertanto, la pubblica amministrazione provvedeva alla verifica della sussistenza dei presupposti per l’esercizio dell’attività solamente in fase *ex post* rispetto all’inizio dell’attività stessa.

L’esistenza di queste due tipi di d.i.a., che trovavano applicazione in relazione al fatto che si trattasse di attività/servizi ricompresi o meno nel campo d’azione del D.Lgs. 59/2010 determinava, per ovvie ragioni, situazioni discriminatorie. Per-

tanto il necessario intervento ha cercato di realizzare un'uniformità soprattutto in campo amministrativo.

Il legislatore italiano, con l'adozione della L. n. 122/10, ha fatto sì che le precedenti dichiarazioni di inizio attività abbiano ceduto il passo ad un nuovo (almeno nel *nomem iuris* utilizzato) istituto: la c.d. “segnalazione certificata di inizio attività”, che si applica a tutte le attività sia che esse siano ricomprese nel D. Lgs. 59/2010, sia che non lo siano.

Per tale ragione, anche il D. Lgs. 59/2010, ha dovuto adeguarsi alla nuova formulazione in tema di accesso alle attività semplificate, adeguamento che è stato possibile grazie all'emanazione del nuovo D. Lgs. 6 agosto 2012, n. 147, i cui contenuti verranno brevemente ripresi ed analizzati nel corso delle ultime pagine del presente elaborato⁴⁵.

⁴⁵ Nello specifico, si rimanda al Capitolo VI che prende in esame alcuni dei servizi che sono oggetto del D. Lgs. 59/2010, sia sotto il profilo dei requisiti per l'accesso al mercato ed all'esercizio delle attività, sia sotto il profilo delle problematiche privatistiche che tali servizi riprendono alla luce della nuova Direttiva Servizi.

CAPITOLO II

IL CAMPO D'AZIONE DELLA DIRETTIVA SERVIZI E DEL D. LGS. 59/2010

Sommario: 1. Le linee direttive della Direttiva Servizi – 2. La nozione di servizio in ambito comunitario ed il confronto con l'articolo 50 del TCE oggi art. 57 TUEF. Gli spunti delle sentenze “Walrave” e “Bosman” – 3. Segue: il rapporto con le libertà fondamentali e la questione dei servizi prestati senza alcuno spostamento fisico, anche alla luce della sentenza “Carpenter” – 4. La tassatività dei servizi espressamente esclusi nella Direttiva Servizi – 5. I servizi di interesse economico generale; una nozione aperta – 6. L'incidenza dei servizi d'interesse economico generale nella Direttiva Servizi – 7. L'articolo 1 del D. Lgs. 59/2010 amplia la portata della Direttiva Servizi? – 8. La nozione di servizio in Italia

1. Le linee direttrici della Direttiva Servizi.

La Direttiva Servizi, come in più occasioni evidenziato, è stata pensata per dare vita ad un vero e proprio mercato unico dei servizi, la cui regolamentazione è stata affidata ad un atto comunitario di armonizzazione minima, che ha determinato le regole del gioco. Già con la proposta della direttiva si erano pensate quattro linee direttrici che avrebbero dovuto, anche se poi così è stato, essere i punti cardine del nuovo testo normativo.

Infatti, leggendo con attenzione le disposizioni normative contenute nella Direttiva Servizi emerge a chiare lettere che la predetta Direttiva è stata predisposta come strumento orizzontale finalizzato a coprire tutte le categorie di servizi, salvo quelli specificamente esclusi. In questo modo, l'attento legislatore comunitario non ha voluto imporre una lista chiusa di servizi soggetti alla Direttiva, ma ha voluto creare un corpo normativo che potesse essere applicato a tutta una serie eterogenea di servizi. Ciò è stato giustificato dal fatto che ricomprendere a chiare lettere quali servizi sarebbero stati soggetti alla Direttiva Servizi sarebbe stato estremamente complesso e alquanto inadatto, stante il costante mutamento del mercato che crea nuove categorie di servizi quasi quotidianamente.

Si può per certo affermare che il campo di applicazione della Direttiva Servizi si focalizza in tutti quei servizi che non sono tassativamente individuati nella c.d. *lista negativa* contenuta nei primi articoli del testo legislativo. In questo modo, tutto ciò che non è specificamente escluso, rientra nel campo d'azione della normativa di settore, con la conseguenza che il vero ambito applicativo risulta essere indefinito,

aperto ed evolutivo⁴⁶. Ciò che risulta ovvio è che, se da un lato non sarà possibile prevedere ulteriori esclusioni, dall'altro gli Stati membri potranno con facilità estendere le regole della Direttiva anche a settori non ricompresi⁴⁷.

Tralasciando in questo momento l'ampia e discussa questione sulla nozione di servizio⁴⁸, è pacifico che la Direttiva Servizi interessa tutte le categorie di operatori economici che operano all'interno del mercato unico così formato, tanto che il servizio venga reso da un professionista⁴⁹ ad un consumatore, oppure si riferisca ad un servizio cosiddetto misto erogato tanto ad un professionista quanto ad un consumatore.

La creazione e l'attuazione di un unico strumento orizzontale che permetta una regolamentazione quanto più completa di un mercato unico dei servizi, ha come prima conseguenza quella di evitare la realizzazione di direttive settoriali tali per cui determinerebbero, non solo l'insorgere di conflitti o sovrapposizioni tra atti normativi comunitari incrementando notevolmente il carico di lavoro della Corte di Giustizia chiamata a sbrogliare le questioni interpretative insorte, ma soprattutto determinerebbe un enorme ritardo nei lavori di preparazione dei vari strumenti giuridici oltreché la paralisi del settore terziario.

⁴⁶ Si v. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 16. Si è ritenuto che il Parlamento Europeo ed il Consiglio abbiano utilizzato la tecnica dell'*opt-out* per individuare quei servizi che sono da considerarsi esclusi dal campo di applicazione della Direttiva Servizi.

⁴⁷ Sul punto si v. quanto verrà detto nel Cap. IV.

⁴⁸ Si rimanda pertanto a quanto trattato nel Par. 2 del presente Capitolo.

⁴⁹ Si v. quanto è stato detto sul tema della *Concorrenzialità dei servizi connessi alle imprese e il loro contributo al rendimento delle imprese europee* in Com (2003)747 del 4/12/2003 in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0747:FIN:IT:PDF>. Nello specifico la Commissione precisa che i servizi connessi alle imprese sono composti da quattro gruppi principali di attività, segnatamente i servizi alle imprese, il settore del commercio e della distribuzione, i servizi di rete ed i servizi finanziari.

Sul punto si v. anche O. DERRUINE, *De la proposition Bolkestein à la directive services*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2007, n. 1962-1963.

La ragione di fondo che ha spinto verso un testo normativo unitario di politica sui servizi è squisitamente di natura giuridica. Si tratta di una vera e propria semplificazione normativa tenuto conto che le difficoltà e le incongruenze sono comuni ai vari settori economici e pertanto, dare vita ad una serie indefinita ed infinita di testi normativi per risolvere problemi simili non avrebbe avuto ragione d'esistere. Pertanto, la creazione della Direttiva Servizi guarda al futuro, si inserisce infatti nella cerchia di quegli atti comunitari che sono stati creati in un'ottica innovativa per la disciplina europea dei servizi⁵⁰.

In verità vi è di più. Oltre al carattere orizzontale sin'ora riconosciuto, la Direttiva Servizi vuole essere uno "strumento quadro" in grado di individuare e definire principi normativi essenziali, validi per tutti i settori interessati e dunque non espressamente esclusi dal campo di applicazione, oltre a prevedere tutta una serie di divieti generali a cui tutti gli Stati aderenti devono uniformarsi. In questo contesto di armonizzazione minima⁵¹ la Direttiva Servizi, oltre a completare ed aggiungersi agli altri atti comunitari⁵² disciplinanti il settore dei servizi, vuole essere una piattaforma

⁵⁰ Si è portato avanti l'assunto secondo cui era necessario optare per una politica organica, fondata su una visione globale dei problemi comuni ai servizi e dunque uno strumento normativo di base unico. Questa ricostruzione è figlia di un orientamento nato nel 2002 con la Risoluzione del 13/2/2003 relativa alla comunicazione della Commissione sulla "Revisione della strategia per il mercato interno – Mantenere l'impegno preso Com(2002)171, seguito dalle conclusioni del Consiglio Competitività del 14/11/2002 sessione n. 2462.

⁵¹ Tale impostazione si discosta dall'orientamento ultimamente assunto dal legislatore comunitario. Infatti soprattutto nel campo del diritto europeo dei contratti, la tendenza è quella di predisporre direttive che si fondano sul principio dell'armonizzazione massima, secondo cui è lo stesso atto comunitario che fissa livelli di tutela uniforme, ma non incrementabili e strettamente connesse al principio del paese d'origine. Nonostante ciò una tale impostazione rischia di mettere in discussione il tradizionale ruolo della Direttiva, inteso come elemento volto a lasciare spazio alla politica nazionale. Per una critica sul punto si v. Somma A., Introduzione critica al diritto europeo dei contratti, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pag. 33. In tema di armonizzazione massima si possono vedere, a titolo di esempio, le Direttive 2002/65/CE (commercializzazione a distanza dei servizi finanziari) e la Direttiva 2005/29/CE (pratiche commerciali sleali).

⁵² Si v. quanto esposto nel Capitolo I, par. 2 ove è stato analizzato un ulteriore principio base: il principio di complementarità.

di disposizioni di base⁵³, comune a tutti i settori, sulla quale i singoli Stati membri possono prevedere disposizioni aggiuntive a quelle contenute nella Direttiva, ma mai derogative dei principi cardine in essa contenuti. In questo modo le disposizioni contenute nella Direttiva Servizi tendono ad eliminare questioni, difficoltà e problemi di carattere comune, assicurando una maggiore tutela per il fruitore del servizio con un possibile avvicinamento, ma non unificazione, delle normative nazionali.

Volendo essere critici, infatti, la Direttiva Servizi non avrebbe potuto assumere veste migliore. Infatti se il legislatore comunitario avesse applicato il principio di armonizzazione massima avrebbe conseguito un'uniformità legislativa comunitaria che, riferita al campo dei servizi, avrebbe comportato solamente attriti, stante il differente ruolo assunto dai servizi all'interno di ogni singolo Stato membro. Si tenga a mente quanto precisato nel considerando 116 della Direttiva Servizi⁵⁴ ove viene precisato che *“vista la specificità dei singoli settori in cui opera la Direttiva, non è incompatibile fissare regole generali comuni a livello europeo”*.

Infine, numerosi articoli della Direttiva Servizi codificano i dispositivi delle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel corso degli ultimi decenni, rappresentando in questo modo il consolidamento evolutivo della giurisprudenza comunitaria. Infatti la maggior parte degli articoli contenuti nella direttiva di settore ricapitolano, seppur in chiave normativa, quei concetti e divieti riconosciuti dalla giurisprudenza comunitaria e che sono diventati un punto fermo nell'interpretazione del testo del Trattato a cui la Direttiva in molte occasioni riman-

⁵³ Tale definizione è stata data da S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 18.

⁵⁴ Nello specifico il considerando n. 114 *“La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire la soppressione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e circolazione dei servizi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nell'articolo 5 del TCE”*.

da, anche indirettamente. In più, il quadro normativo così delineato sviluppa estensivamente quelle pronunce della Suprema Corte comunitaria su argomenti di ampio rilievo giuridico, quali la nozione di servizio⁵⁵.

Si tenga a mente che le decisioni della Corte di Giustizia CE sono da sempre ritenute punto di riferimento dai giudici nazionali per la risoluzione delle controversie. La “codificazione” degli orientamenti assunti dalle decisioni dell’apparato giudicante comunitario permette in questo modo di superare l’annoso problema del valore vincolante delle decisioni dei giudici di grado superiore. Infatti, il giudice, per regola generale, è soggetto solamente alla legge, sebbene nella prassi risolva le controversie avvalendosi dei principi enunciati nelle sentenze che costituiscono il precedente giurisprudenziale.

La Direttiva Servizi, codificando i principi contenuti negli orientamenti giurisprudenziali consolidati in disposizioni di legge, permette di attribuire valore effettivamente vincolante a quelle decisioni che di sé resterebbero solamente un punto di riferimento per i giudici nazionali⁵⁶.

In questo modo l’ordinamento comunitario si evolve; il legislatore comunitario codifica le decisioni assunte dalla Corte di Giustizia in materia di servizi trasportandole dal valore circoscritto al singolo caso di specie a valore universale valido per tutti gli Stati membri e per tutti i settori, salvo le esplicite esclusioni.

⁵⁵ Si v. nello specifico i par. 2 e 3 del presente Capitolo.

⁵⁶ Si v. D’Acunto S., *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 20. L’Autore ritiene, giustamente, che la codificazione evolutiva costituisca una vera e propria svolta in termini di politica giuridica con il quale si è passati da una approccio marcatamente giurisprudenziale, ad una tecnica attiva di portata generale tramite soluzioni di tipo legislativo.

2. La nozione di servizio in ambito comunitario ed il confronto con l'articolo 50 del TCE oggi art. 57 TFUE. Gli spunti delle sentenze “Walrave” e “Bosman”.

L'oggetto della Direttiva Servizi è la regolamentazione della prestazione di servizi transfrontaliera fornita da soggetti che risiedono in Stati membri diversi rispetto a coloro che usufruiscono del servizio. Risulta pertanto necessario porre l'accento su cosa s'intenda per servizio e quali servizi la Direttiva Servizi voglia effettivamente tutelare con le sue disposizioni.

Partendo da un'analisi testuale della Direttiva Servizi l'articolo 4 paragrafo 1 si limita a definire il servizio come “*qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del Trattato fornita normalmente dietro retribuzione*”. In prima battuta, si potrebbe pensare che se il servizio è l'oggetto principale della Direttiva Servizi quest'ultima avrebbe quanto meno dovuto promuovere una definizione maggiormente puntuale e specifica. Invece il legislatore comunitario si è semplicemente limitato a presentare una definizione stringata richiamando quanto già previsto nell'articolo 50 del Trattato, oggi 57 TUEF.

In realtà, tale definizione fa propri tutti i principi ispiratori che hanno dato vita alla Direttiva Servizi. Nello specifico, la nozione così intesa di servizio può essere applicata a tutte le tipologie di servizio e pertanto concretizza il carattere di strumento giuridico orizzontale e quadro e dall'altro fa proprie, sebbene in via indiretta, tutte le decisioni emblematiche assunte dalla Corte di Giustizia CE in materia di servizi negli ultimi trent'anni⁵⁷.

⁵⁷ Per puro amor di discussione si precisa che la Corte di Giustizia CE nel quinquennio 1995-1995 aveva deciso solamente quaranta questioni attinenti alla prestazione di servizi, dal 2000 al 2005 si è passati a 140 decisioni e solo nel 2006, anno di adozione della Direttiva Servizi, ben 15. Si è assistito, pertanto, ad

Di certo la materia dei servizi è sempre stata al centro di forti interventi della Corte di Giustizia nonché degli operatori del diritto. Infatti, nell'articolo 50 TCE, oggi 57 TUEF, la nozione di servizio assume carattere residuale rispetto alla nozione di merci, capitali e persone contenute nel Trattato. In questo contesto vengono considerati, e dunque definiti, *servizi* tutte le attività economicamente rilevanti, che siano fornite normalmente dietro retribuzione e che non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Il carattere residuale⁵⁸ si fonda proprio su questo; tutte le volte in cui un'attività economica non sia soggetta alle disposizioni sulla libera circolazione delle merci, capitali e persone, sarà servizio⁵⁹.

Ma quanto esposto sin'ora non è sufficiente per catalogare le attività che rientrano nella nozione di servizio. Infatti, non si può pensare che il solo elemento di residualità possa determinare in via aprioristica cosa sia servizio. Un'ulteriore elemento caratterizzante e distintivo si concretizza nell'aspetto retributivo.

un aumento esponenziale delle decisioni a ragione del ruolo sempre più premiante che ha assunto la prestazione di servizi.

⁵⁸ La Corte di Giustizia CE ha statuito “*le disposizioni relative alla libera prestazione di servizi si applicano solo se la fattispecie non rientra nell'ambito di applicazione delle altre libertà*”, confermando quanto previsto dal principio di cui all'articolo 50 TCE. Corte di Giustizia CE, 31 gennaio 1984, *Luisi e Carbone*, C- 286/82 e 26/83, in *Racc.* I-377.

⁵⁹ Sul rapporto tra libertà di circolazione e libertà di capitali la Corte di Giustizia CE, 23 febbraio 1995, *Bordessa*, C- 358/93 e C-416/93, in *Racc.* I-361, su cui R. BARATTA *Norme comunitarie sui movimenti di capitali e legislazione valutaria italiana*, in *Rivista di Dir. Un. Europ.*, 1996, pagg. 443 e ss. ove è stato disposto che “*il trasferimento di valori non è disciplinato né dalle norme sulla libertà di circolazione dei servizi né da quelle relative alle merci, ma da quelle di cui agli articoli 56 e ss. del Trattato*”.

Sul rapporto tra libertà di prestazione di servizi e merci la Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1995, *marchandise e a.*, C-332/89, in *Racc.* I-361 ove è stato disposto che le misure che ostacolano la libera circolazione delle merci, sebbene riferite ad un servizio, devono essere valutate sulla base degli articoli 28 TCE e ss.

Diversamente, nel caso *Schindler* la Corte di Giustizia ha stabilito che la l'importazione di biglietti della lotteria attiene alla normativa relativa alla libera circolazione dei servizi in quanto è attività strumentale rispetto alla partecipazione alla lotteria. Si v. Corte di Giustizia CE, 24 marzo 1994, *Schindler*, C-275/92, in *Racc.* I-1039.

Infatti, il servizio, genericamente inteso, si caratterizza per l'elemento della retribuzione quale corrispettivo per l'attività prestata.

Tuttavia, al fine di individuare quali servizi rientrano nel campo d'azione della Direttiva Servizi, una precisazione è d'obbligo.

Le attività salariate⁶⁰, caratterizzate dal vincolo di subordinazione, non sono per stessa previsione normativa soggette alle disposizioni di cui agli articoli 49 e seguenti del Trattato. Per conseguenza e per stessa ammissione dell'articolo 4 della Direttiva, non rientrano nel campo d'azione della stessa le attività salariate, in quanto si tratta di attività che, pur essendo identificabili come servizi, non possono trovare regolamentazione nella Direttiva in ambito di mercato unico dei servizi, in quanto si tratta di servizi regolati secondo una precisa e specifica disciplina⁶¹.

Pertanto, i servizi che rientrano nel campo d'azione della Direttiva sono esclusivamente quelle attività che presentano carattere di indipendenza ed autonomia, intesa quindi come attività economica e quindi prestata dietro remunerazione, ma senza vincolo di retribuzione.

Si capisce da queste premesse che non è possibile prevedere una lista esaustiva di tutte quelle attività che rientrano nella categoria dei servizi, o comunque di servizi che rientrano nel campo d'azione della Direttiva Servizi, e, pertanto, il carattere residuale della nozione promossa nell'articolo 4 paragrafo 1 della Direttiva in questione, nonché dall'articolo 50 TCE oggi 57 TFUE, ben si allinea con la natura ed il concetto di servizio.

⁶⁰ Il vincolo di subordinazione contraddistingue le attività salariate soggette agli articoli 39 e ss. TCE, rispetto alle attività a carattere indipendente che invece sono disciplinate dagli articoli 49 e ss. Si v. Corte di Giustizia CE, 7 settembre 2004, *Trojani*, C-456/02.

⁶¹ È qui il caso di ricordare l'annosa questione del *dumping sociale* in materia di diritto del lavoro che è stata risolta prevedendo la Direttiva 96/71/CEE (definita Direttiva Distacco).

La Corte di Giustizia CE ha da sempre rivestito un ruolo centrale nella realizzazione del mercato comune e, soprattutto in materia di servizi, ha svolto costanti e copiosi interventi per definire e calibrare la portata operativa degli articoli 49 e seguenti del TCE.

In questo senso il giudice comunitario ha saputo “*modulare*” il requisito della retribuzione quale corrispettivo della retribuzione precisando che non è configurabile l’ipotesi di prestazione di servizio in assenza di pattuizioni tra le parti e nella misura in cui il compenso ricevuto dal prestatore, non costituisca il controvalore del servizio prestato⁶². Sulla base di questo assunto la Corte ha potuto applicare gli articoli 49 e seguenti del TCE, oggi TUEF, anche ai regimi di assicurazione volontaria o integrativa della pensione di vecchiaia ove il corrispettivo è pagato in anticipo rispetto al servizio che viene prestato in momento successivo⁶³.

Rientrano nella nozione di servizio, secondo l’articolo 50 TCE, oggi 57 TUEF, anche le prestazioni mediche fornite sia in ambito ospedaliero, sia in ambito privato, senza che riveli la circostanza che il servizio venga pagato dallo Stato o direttamente dal fruitore⁶⁴. Sebbene le prestazioni mediche siano chiaramente identificate come servizi, si deve tenere a mente che la Direttiva Servizi all’articolo 2 paragrafo 2 lett. f) esclude espressamente dal proprio campo d’azione i servizi sanitari prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pub-

⁶² Si v. Corte di Giustizia CE, 27 settembre 1988, *Humbel*, C—263/86 in *Racc.* 5365.

⁶³ Si v. Corte di Giustizia CE, 3 ottobre 2002, *Danner*, C-136/00, in *Racc.* I-8147.

⁶⁴ Si v. Corte di Giustizia CE, 12 luglio 2001, *Smits e Peerbooms*, C-157/99, in *Racc.* I-5473 ed in Corte di Giustizia CE, 19 aprile 2007, *Skandia*, C-444/05.

blica o privata⁶⁵. In questo modo, lo si ribadisce, la Direttiva di settore non tenda a limitare la portata della nozione di servizio, ma delinea il proprio campo d'azione per la creazione di un mercato unico ai soli servizi non espressamente esclusi.

Esemplari sono anche altre pronunce della Corte di Giustizia CE, con le quali la stessa ha continuato ad interpretare estensivamente l'articolo 50 CE, oggi 57 TFUE, facendo rientrare nella nozione di servizio una serie variegata di attività. Infatti è qui il caso di richiamare la sentenza *Walrave* con la quale la Corte di Giustizia ha esteso l'applicazione delle disposizioni sulla libera prestazioni di servizi anche alla disciplina ciclistica⁶⁶ nonché la famosa sentenza *Bosman* con la quale si è precisato che “*l'attività dei calciatori professionisti si sostanzia in una prestazione di servizi retribuita*”⁶⁷.

Tuttavia, sebbene l'attività ripresa nelle appena citate sentenze, individui in tutto e per tutto un servizio ciò che deve essere valutato, per ciò che attiene il nostro esame, è che tali attività non sono comunque oggetto della Direttiva Servizi. Infatti, soprattutto la nozione contenuta nella sentenza *Bosman*, permette di individuare un'attività che è sì servizio, ma servizio la cui controprestazione è la retribuzione salariale.

Pertanto, volendo essere critici nell'identificazione del campo d'azione della Direttiva Servizi, possiamo ritenere che sono servizi soggetti alla citata normativa, i

⁶⁵ Relativamente a tali servizi si v. quanto verrà detto nel paragrafo 4 del presente Capitolo.

⁶⁶ Corte di Giustizia CE, 12 dicembre 1974, *Walrave*, C-36/74, in *Racc.* 1405. Diversamente, nei punti 7-10 la Corte ha avuto modo di precisare che “*la composizione delle squadre, ed in particolare le rappresentative nazionali, non è soggetta alle disposizioni di cui agli articoli 49 e ss. del Trattato, ciò in ragione della “gratuità” che contraddistingue questo tipo di prestazioni*”.

⁶⁷ Corte di Giustizia CE, 15 dicembre 1995, *Bosman*, C. 415/93, in *Racc.* I-4921. Sullo stesso orientamento si ricordano le sentenze della Corte di Giustizia CE, 14 luglio 1976, *Donà*, C-13/76, in *Racc.* 1332 e 11 aprile 2000, *Deliège*, C-51/96 e C-191/97, in *Racc.* I-2549 ove viene precisato che si considerano servizi anche le attività prestate da atleti dilettanti ai sensi della legislazione nazionale purché ricevano un compenso.

servizi non espressamente esclusi e quei servizi che hanno come controprestazione una retribuzione non salariata.

Se da un lato la Corte in prima battuta si era orientata nel considerare come elemento fondante della nozione di servizio il carattere retribuivo dell'attività prestata, in un secondo momento il giudice europeo si focalizzò su altri aspetti che si ricavano indirettamente dalla lettura dell'articolo 50 CE, oggi 57 TFUE.

In particolare mi riferisco al carattere transfrontaliero⁶⁸ ed occasionale della prestazione che si sostanzia nell'ipotesi in cui il prestatore di servizio si sposta per esercitare a titolo occasionale⁶⁹ la sua attività in un Stato membro diverso da ove è stabilito, ovvero, per converso, nell'ipotesi in cui sia il beneficiario a spostarsi nello Stato membro in cui è stabilito il prestatore del servizio richiesto⁷⁰.

Ciò comporta, per orientamento oramai consolidato dalla giurisprudenza comunitaria, che *“le situazioni puramente interne sono escluse dal campo di applicazione dell'articolo 50 CE, oggi 57 TFUE, in quanto non sarà possibile applicare tali disposizioni tra due società che, stabilite in uno stesso Stato membro, vogliono prestare un servizio ad un cittadino del medesimo Stato”*⁷¹.

⁶⁸ Con tale carattere la Corte di Giustizia ha potuto estendere la nozione di servizio ai servizi “virtuali” (Corte di Giustizia CE, 11 luglio 2002, *Carpenter*, C-60/00, in *Racc.* I-6279) o futuri (Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 2004, *Omega*, C-36/02, in *Racc.* I-9609), ma non “ipotetici” (Corte di Giustizia CE, 17 febbraio 2005, *Oulane*, C-215/03, in *Racc.* I-1215. Per un'oculata analisi giurisprudenziale si può vedere R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali* in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 2 e ss.

⁶⁹ L'elemento dell'occasionalità è un requisito che deve essere valutato caso per caso, dovendosi valutare sia in funzione della durata della prestazione (Corte di Giustizia CE, 5 ottobre 1988, *Steymann*, C-196/87, 6158), sia in funzione della frequenza, continuità e periodicità (Corte di Giustizia CE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, in *Racc.* I-4165).

⁷⁰ Si v. Corte di Giustizia CE 15 marzo 1994, *Commissione/Spagna*, C-45/93, in *Racc.* I-911 e 2 febbraio 1989, *Cowan*, C-186/87, in *Racc.* I-659.

⁷¹ Corte di Giustizia CE 23 aprile 1991, *Hofner e Elser*, C-41/90, in *Racc.* I-1979. Diversamente *“la libera prestazione di servizi è invocabile dal professionista che abbia acquistato tale qualifica in altro Stato membro e vuole prestare un servizio nel proprio Paese d'origine”*, così Corte di Giustizia CE, 6 ottobre 1981, *Broekmeulen*, C-246/80, in *Racc.* 2311.

Pertanto, volendo riassumere quanto sino ad ora esposto, cercando di dare una nozione completa e puntuale che chiarisca quanto contenuto nell'articolo 50 TCE, oggi 57 TFUE, possiamo ritenere il servizio quell'attività⁷² economicamente rilevante prestata occasionalmente da un professionista e/o società verso un soggetto, genericamente inteso, stabilito in un diverso Stato membro, dietro retribuzione. In questo modo, tutte le attività riconducibili a tale definizione saranno soggette alla disciplina prevista dagli articoli 49 e seguenti del Trattato, oggi articolo 57 TUEF.

Tuttavia, una precisazione è dovuta. L'articolo 57 TUEF si riferisce all'elemento della “*retribuzione*” in maniera del tutto generica, riferendosi, pertanto, sia a quei servizi che hanno come controprestazione la retribuzione intesa come salario, sia alle attività che hanno come controprestazione la retribuzione non salariata.

L'articolo 4 della Direttiva Servizi, dal canto suo, limita il campo d'azione della nozione contenuta nel predetto articolo 57 TUEF, a tutte quelle attività che sono servizi ma sono attività non salariate.

Pertanto, da una limitazione del campo d'azione contenuta nei primi articoli della Direttiva Servizi, si aggiunge un limite mascherato che è quello che discende dall'interpretazione testuale delle disposizioni della direttiva di settore con quelle del TUEF.

⁷² Questo è il punto di crisi rispetto alla nozione di servizio in ambito italiano, ove per servizio si intende il risultato di un'attività immateriale e non l'attività stessa. È per tale ragione che il legislatore nazionale nel recepimento della Direttiva Servizi ha voluto ricomprendere anche le attività industriali, apparentemente escluse dalla disciplina comunitaria di settore. Per un approfondimento sul tema si vedano i paragrafi 7 e 8 del presente Capitolo.

3. Segue: il servizi a confronto con le libertà fondamentali e la questione dei servizi prestati senza alcuno spostamento fisico, anche alla luce della sentenza “Carpenter”

Stante quanto enunciato nel paragrafo precedente bisogna cercare di fare un passo in avanti. Come precedentemente è stato esposto, perché si possa parlare di servizio in ambito comunitario è necessario il carattere della transnazionalità e dell’occasionalità, ma dobbiamo chiederci se sia possibile configurare come servizio quell’attività che sia resa senza alcuno spostamento fisico da parte del prestatore o del beneficiario.

La Corte di Giustizia ha, in più occasioni, risposto positivamente al quesito attribuendo a tali servizi caratteristiche diverse rispetto a quelle esposte nel paragrafo precedente. È il caso qui di richiamare la sentenza *TV10* nella quale la Corte ha riconosciuto “*che la diffusione transfrontaliera via etere o satellitare di programmi televisivi costituisca effettiva prestazione di servizi*”⁷³; oppure nel caso *Alpine Investments* ove è stato previsto che anche “*la consulenza prestata per corrispondenza*”⁷⁴ costituisca servizio.

È da notare, però, che in tali servizi, alcuni dei quali peraltro espressamente esclusi dal campo d’azione della Direttiva, il giudice comunitario ha avuto modo di riconoscere che “*possono essere legittimamente prestati anche in maniera permanente e continuativa*” a condizione che la prestazione “*sia indirizzata esclusivamente*

⁷³ Si v. Corte di Giustizia CE, 5 ottobre 1994, *TV10*, c-23/93, in *Racc.* I-4795, similmente si v. Corte di Giustizia CE, 25 luglio 1991, *Gouda*, C-288/89, in *Racc.* I-4007

⁷⁴ Corte di Giustizia CE, 10 maggio 1995, *Alpine Investments*, C-3845/93, in *Racc.* I-1141.

*a destinatari stabiliti in Stati membri diversi da quello di stabilimento del prestatore*⁷⁵”.

Come è stato giustamente riconosciuto⁷⁶ in questo modo si corre il rischio che le norme sulla prestazioni di servizi vengano invocate dal prestatore per sottrarsi a quelle norme che diversamente gli sarebbero applicate nel caso in cui si stabilisca nello Stato di destinazione del servizio.

Quanto fin'ora esposto cerca in qualche modo di evidenziare che se da un lato non è possibile esprimere in maniera puntuale una nozione di servizio che ricomprenda tutte le attività *ivi* ricomprese, dall'altro tutte queste attività possono essere esercitate in quanto rientrano nel novero della libertà di circolazione dei servizi tutelata espressamente dal Trattato.

Per vero, stante la complessità delle attività ricomprese, è ben possibile che tale libertà possa subire delle limitazioni.

Pertanto, per dare concreta attuazione alle libertà contenute nel Trattato, la Corte di Giustizia ha da sempre riconosciuto, agli Stati membri, la facoltà di predisporre “*idonee misure finalizzate a limitare la libera circolazione dei servizi purché tali interventi siano giustificati da obiettivi di interesse generali*”⁷⁷”.

Va da sé che tali limitazioni devono essere assunte non solo nel pieno rispetto della libertà di circolazione di servizi, ma devono essere combinate ed ugualmente applicabili a tutte le quattro libertà garantite nel Trattato. Su questo orientamento la

⁷⁵ Si v. Corte di Giustizia CE, 5 giugno 1997, VT4, C-56/96, in *Racc.* I-3143.

⁷⁶ Si v. R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali* in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 9.

⁷⁷ Si v. Corte di Giustizia CE, 4 dicembre 1986, *Commissione/Germania*, C- 205/84, in *Racc.* 3755, 3 febbraio 1993, *Veronica*, C-148/91, in *Racc.* I-4795

giurisprudenza ha voluto precisare che *“i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l’esercizio delle libertà fondamentali devono soddisfare le quattro condizioni, cioè devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificate da motivi di interesse imperativi di interesse pubblico, essere idonee al conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”*⁷⁸.

Nonostante tale facoltà, gli Stati membri non possono arbitrariamente prevedere esclusioni dalla libera circolazione delle merci, persone, capitali e servizi. Ciò determinerebbe una palese e concreta violazione della libertà economica garantita dagli articoli 49 e seguenti del Trattato, oggi 57 TUEF, e potrebbe altresì incidere negativamente anche su buona parte dei diritti fondamentali espressamente riconosciuti dall’Unione Europea, dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo o dagli altri strumenti internazionali vincolanti per la generalità degli Stati membri. Pertanto, come è stato correttamente fatto valere⁷⁹, *“gli Stati devono cercare un equilibrio tra esigenze di tutela contrastanti, da un lato la protezione dei diritti umani, dall’altro il rispetto delle libertà economiche”*.

Ciò determina, da un lato la necessità e l’opportunità per ciascun prestatore di essere libero nella determinazione ed esercizio della propria attività, con la conside-

⁷⁸ Si v. Corte di Giustizia CE, 31 marzo 1993, *Kraus*, C-19/92, in *Racc.* I-1663, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/04, in *Racc.* I-4165, 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97, in *Racc.* I-4159 e 4 luglio 2000, *Haim*, C- 424/97, in *Racc.* I-5123. Si evidenzia che la Corte ha volontariamente e costantemente ampliato il raggio d’azione delle deroghe estendendo la nozione di interesse generale, si v. la sentenza della Corte di Giustizia CE, 16 maggio 2006, *Watts*, C-372/04, in *Racc.* I-4323 in materia di libera prestazione dei servizi sanitari; la sentenza della Corte di Giustizia CE, 9 novembre 2006, *Commissione/Belgio*, C-433/04, in *Racc.* I-10653. Ad ogni buon conto per un’analisi più approfondita sul punto in relazione a quanto previsto nella Direttiva Servizi, si rimanda al Cap. IV par. 2.

⁷⁹ Così si v. R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali* in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pag. 16.

razione che nell'ipotesi in cui il servizio prestato possa generare una violazione all'interesse generale, sussiste la legittimità degli Stati membri di intervenire per limitare l'esercizio dell'attività.

Con un cambio di prospettiva, dunque, i diritti umani possono essere considerati sia come un possibile "limite" alla facoltà degli Stati membri di limitare l'esercizio della libertà economica, così come è successo nell'esemplare sentenza *Carpenter* secondo cui la Corte di Giustizia ha ritenuto contrario all'articolo 49 TCE il provvedimento di espulsione per mancato rinnovo del visto della Sig.ra Carpenter cittadina filippina e coniuge del prestatore del servizio⁸⁰, sia possono costituire uno "scudo" sull'effettiva applicazione della normativa in ambito di libera prestazione dei servizi⁸¹.

Volendo approfondire il discorso con riferimento alla Direttiva Servizi si può in prima battuta evidenziare che gli emendamenti apportati alla prima proposta avanzata dalla Commissione nel 2004⁸², hanno avuto il beneficio di eliminare le preoccupazioni manifestate all'incidenza sui diritti fondamentali da cui sarebbero potuti scaturire processi di *dumping sociale* con un conseguente abbassamento degli standard di tutela a livello europeo⁸³.

⁸⁰ Corte di Giustizia CE, 11 luglio 2002, *Carpenter*, C-60/00, in *Racc.* I-6279.

⁸¹ Si v. Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 2004, *Omega*, C-36/02, in *Racc.* I-9609 ove è stato precisato che "poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato quale la libera prestazione di servizi".

⁸² Mi riferisco all'eliminazione del principio del paese d'origine nonché l'esclusione del campo di applicazione delle Direttive della materia del lavoro.

⁸³ In materia di diritti sociali si può v. Giubboni S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Europ.*, 2003, pagg. 325 e ss.

Nel testo definitivo della Direttiva spicca, per affinità alla questione trattata, l'articolo 1 paragrafo 7⁸⁴, il quale in sede di prima stesura prevedeva la menzione del rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

L'espunzione operata dal Consiglio in sede di adozione del testo finale, poteva sembrare frutto di mero aggiustamento formale. Tuttavia le ragioni sono ben altre.

Infatti, il mantenere l'indicazione della Carta dei diritti fondamentali nell'articolo 1 paragrafo 7 della Direttiva avrebbe avuto come conseguenza quella di considerare l'appena citata Carta quale parametro normativo vincolante⁸⁵ per gli Stati e per la Corte di Giustizia la quale non avrebbe più potuto sottovalutare la portata coercitiva.

Se quindi il legislatore ha eliminato, dal corpo normativo della Direttiva Servizi, il riferimento alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea il considerando n. 15 prevede che la Direttiva Servizi *“rispetta l'esercizio dei diritti fondamentali applicabili negli Stati membri quali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nelle relative spiegazioni, armonizzazioni con le libertà fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del Trattato”*. Quindi, l'esclusione della menzione della Carta dei diritti fondamentali è solamente apparente, in quanto non si può certo fare a meno di considerarla vincolante nel momento in cui gli Stati

⁸⁴ L'articolo così prevede: *“La presente direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario”*.

⁸⁵ Parte della dottrina, dando seguito a questa impostazione, ritiene che tale indicazione avrebbe determinato un'equiparazione tra i diritti sociali ed i diritti civili e politici della CEDU contenuti nella stessa Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea. Si v. M. PEDRAZZI, *Potrà l'applicazione della “direttiva Bolkenstein” ledere i diritti fondamentali?*, in *Dir. Pub. Comparato ed Europeo*, 2006, IV, pag. 1895.

membri applicheranno la Direttiva Servizi, dovendosi contestualmente vedersi confermata la giurisprudenza comunitaria in base alla quale uno Stato membro può legittimamente adottare misure in deroga ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato qualora tali misure siano necessarie ai fini della tutela di diritti fondamentali⁸⁶.

⁸⁶ Si v. Corte di Giustizia CE, 12 giugno 2003, *Schmidberger*, C- 112/00, in *Racc.* I-5659.

4. La tassatività dei servizi espressamente esclusi nella Direttiva Servizi.

Nel corso di questo elaborato si è più volte evidenziato come la Direttiva Servizi sia stata pensata per creare un mercato unico dei servizi e che il suo campo d'azione si riferisca esclusivamente a quei servizi che non sono ricompresi nella lista "nera" contenuta nell'articolo 2 paragrafo 2⁸⁷. Così facendo il legislatore comunitario ha cercato di creare uno strumento giuridico in grado di potersi adattare alle nuove attività economiche evitando di creare una Direttiva obsoleta fin dalla nascita⁸⁸.

La prima categoria esclusa dal campo d'azione della Direttiva Servizi riguarda i *Servizi non economici d'interesse generale*⁸⁹, con i quali si vogliono indicare quei servizi che sono destinati alla collettività dei cittadini a prescindere dall'attività da loro svolta e dalla natura⁹⁰. Sebbene in questa enunciazione sia contenuto il sostantivo servizio, si deve precisare che tali attività non hanno nulla a che vedere con la nozione di servizio espressa nei paragrafi precedenti.

Infatti i servizi non economici sono attività che vengono prestate senza alcuna controprestazione senza cioè, un effettiva retribuzione da parte del fruitore del servizio. Pertanto, per loro natura, i servizi non economici non possono essere considerati servizi secondo quanto previsto nell'articolo 50 TCE, oggi 57 TFUE, e per ovvia conseguenza non sono soggetti alla disciplina contenuta nella Direttiva Servi-

⁸⁷ Sulle modalità per cui il legislatore comunitario ha preferito predisporre una lista negativa di servizi a cui non si applica la Direttiva, si v. in questo Capitolo il par. 1.

⁸⁸ Si v. T. UYEN DO, *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors services*, in *Revue de Marché unique Européenne*, 2006, pagg. 111 e ss.

⁸⁹ Per un approfondimento in materia di v. M. DONY *Les Notions de "service d'intérêt général" et "services d'intérêt économique général"* a cura di J. V. LOUIS RODRIGUEZ, *Les services d'intérêt économique general*, Bruylant, 2006.

⁹⁰ Tale definizione è stata resa da E. M. MILANESI, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pag. 90.

zi. A titolo di esempio si posso richiamare i servizi che rientrano nel settore dell'istruzione primaria e secondaria nazionale che vengono prestati senza un corrispettivo economico⁹¹.

Diversamente, i *servizi d'interesse economico generale* (i cosiddetti SIEG) non sono affatto esclusi dal campo di applicazione della Direttiva Servizi, in quanto quello che li caratterizza e li differenzia rispetto ai servizi non economici d'interesse generale è il loro valore economico⁹².

Un'altra categoria di servizi esclusi riguarda i *servizi finanziari*. In questo contesto vi rientrano i servizi bancari e di credito, i titoli ed i fondi di investimento nonché i servizi assicurativi e pensionistici.

Tale esclusione è determinata dalla necessità di regolamentare i vari settori con l'ausilio di un corpo normativo *ad hoc*⁹³, tenuto anche in considerazione che la liberalizzazione dei servizi finanziari è soggetta alla liberalizzazione dei capitali secondo le disposizione Trattato. Ad ogni modo, tale esclusione è stata estesa anche a quei servizi contenuti nell'allegato I della Direttiva 2006/48/CE⁹⁴, con specifica esclusione, pertanto, di quei servizi che rientrano nel campo del leasing operativo.

Continuando con le categorie escluse troviamo le *comunicazioni elettroniche*⁹⁵. In tale ambito vi rientrano i servizi e le reti di comunicazione elettronica che

⁹¹ Così il considerando n. 34 stabilisce che il pagamento di una tassa da parte dei destinatari, ad esempio per l'insegnamento, non costituisce di per sé retribuzione in quanto il servizio continua ad essere essenzialmente finanziato con i fondi pubblici

⁹² Per un approfondimento sul punto si vedano, in questo Capitolo, i paragrafi 5 e 6.

⁹³ Così si v. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 29.

⁹⁴ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14/06/2006 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio pubblicata in GU L 177 del 30/06/2006.

⁹⁵ Le cinque Direttive che costituiscono il predetto pacchetto sono: Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 7) in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0007:0007:IT:PDF>;

vengono disciplinati dalle cinque Direttive che costituiscono il “pacchetto telecomunicazioni” con la dovuta precisazione che nel caso in cui alcune materie non sia oggetto del “pacchetto telecomunicazioni”, sebbene relative ai servizi di comunicazione elettronica, saranno disciplinate puntualmente dalla Direttiva Servizi.

Anche i *Servizi di trasporto* sono espressamente esclusi dal campo d’azione della Direttiva Servizi. In questo ambito il legislatore comunitario ha voluto far rientrare tutti quei servizi che attengono al campo dei trasporti primari, *ivi* compresi i trasporti aerei, marittimi e per vie navigabili, compresi i servizi portuali nonché i trasporti ferroviari e stradali, in particolare i trasporti urbani, taxi e le ambulanze, diversamente dai servizi di trasporti cosiddetti *connessi* che rimangono soggetti alle disposizioni della Direttiva Servizi⁹⁶.

Inoltre sempre all’articolo 2 paragrafo 2 si prevede l’esclusione dei *servizi delle agenzie di lavoro interinale*, esclusione determinata da motivazioni più politiche che giuridiche. Tuttavia, l’impostazione assunta dal legislatore non collima con quella assunta dalla Corte di Giustizia che precisato che “*l’attività di collocamento dei lavoratori costituisce una prestazione di servizi ai sensi degli articoli 49 e 50*

direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 21) in http://www2.agcom.it/L_com/CE20_2002.pdf; direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 33) in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:IT:PDF>; direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 51) in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0051:0077:IT:PDF>; direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) [GU L 201 del 31.7.2002, pag. 37, così come modificata dalla direttiva 2006/24/CE (GU L 105 del 13.4.2006, pag. 54) in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:IT:PDF>

⁹⁶ Per servizi connessi s’intendono i servizi di noleggio veicoli, al scuola guida, i servizi di trasloco i servizi di pompe funebri.

*TCE*⁹⁷”. Sarà solamente l’evoluzione giurisprudenziale che permetterà di determinare con precisione se tale incongruenza rimarrà priva di risvolti o meno.

Con riferimento a quanto previsto alla lettera f) dell’articolo 2 paragrafo 2 della Direttiva Servizi, il legislatore europeo hanno deciso di escludere dal campo di applicazione della Direttiva 2006/123/CE i *servizi sanitari*, ove vi rientrano anche le attività prestate dalle farmacie.

Non va tuttavia dimenticato che, la disciplina contenuta nella Direttiva Servizi è una disciplina di contorno, che non può e non deve escludere l’applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione dei servizi del Trattato.

Pertanto, sebbene i diritti dei pazienti al rimborso delle cure all’estero sono stati eliminati dal campo d’azione della Direttiva Servizi, resta fermo quanto espressamente riconosciuto dalla costante giurisprudenza comunitaria, secondo cui “*i pazienti, essendo destinatari di servizi, qualora dovessero necessitare o volessero ricevere cure in uno Stato membro diverso da quello di residenza, mantengono il diritto ad ottenere tali cure transfrontaliere con annesso rimborso*”⁹⁸.

Proseguendo con l’analisi dell’articolo 2 paragrafo 2 della Direttiva Servizi si può leggere, alla lettera g) che sono esclusi anche i *servizi audiovisivi*. Con tale esclusione il legislatore comunitario ha voluto farvi rientrare sia i servizi cinematografici, radiofonici e audiovisivi ad oggi definiti e disciplinati dalla nuova Direttiva 2007/65/CE che modifica il precedente impianto normativo adottato con la Direttiva

⁹⁷ Corte di Giustizia CE, 11 gennaio 2007, *ITC Innovative Technology Center*, C-208/05. Inoltre si tenga a mente che per il lavoro temporaneo esiste una direttiva *ad hoc*, la 2008/104/CE del 19/11/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale.

⁹⁸ Si v. S. D’ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 31 e per la Corte di Giustizia CE, 28 agosto 1998, *Kohll*, C- 158/96, Corte di Giustizia CE, 23 ottobre 2003, *Inizan*, C- 56/01 nonché le recentissime pronunce della Corte emesse successivamente alla Direttiva Servizi che mantengono ferma questa impostazione; Corte di Giustizia CE, 19 aprile 2007, *Stamatelaki*, C-444/07.

87/552/CE nominata “Direttiva TV senza frontiere⁹⁹”, diffusi mediante qualsiasi piattaforma.

Ad ogni modo una precisazione è d’obbligo. Infatti, come è stato giustamente fatto presente¹⁰⁰, bisogna tenere a mente che in questo contesto esistono servizi che vengono messi a disposizione per il pubblico, quali la creazione originaria o le modalità di realizzazione tecnica, e servizi che sono considerati “a monte” alla diffusione audiovisiva, si pensi alla commercializzazione, produzione, distribuzione di prodotti audiovisivi¹⁰¹. Pertanto solamente questi ultimi saranno soggetti alle disposizioni della Direttiva Servizi con la conseguenza che l’esclusione di cui alla lettera g) deve essere interpretata restrittivamente.

Un’ulteriore settore escluso dalla Direttiva Servizi riguarda i *giochi d’azzardo*, settore per il quale in sede di approvazione e discussione del testo di legge erano emerse voci unanimi alla sua espunzione.

Per giochi d’azzardo, il legislatore comunitario si riferisce esplicitamente a quei servizi che “*implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i biglietti “gratta e vinci” ed i giochi offerti dai casinò o nelle strutture autorizzare al gioco d’azzardo*”. Diversamente non rientrano in questa ca-

⁹⁹ La Direttiva TV senza frontiere ha rappresentato il punto di riferimento in materia di servizi audiovisivi prestati nell’Unione Europea. Con tale disciplina di settore si è voluto garantire principio per cui agli Stati membri è assicurata la libertà di ricezione e non vengono poste barriere alla trasmissione sul loro territorio di programmi televisivi provenienti da altri Stati membri. Nel 2007 la Commissione ha presentato una proposta di modifica della Direttiva 89/552/CE al fine di armonizzare e modernizzare la disciplina esistente tenuto in considerazione l’evoluzione tecnologica del settore audiovisivo. Nasce così la Direttiva 2007/65/CE volta a snellire la disciplina di settore, operando una distinzione tra i servizi cosiddetti “lineari” e “non lineari”.

¹⁰⁰ Si v. D’Acunto S., *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 32

¹⁰¹ Tale distinzione è stata concettualizzata da S. D’ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 32, ove l’Autore ha giustamente sollevato l’esemplificazione secondo cui “*l’attività di stesura di un romanzo sarebbe parimenti da escludere dal campo di applicazione delle Direttive, nella misura in cui essa si suscettibile originare o trasformarsi nel soggetto e nella sceneggiatura di un film per la televisione*”

tegoria i giochi che non danno premi o che danno unicamente premi sotto forma di giocate gratis e i giochi promozionali il cui unico obiettivo è quello di incoraggiare la vendita di beni o servizi, nonché i giochi elettrici, elettronici ed elettromeccanici¹⁰².

Come per il precedente settore dei servizi sanitari, anche i giochi d'azzardo, sebbene espressamente esclusi dal campo d'azione della normativa sul mercato unico dei servi, sono garantiti dalle disposizioni di cui articoli del Trattato¹⁰³.

Continuando l'analisi dei servizi esclusi si vede che l'articolo 2 paragrafo 2 lett. i) individua le *attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri*.

In questo contesto la normativa di settore sui servizi richiama a chiare lettere quanto previsto nell'articolo 45 del TCE, secondo cui le attività che, “*anche solo occasionalmente, in modo specifico e diretto all'esercizio dell'autorità pubblica non rientrano nel campo di applicazione delle disposizioni relative alla libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi e pertanto non sono coperte dal diritto primario e, pertanto, neppure da un atto di diritto secondario.*”

Ad ogni modo tale esclusione si riconduce alle sole singole attività specifiche e non alle intere professioni, le quali rimangono soggette alle disposizioni della Direttiva Servizi. Si deve tenere a mente gli Stati membri per poter valutare quali attività specifiche abbiano una connessione diretta o specifica con un pubblico servizio tale per cui risultino ricomprese nel citato articolo 45 TCE, devono necessariamente

¹⁰² Corte di Giustizia CE, 26 ottobre 2006, *Commissione/Grecia*, C-65/05.

¹⁰³ Numerose sono le sentenze della Corte di Giustizia CE, si tutte si v. 24 marzo 1994, *Schindler*, C-275/92, 21 ottobre 1999, *Zenatti*, C-67/98, 26 aprile 1994, *Commissione/Italia*, C-272/91, 13 settembre 2007, *Commissione/Italia*, C-260/04.

rifarsi alla giurisprudenza comunitaria che ha da sempre interpretato ed applicato restrittivamente l'appena citato articolo¹⁰⁴.

L'analisi passa ad una delle categorie che suscitato forti scontri in sede di approvazione. I servizi sociali, infatti, sono stati al centro di un acceso dibattito per il fatto che si pensava che la loro esclusione avrebbe determinato possibili conseguenze negative al c.d. "modello sociale europeo"¹⁰⁵ data il vuoto normativo di uno specifico atto comunitario che ne definisca i contenuti e la disciplina. Per tale ragione il legislatore comunitario ha voluto far rientrare tra i servizi esclusi dalla Direttiva Servizi i "servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno", purché tali servizi vengano forniti "dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato". In questo modo l'esclusione dei servizi sociali può considerarsi parziale in quanto è necessaria la presenza sia dell'elemento oggettivo (la categoria di attività) sia l'elemento soggettivo (il prestatore pubblico o riconosciuto dallo Stato)¹⁰⁶.

Sono inoltre esclusi dal campo d'azione delle Direttiva i *servizi privati di sicurezza*, per i quali esistono importanti differenze normative nei vari Stati membri in ambito di uso delle armi. Ne discende che rimangono esclusi dall'ambito applicativo

¹⁰⁴ Per una carrellata di decisioni sul punto si può vedere quanto richiamato da Commissione Europea, Manuale per l'attuazione della direttiva servizi, in http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_it.pdf - Lussemburgo, 2007, pagg. 15 nota 23.

¹⁰⁵ Si v. S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Europ.*, 2003, pagg. 325 e ss.

¹⁰⁶ Pertanto sono soggetti alle disposizioni della Direttiva Servizi i servizi forniti da operati privati che operano senza essere stati specificamente incaricati dallo Stato, i servizi di assistenza all'infanzia (baby-sitter o campi estivi), i servizi di assistenza a domicilio ed i servizi prestati alle famiglie o alla persone che versano in stato di bisogno purché effettuati da soggetti diversi dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o associazioni ricreative riconosciute come tali dallo Stato.

della Direttiva i servizi di trasporto valori, i servizi di bodyguard e di sorveglianza di proprietà e di immobili, nonché il deposito e la custodia di denaro contante e valori¹⁰⁷.

Infine l'ultima lettera dell'articolo 2 paragrafo 2 esclude i *servizi forniti da notai e ufficiali giudiziari*. Tali attività, che si riconducono ai servizi di autenticazione dei notai e al sequestro immobiliare da parte degli ufficiali giudiziari, sono escluse in quanto si tratta di attività che vengono prestate da soggetti nominati con atto ufficiale dalla pubblica amministrazione, a prescindere dal fatto che tali servizi possano essere considerati connessi a meno con l'esercizio dei pubblici poteri di cui all'articolo 45 TCE.

¹⁰⁷ Diversamente non costituiscono servizi di sicurezza privata la vendita, la consegna e l'installazione e la manutenzione dei dispositivi tecnici di sicurezza.

5. I servizi di interesse economico generale: una nozione aperta.

Nel corso del paragrafo precedente, si è fatto cenno al concetto di servizio di interesse economico generale e si è brevemente segnalato che tali servizi non sono esclusi dal campo di applicazione della Direttiva Servizi.

Ebbene, per cercare di capire la motivazione per cui il legislatore comunitario non li ha voluti escludere, diversamente da quanto è previsto per i servizi di interesse generale, bisogna prima di tutto cercare di capire cosa si riferisca l'ordinamento comunitario con il concetto di servizi di interesse economico generale (d'ora in avanti, per brevità, verrà utilizzata la sigla SIEG).

In primo luogo si evidenzia che il legislatore comunitario è molto parco l'utilizzo nel richiamo ai SIEG, i quali trovano specifica locuzione solamente negli articoli 14 e 106 TUEF e nell'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali. Nello specifico non esiste una definizione a livello comunitario che sia in grado ricomprendere chiaramente cosa si possa intendere con SIEG, ma ancor più semplicemente come servizio pubblico. Ciò è dipeso dal fatto che nella maggior parte degli ordinamenti nazionali appartenenti all'unione europea il concetto e la natura di servizio pubblico assume significati e contenuti differenti, tanto che le istituzioni dell'Unione Europea hanno dovuto utilizzare concetti generici che tenessero conto delle differenze, al fine di ricercare un'evoluzione storico, economico e culturale¹⁰⁸.

Per tal motivo, emergono due figure complesse, il servizio pubblico genericamente inteso ed il SIEG in senso proprio, che altro non è che una mera estensione,

¹⁰⁸ Si v. quanto è stato riportato nel Libro bianco della Commissione sui servizi d'interesse generale del 12 maggio 2004 COM(2004)374 in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2004/com2004_0374it01.pdf

o prolungamento che dir si voglia, del primo, seppur con caratteristiche sensibilmente differenti.

Dati tali aspetti configgenti, la dottrina e la giurisprudenza comunitaria hanno cercato di costruire una nozione di SIEG pensata sulla base di quelli che sono gli elementi costitutivi della tradizione francese,¹⁰⁹ e sulla base del modello anglosassone che si basa sull'assunto "public utility regulation"¹¹⁰.

Sulla base del primo influsso, l'ordinamento comunitario fa proprio il concetto di servizio quale di "*attività indispensabile alla vita collettiva*", indirizzate allo sviluppo e alla realizzazione della solidarietà sociale che, sulla spinta dell'articolo 14 TUEF, cerca di imprimere un aspetto di funzionalizzazione ed economicità proprio dei SIEG¹¹¹.

Sulla base dell'impostazione anglosassone, invece, il SIEG cerca di carpire l'importanza di assoggettare tali servizi alle regole sulla concorrenza e del mercato, preferendo lo Stato regolatore piuttosto che gestore ed operatore diretto nel settore economico¹¹².

Sulla base di queste prime considerazioni si possono leggere con occhio critico gli articoli 16 e 106 TUEF. Il primo dei due articoli, infatti, riconosce il ruolo centrale dei SIEG nel perseguimento degli obiettivi di coesione sociale e territoriale,

¹⁰⁹ Ci si riferisce al broccardo "*services publics à caractère industriel et commercial*" del diritto francese e dal diritto amministrativo francese, per un approfondimento di v. N. RANGONE, I servizi pubblici, Il mulino, Bologna, 1999, pagg. 19-20, concezione seguita anche nell'ordinamento italiano.

¹¹⁰ Per un approfondimento di v. T. PROSSER, *Public services Law: Privatization's Unexpected Offspring*, in *Law and Contemporary problems*, 2000, pagg. 63 e ss.

¹¹¹ In questo modo il servizio pubblico garantisce qualità, efficienza, efficacia, uguaglianza formale e continuità della prestazione.

¹¹² Per un'ampia visione sul punto si v. D. GALLO, I servizi di interesse economico generale: stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea, Giuffrè Editore, Padova, 2011, pagg. 87 e ss.

mentre il secondo dei due citati articoli esprime una regola di equilibrio tra la tutela del mercato e della concorrenza nel settore dei SIEG.

Entrambi gli articoli, pertanto, si dirigono verso un unico obiettivo: garantire che gli Stati membri garantiscano il corretto funzionamento dei servizi pubblici forniti da imprese private¹¹³.

A tutti queste opinioni devono aggiungersi gli interventi chiarificatori della Corte di Giustizia, la quale, per il tramite della proprie pronunce, costituisce una linea guida per l'individuazione degli elementi necessari alla definizione di SIEG.

Per il Supremo organo giurisdizionale ciò che principalmente caratterizza un SIEG è il “*carattere economico dell'attività prestata*”, sebbene per cercare di definire tale concetto vengano utilizzati ed applicati i principi cardine elaborati con riferimento agli accordi tra imprese. In questo modo l'ordinamento giurisprudenziale comunitario cerca di costituire un concetto sopranazionale di impresa, ad ingerenza statale, che si differenzia notevolmente dalle concezioni nazionali, e che opera nel rispetto della concorrenza. Così facendo il giudice comunitario ragiona sulla natura economica piuttosto che sulla qualificazione come impresa dell'ente che svolge la prestazione¹¹⁴, dovendosi considerare come fondamentale il dato concreto della pro-

¹¹³ Se ciò non bastasse si ricordano i due Libri in materia di servizi d'interesse generale. Il Libro Verde del 21 maggio 2003 COM(2003)270 in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2003/com2003_0270it01.pdf che ha delineato un concetto comunitario di SIEG sulla base di specifici elementi: “1) il servizio dev'essere a disposizione della collettività (universalità); 2) qualità del servizio; 3) Accessibilità delle tariffe; 4) Continuità del servizio prestato; 5) Tutela degli utilizzatori del servizio ed il Libro Bianco del 12 maggio 2004 COM(2004)374” in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2004/com2004_0374it01.pdf che si prefiggeva l'intento di analizzare ed aumentare le sicurezze del quadro giuridico adottato con il precedente Libro Verde.

¹¹⁴ “*Is not who is an undertaking but what is economic activity*” Si v. W.P.J. WILS, *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal person*, in *European Law Review*, 2000, pagg. 101 e ss.

duzione e dello scambio di beni e servizi, prescindendo dallo status giuridico dell'ente¹¹⁵.

Sulla base di ciò, perché si possa parlare di attività economica è necessaria l'offerta di beni e servizi e la presenza di un mercato ove la concorrenza fa da padrona e, pertanto, perché si possa configurare un SIEG è necessario che l'attività economica prestata venga resa da un'impresa privata incaricata di fornire un servizio pubblico che diversamente spetterebbe esclusivamente allo Stato.

Pertanto il carattere di economicità dell'attività prestata consiste nell'offrire servizi su un dato mercato a un prezzo pagato dall'utente. Alcune emblematiche pronunce della Corte hanno qualificato come SIEG “*i servizi prestati dalle compagnie aeree quando la copertura del servizio ricade su tratte non redditizie*¹¹⁶”, come anche “*le comunicazioni radiofoniche e televisive*¹¹⁷”, “*i servizi postali di raccolta e distribuzione della corrispondenza*¹¹⁸”.

Recentemente anche le casse malattia gestite da taluni organismi non sono stati fatti rientrare nel novero dei SIEG in quanto perseguono un obiettivo esclusivamente sociale e non economico¹¹⁹.

Ad ogni modo, rimane sempre e comunque ferma la competenza esclusiva degli Stati membri nel definire quali servizi rientrano nella categoria dei SIEG ai

¹¹⁵ Corte di Giustizia CE, 2 luglio 1992, *Dansk Pelsdyravlforening*, C-61/89 ove “non rileva la circostanza che si tratti di una società di un gruppo di interesse economico generale”; Corte di Giustizia CE, 15 maggio 1975, *Frubo*, C-71/74 per le cooperative; Corte di Giustizia CE, 8 giugno 1982, *Nungesser*, C-258/78 con riferimento alle persone fisiche; Corte di Giustizia CE, 16 giugno 1987, *Amministrazione monopoli dello Stato*, C-35/85 relativamente agli organismi pubblici ove si evince che “anche gli enti pubblici possono essere guidati da principi e criteri di natura economica e venire considerati imprese quando operano in contesti di mercato pur esercitando poteri di carattere pubblicistico”.

¹¹⁶ Corte di Giustizia CE, 11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen*, C-320/91.

¹¹⁷ Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1974, *Sacchi*, C-155/73.

¹¹⁸ Corte di Giustizia CE, 19 maggio 1993, *Corbeau*, C-320/91.

¹¹⁹ Corte di Giustizia CE, 16 marzo 2004, *AOK Bundesverband e.a.*, cause riunite C-264/01, C-354/01 e C-355/01.

sensi del Trattato, con la conseguenza che deve considerarsi confermata la competenza nazionale ad individuare gli interessi da soddisfare.

In questo modo, così come giustamente sostenuto, l'intervento pubblico deve essere confinato soltanto a quelle misure atte a garantire le prestazioni che il mercato non sarebbe in grado di fornire, ma che rispondono alla realizzazione dell'interesse pubblico coinvolto dall'esercizio di una determinata attività economica¹²⁰.

Infine, un ultimo aspetto che merita attenzione riguarda l'annoso dibattito della compensazione del servizio pubblico prestato da un'impresa privata. Se cioè, vi sia la possibilità che l'onere a carico dell'impresa esercente il pubblico servizio economico sia "compensato" – o meglio "pagato" – con le risorse statali. Ci si deve chiedere se il "beneficio" che riceve l'impresa privata che presta il servizio pubblico possa essere effettivamente individuato in termini di compensazione vera e propria, per esempio in termini di esonero fiscale, o se diversamente costituisca un aiuto di Stato¹²¹.

Sul punto la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha assunto posizioni diverse, creando due tesi contrapposte.

Da un lato è emersa la "visione giuridica o tesi sugli aiuti di Stato" e dall'altro è nata la "tesi compensativa o visione economica"¹²². In un primo momen-

¹²⁰ Così si v. S. GOBBATO, *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Dir. UE*, 4/2005, 797 ss.

¹²¹ Per un approfondimento sul tema si v. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale: stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Padova, 2011, pagg. 630 e ss. nonché E. M., MILANESI, *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pag. 101 e ss.

¹²² Entrambe le tesi nascono nelle more delle Conclusioni del 30 aprile 2002 dall'Avv. Gen. Jacobs in *MEFI C- 126/01*. I successivi sostenitori della tesi aiuti di stato, rifacendosi alla sentenza della Corte di Giustizia CE, 15 marzo 1994, *Banco de credito industrial SA, C-240/83*, ritengono "che qualsiasi

to il Supremo organo giurisdizionale si era pronunciato affermando che qualora la compensazione sia proporzionata all'onere subito dall'impresa, tale "beneficio" non deve considerarsi come aiuto di stato¹²³. Ma successivamente, interpretando restrittivamente l'articolo 86 TCE oggi 106 TUEF, il Supremo organo ha voluto precisare che "non può considerarsi aiuto di stato una mera compensazione dei costi reali"¹²⁴. Infatti l'impresa esercente un pubblico servizi può sopportare degli oneri aggiuntivi rispetto agli altri operatori economici. In questo modo, se l'intervento dello stato, in termini di esone fiscale, permette di ristabilire la *par condicio* fra imprese concorrenti, non si avrà aiuto di stato ma semplice compensazione, diversamente, nel caso in cui l'impresa esercente il SIEG benefici di un vantaggio fiscale dal quale derivi un beneficio ulteriore a quanto sopportato, si avrà aiuto di stato, posizione ulteriormente confermata anche nella sentenza *Altmark Trans*¹²⁵.

Tale sentenza, pertanto, diventa il punto di riferimento tra la tesi degli aiuti di stato e la tesi compensativa, enunciando, a sua volta, la tesi compensativa attenuata¹²⁶ che si inserisce nel mezzo delle due tesi sopra citate, secondo cui il finanziamento dei servizi pubblici prestato da imprese private può non essere considerato

finanziamento statale di una missione di servizio pubblico costituisce un aiuto di Stato e risulta, pertanto, incompatibile con l'ex art. 87 CE oggi 106 TUEF".

Diversamente i sostenitori della tesi compensativa, i finanziamenti di SIEG non possono essere qualificati come aiuti di Stato se non nel caso in cui il relativo ammontare risulti superiore ai costi sopportati dall'impresa beneficiaria del servizio pubblico affidatole.

¹²³ Tuttavia il Tribunale in due pronunce ha statuito in termini contrari. Si v. Tribunale, 27 febbraio 1997, *FFSA*, T-106/96 e Tribunale, 10 maggio 2000, *SIC*, T-46/97.

¹²⁴ Corte di giustizia CE, 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00.

¹²⁵ Corte di Giustizia CE, 24 luglio 2003, *Almarl Trans GmbH*, C-280/00.

¹²⁶ Si v. M. MEROLA C. MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services public*, in *Cahier de Droit Eur.* 2003, n. 5 e 6 pagg. 639 e ss.

come aiuto di Stato – e sfuggendo così al controllo della Commissione – solo a patto che siano soddisfatte determinati requisiti¹²⁷.

¹²⁷ Tali requisiti sono: l'impresa dev'essere incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico; i parametri di compensazione devono essere predeterminati; la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o parzialmente i costi sostenuti; la scelta dell'impresa deve seguire le regole dell'appalto pubblico.

6. L'incidenza dei servizi d'interesse economico generale nella Direttiva Servizi.

Come sopra analizzato, l'articolo 2 paragrafo 2 della Direttiva 2006/123/CE individua espressamente quali servizi devono ritenersi esclusi dal campo di applicazione della Direttiva Servizi. Nello specifico, alla lettera a) del citato articolo, si prevede che la Direttiva “*non copre i servizi non economici d'interesse generale*”. Se da un lato il legislatore comunitario ha voluto prevedere che i servizi non economici d'interesse generale (tra i quali via rientrano anche servizi sociali e sanitari) non siano soggetti alle disposizioni della Direttiva Servizi, per l'opposto si può con certezza affermare che i servizi di interesse economico generale rientrano nel campo d'azione della Direttiva Servizi.

A tale conclusione si può giungere anche partendo da altre premesse. La Direttiva Servizi copre e disciplina la libera prestazione dei servizi nello spazio comunitario, intendendosi per servizio¹²⁸ quell'attività economicamente rilevante prestata anche occasionalmente da un professionista e/o società verso un soggetto, genericamente inteso, stabilito in un diverso Stato membro. In questo modo risulta semplice poter escludere dal campo d'azione quei servizi pubblici che vengono prestati per finalità collettive. Così dicendo, tenuto conto dell'ampia portata delle nozioni di servizio, si può con certezza riconoscere che anche i SIEG sono soggetti alle disposizioni della Direttiva Servizi; in quanto si tratta di attività/servizi pubblici riferibili a contorni sociali, ma aventi le caratteristiche proprie indicate nell'articolo 50 TCE oggi 56 TUEF, e rivestiti del carattere economico. Ecco allora, che se da un lato la

¹²⁸ Richiamo quanto già espresso in chiusura del par. 2 di questo Cap.

Direttiva Servizi non prevedere espressamente la tipologia dei servizi a cui si riferisce, con un minimo sforzo interpretativo si può riuscire a ricostruire con semplicità quali attività sono *ivi* ricomprese.

A ogni buon conto bisogna tenere a mente che, per un'analisi accurata della disciplina sui servizi, non ci si deve fermare a quanto contenuto negli articoli della Direttiva, ma bisogna far riferimento anche a quanto previsto nel Preambolo. È proprio in questa parte che si può leggere *“La presente direttiva si applica soltanto ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico. I servizi d'interesse generale non rientrano nella definizione di cui all'articolo 50 del trattato e sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva. I servizi d'interesse economico generale sono servizi che, essendo prestati dietro corrispettivo economico, rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva”*¹²⁹. Così facendo il legislatore comunitario ha cercato di ricondurre nel campo d'azione della Direttiva Servizi anche quei servizi che formalmente non sono indicativi di una attività economica privata, ma sopportano l'ingerenza di intervento pubblicistico, mantenendo sempre fermo l'obiettivo di non privatizzare servizi pubblici a discapito del fruitore più debole.

Date queste brevi premesse, potrebbe sembrare che i SIEG trovino specifica regolamentazione nella Direttiva Servizi. Ma da un'attenta e ragionata lettura risulta il contrario. Infatti, stante quanto precisato in tema di principio di complementarità¹³⁰, la Direttiva Servizi non si applica nel caso in cui sussistano atti comunitari di settore che confliggono con la stessa. Così facendo le disposizioni di settore in mate-

¹²⁹ Considerando n. 17.

¹³⁰ Si v. Cap. I par. 2

ria di SIEG sono destinate a prevalere rispetto alla Direttiva Servizi. Inoltre, il considerando n. 8 prevede che *“le disposizioni della presente direttiva relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d’interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione”*. Tale disposizione deve essere letta con l’articolo 1 paragrafo 2 secondo cui *“La presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d’interesse economico generale riservati a enti pubblici o privati, né la privatizzazione di enti pubblici che forniscono servizi”* e con il paragrafo 3 che così recita: *“La presente direttiva non riguarda né l’abolizione di monopoli che forniscono servizi né gli aiuti concessi dagli Stati membri cui si applicano le regole comunitarie di concorrenza”*. Tale combinato disposto determina inesorabilmente una limitazione dei SIEG nel campo d’azione della Direttiva Servizi, in quanto il legislatore comunitario ha voluto giustamente prevenire un’eccessiva privatizzazione di quei servizi ancora soggetti, in molti Stati membri, da sistemi di regolamentazione e concessione¹³¹.

Inoltre si prendano in esame gli articoli 14 e 15 della Direttiva Servizi. Da tali disposizioni emerge che i SIEG sono soggetti alla disciplina sulla libertà di stabilimento, salvo eccezioni. Ecco il punto critico. I SIEG, sono espressamente esclusi dal campo d’azione delle disposizioni sulla libera prestazioni di servizi di cui agli articoli 16 della Direttiva Servizi. In questo modo si crea un paradosso. L’ordinamento

¹³¹ Si v. Costamagna F., *Direttiva “servizi” e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Dir. com. e degli scambi inter.*, 2009, pagg. 111 e ss.

comunitario, infatti, grazie anche agli intereventi della Corte di Giustizia, da un lato cerca in ogni modo di estendere l'ambito di applicazione delle libertà di stabilimento e libera prestazione garantite nel Trattato ad un numero costante di attività di interesse pubblico seppur prestate da imprese private, ma contemporaneamente esclude i SIEG da campo d'azione delle disposizioni 16 e seguenti della Direttiva Servizi.

In questo modo si potrebbe sostenere che sul versante teorico la Direttiva Servizi è diretta all'applicazione dei SIEG, ma nel contesto pratico questo non riesce a realizzarsi, a causa dell'individuazione di numerose categorie di SIEG esclusi dal campo d'azione delle Direttiva (tra cui i servizi sanitari) nonché a causa della limitazione riconosciuta dall'articolo 17 che formalmente fa rientrare nel mercato unico dei servizi solamente quei SIEG che non vengono prestati secondo le modalità di cui agli articoli 16 e seguenti.

7. L'articolo 1 del D. Lgs. 59/2010 amplia la portata della Direttiva Servizi?

Sino a questo momento si è cercato di porre l'accento sulla portata applicativa della Direttiva Servizi, ma ora è necessario spingersi oltre. L'ordinamento italiano ha recepito la disciplina comunitaria per il tramite del D. Lgs. 59/2010 il quale da un lato fa propri i principi e le garanzie espresse nella Direttiva, ma dall'altro sembra estendere l'oggetto della disciplina. Per capire ciò bisogna confrontare quanto stabilito all'articolo 2, paragrafo 1, della Direttiva Servizi (*“La presente direttiva si applica ai servizi forniti da prestatori stabiliti in uno Stato membro”*) e quanto espressamente disciplinato all'articolo 1, comma 1, del D. Lgs. 59/2010 che così recita: *“Le disposizioni del presente decreto si applicano a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale”*.

Da una prima lettura risulta pacifico che il legislatore italiano abbia voluto spingersi oltre rispetto a quanto previsto in ambito comunitario. Infatti l'Italia non ha voluto trasportare nel proprio testo di legge attuativo quanto disposto dal legislatore comunitario nella Direttiva Servizi, ma ha preferito definire autonomamente l'oggetto e la finalità del D. Lgs. 59/2010.

In questo modo non è stato inserito il termine *“servizio”*, ma si è preferito parlare più genericamente di *“qualunque attività economica”* volendosi riferire, per converso, a quelle attività che sono dirette allo *“scambio di beni”*, ovvero *“alla fornitura di una prestazione”*. Ecco allora che apparentemente il legislatore nazionale, recependo la normativa quadro in materia di servizi, ha volutamente esteso

l'applicazione della disciplina anche allo scambio di beni, attività che per loro stessa definizione non sono ricomprese nella nozione servizio, anche se tale impostazione non è scevra di osservazioni.

Le ragioni giustificative discendono dal fatto il Trattato contiene una definizione di servizio che non può essere riconducibile alle sole attività ricomprese nel settore terziario. Infatti l'art. 57 TUEF specifica che costituiscono servizi oltre le attività di carattere "*commerciale, artigiane e relative alle libere professioni*" anche le attività di carattere "*industriale*". In questo modo sembrerebbe rientrare nella nozione di servizio anche l'attività industriale considerata nel momento statico della produzione piuttosto che nel momento dinamico dello scambio¹³².

In questi termini nella nozione di servizio, e pertanto nel campo di applicazione della Direttiva, vi rientrano tutte le attività aventi le caratteristiche indicate nell'articolo 57 TUEF ed *ivi* specificamente ricomprese, senza però che tale attività possa essere riconducibile alla nozione di servizio italiano¹³³.

Quindi, ecco il punto di partenza della Direttiva, la quale ricomprende, salvo specifiche esclusioni, quei servizi che sono riconducibili anche ad attività industriali riferibili pertanto al settore dello scambio dei beni in senso lato. In questo modo il legislatore italiano si è trovato dinnanzi ad un ostacolo. Recepire una disciplina che apparentemente si riferisce alla prestazione di servizi, ma nel contempo tutela anche lo scambio di beni, tendo sempre in considerazione la natura che viene attribuita al concetto di servizio e di bene in Italia.

¹³²Questo è quanto è emerso, nel corso dell'incontro formativo nazionale sulla Direttiva Servizi tenutosi a Roma il 10 e 11 maggio 2010, da Sergio Fiorentino Capo Ufficio Legislativo Ministro per le politiche Europee, intervento leggibile in www.direttivaservizi.eu

¹³³ Per la nozione di servizio in Italia si v. il par. seguente.

Così facendo il legislatore italiano ha ben pensato di evitare di utilizzare il termine servizio come oggetto dell'attività di cui all'articolo 1 del D. Lgs. 59/2010, preferendo servirsi di una circonlocuzione che rinvia alla stessa nozione cioè alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale¹³⁴, riconoscendo, poi, l'ambito di applicazione della normativa italiana anche il settore dello scambio di beni seppur riferito, come si vedrà nel prosieguo, esclusivamente a quei settori che sono riconducibili a prestazioni miste di *facere* e *dare*, o meglio in quei settori dove la prevalenza del *facere* è nettamente superiore al *dare*¹³⁵.

Inoltre deve rendersi in considerazione l'articolo 8 comma 1 lett. del D. Lgs. 59/2010 il quale definisce il servizio come “*qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione*”.

Rispetto alla definizione contenuta nella direttiva¹³⁶, con tale assunto il legislatore italiano ha voluto proporre una traduzione della locuzione attività non salariata con una traduzione che è più vicina alla nostra terminologia e che secondo i redattori del testo normativo italiano sembra equivalente alla nozione di attività svolta senza vincolo di subordinazione¹³⁷. Così facendo si è voluto porre l'accento anche su un altro requisito che caratterizza il corpo normativo: la forma imprenditoriale o pro-

¹³⁴ Ciò è dovuto da fatto, come si dimostrerà nel seguente paragrafo, che in Italia la nozione di servizio non può essere riconducibile ad un *facere*, ma esistono situazioni giuridiche che sono composte di prestazioni di fare e di dare (es. il contratto d'opera).

¹³⁵ Su questo punto si rinvia al Cap. VI par. 3 ove sarà analizzata la questione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, ove, in via del tutto generale sembra essere un'attività che non rientra nel concetto di servizio, ma piuttosto di scambio di beni.

¹³⁶ Si v. l'articolo 4, paragrafo 1, let. a) “*qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione*” nonché quanto precisato nei paragrafi 2 e 3 del presente capitolo.

¹³⁷ Si v. l'incontro formativo nazionale sulla Direttiva Servizi tenutosi a Roma il 10 e 11 maggio 2010, da Sergio Fiorentino Capo Ufficio Legislativo Ministro per le politiche Europee, intervento leggibile in www.direttivaservizi.eu

fessionale con la quale si è cercato di trasportare nell'ordinamento italiano la locuzione attività economica secondo quanto previsto a livello normativo. È stata infatti scelta questa terminologia per fugare ogni dubbio circa il fatto che venisse recepito ai fini dell'applicazione della disciplina contenuta nel decreto legislativo la stessa nozione di impresa che rileva ai fini dell'applicazione del diritto comunitario sulla concorrenza¹³⁸.

Pertanto, volendo concludere su punto anticipando quanto verrà trattato nel prossimo paragrafo, si può affermare che il legislatore italiano per riuscire a recepire appieno la normativa comunitaria, ha dovuto tenere in considerazione che la nozione di servizio comunitario è situazione più ampia e complessa rispetto a quanto viene riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale in materia di servizi.

Difatti secondo l'ordinamento comunitario per servizio si considerano tutte quelle *attività* che seguono i caratteri indicati all'articolo 50 TCE oggi 57 TUEF e che possono essere riconducibili anche a situazioni di scambio di beni. Diversamente nell'ordinamento italiano, i servizi sono ricompresi in quei rapporti obbligatori che hanno per oggetto una prestazione di fare, o di fare misto a dare, ma che nulla hanno a che vedere con obbligazioni traslative di un diritto soggettivo verso altro soggetto.

¹³⁸ Per questo si rimanda a quanto scritto in più riprese nel corso di questo Cap. nei paragrafi 2, 5 e 6.

8. La nozione di servizio in Italia

Riprendendo quanto è stato detto in chiusura del paragrafo precedente, per riuscire ad inquadrare la nozione di servizio in Italia è necessario partire da alcune considerazioni di principio.

Innanzitutto si deve precisare che nel codice civile italiano non è presente una definizione puntuale di servizio e che, pertanto, si deve ricavare in via residuale rispetto a quanto contenuto nell'articolo 810 c.c. che definisce i beni. Sotto questo profilo, l'ordinamento italiano considera bene *“le cose che possono formare oggetto di diritti”*. Così facendo il legislatore ha definito il bene come l'oggetto di cui tiene conto il diritto; lasciando impregiudicato il concetto di cosa inteso nella sua concezione di entità materiale o immateriale¹³⁹. In questo modo i beni sono entità utili, atte a soddisfare un bisogno umano e suscettibili di appropriazione cosicché esistono cose, intese come parte separata della materia circostante¹⁴⁰, che non sono riconducibili alla categoria giuridica di bene come per esempio l'aria o l'acqua in quanto non possono essere oggetto di appropriazione.

Ciò premesso la nozione di servizio ha carattere residuale rispetto a quanto appena enunciato. Infatti, l'ordinamento considera il servizio come l'oggetto della prestazione che è finalizzata al soddisfacimento dell'interesse del creditore. Così intesa la prestazione dovuta identifica uno degli elementi costitutivi del rapporto ob-

¹³⁹ Così si v. Trabucchi A., Istituzioni di diritto civile, CEDAM, Padova, 2009, pagg. 527 e ss. ove l'A. precisa che *“nella di bene la cosa è vista come punto di riferimento oggettivo di una considerazione giuridica che è collegato al diritto soggettivo dell'uomo.”*

¹⁴⁰ Così Santoro Passarelli F., Dottrine generali del diritto civile, Jovene Editore, Bologna, 1997, pagg. 55 e ss.

bligatorio¹⁴¹, e precisamente l'oggetto dell'obbligazione, da considerarsi come il programma materiale o giuridico che il debitore è tenuto a realizzare e a cui il creditore ha diritto¹⁴².

Bisogna tenere a mente che l'ordinamento civile italiano tende a ragione per categorie giuridiche e soprattutto in questo contesto tende a classificare le obbligazioni con riferimento al contenuto e all'oggetto della prestazione. In questo modo si individuano le obbligazioni di dare, fare e non fare, ripartizione che ci potrebbe essere utile per cercare di capire quali rapporti obbligatori hanno per oggetto beni e quali servizi¹⁴³. Così dicendo si devono considerare quali obbligazioni di dare quelle aventi per oggetto il trasferimento di un diritto o la consegna materiale di un bene (*tradizione del possesso*), essendo la titolarità già passata nel compratore. Queste due tipologie sono ampliate dalle obbligazioni di dare con contenuto restitutorio.

Diversamente, le obbligazioni di fare hanno per oggetto il compimento di un'attività materiale o giuridica, che non consiste in un dare¹⁴⁴. Così dicendo si determina l'ambito applicativo degli articoli 2931 e 2932 c.c., secondo cui, nel caso in cui un'opera materiale o un servizio non vengano prestati, ecco che l'avente diritto

¹⁴¹ Unitamente alla prestazione perché si concretizzi il rapporto obbligatorio è necessario che sussistano le posizioni soggettive (di debito e credito), nonché l'interesse che la prestazione deve soddisfare. Per un approfondimento su questi due ultimi aspetti si v. M. BIANCA, *Obbligazioni e contratti, responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pagg. 21 e ss.

¹⁴² In questo modo si esprime l'orientamento tradizionale di indole romanista, secondo cui la prestazione avrebbe carattere soggettivo. Essa consisterebbe esclusivamente in un comportamento del debitore. Si contrappone a questa tesi la corrente di chi sostiene la prestazione come oggettiva, identificando la prestazione nel risultato dovuto, inteso ora come la situazione che il rapporto obbligatorio è volto a realizzare ora come il soddisfacimento dell'interesse creditorio. Entrambe le tesi sono soggette a forti critiche.

¹⁴³ La distinzione tra le obbligazioni in relazione al risultato è stata concepita dal diritto romano, che prevedeva una contrapposizione esclusivamente tra il dare ed il fare essendo il non fare ricompreso in quest'ultima categoria. Era invece presente il termine *praestare* che si riferiva all'attività diretta alla costituzione di una garanzia.

¹⁴⁴ Si v. A. ZARRELLI, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, Jovene, Napoli, 1969, pagg. 91 e ss. Con il termine *facere*, infatti, si allude ad un'attività positiva o negativa che non si riferisce al trasferimento di un diritto sulla cosa.

può ottenere l'esecuzione a spese dell'obbligato delle prestazioni, intese come attività, rimaste inadempite¹⁴⁵, ovvero l'avente diritto può ottenere una sentenza produttiva dell'effetto dell'atto non compiuto nell'ipotesi in cui l'obbligazione di fare rimasta inadempita abbia per oggetto il compimento di atti giuridici (2932 c.c.).

Infine le obbligazioni di non fare si caratterizzano per essere obbligazioni a contenuto negativo, per le quali il debitore non deve compiere o dare alcunché, sempre tenuto in considerazione che il comportamento omissivo del debitore deve corrispondere ad un interesse per creditore.

Si inizia così a delineare la distinzione intercorrente tra le obbligazioni di dare e di fare, ove le prime hanno per oggetto lo scambio di beni mentre le seconde si caratterizzano per la prestazione di attività materiali, meglio identificabili come prestazione di servizi.

Ad ogni modo, bisogna tenere a mente che non sempre la distinzione tra le due categorie di obbligazioni risulta agevole. Esistono infatti delle situazioni giuridiche per le quali la prestazione di fare implica l'alienazione del bene prodotto, ovvero l'attribuzione di un bene coinvolge un'attività creativa. In questo modo si vengono a delineare rapporti obbligatori che contengono sia obbligazioni di dare sia obbliga-

¹⁴⁵ La giurisprudenza, in un primo momento, era orientata nel ritenere che la tutela di cui all'art. 2931 c.c. potesse esperirsi solamente nei confronti delle obbligazioni di fare fungibile, cioè nei riguardi di quelle obbligazioni che possono essere eseguite per l'opera di altri; Cass. Civ., 28 marzo 1970, n. 864. Recentemente questo orientamento è mutato. Infatti, l'azione di condanna ex art. 2931 c.c. è ammissibile anche con riferimento a rapporti contrattuali che importino obblighi di fare infungibile, per loro natura, insuscettibili di esecuzione forzata, in quanto l'impossibilità materiale o giuridica di esecuzione della pronuncia di condanna costituisce il presupposto della domanda risarcitoria equivalente; Cass. Civ., 8 maggio 1980, n. 3036 e Cass. Civ. 1 dicembre 2000, n. 15349.

zioni di fare, dove la prevalenza dell'uno o dell'altro costituisce il punto di riferimento per distinguere il contratto d'opera rispetto alla vendita¹⁴⁶.

Stante quanto sopra detto, si possono identificare contratti tipici di natura mista il cui oggetto si caratterizza per la prevalenza di obbligazioni tipicamente di *fare* (la creazione dell'opera) rispetto all'obbligazione di *dare* che acquista carattere secondario (la vendita dell'opera creata), in quanto il trasferimento del diritto è subordinato alla realizzazione dell'opera preventivamente pattuita. Pertanto all'obbligazione di creare l'opera (intesa in questi termini come pura prestazione di fare dove è semplicemente richiesto il comportamento attivo secondo diligenza del prestatore) si aggiunge il risultato a cui deve essere diretta l'attività prestata (la realizzazione dell'opera), potendosi con certezza affermare che stiamo analizzando un'obbligazione di *fare mista a risultato*¹⁴⁷.

In questi termini possiamo affermare che il servizio, inteso come mera attività anche a carattere intellettuale, svolta in forma imprenditoriale o professionale fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione, viene individuata nell'ordinamento italiano in tutte quelle obbligazioni che hanno per oggetto una prevalenza di *fare*, inteso come compimento di un'attività che nulla ha a che vedere con il trasferimento del diritto proprio delle obbligazioni di *dare*.

¹⁴⁶ Lo stesso problema si pone anche tra il contratto d'appalto ed il contratto di compravendita, in quanto anche l'appalto, come il contratto d'opera, è caratterizzato dalla prevalenza dell'attività creativa rispetto all'alienazione del bene.

Ciò che diversamente differenzia il contratto d'appalto rispetto al contratto d'opera riguarda non tanto la natura o l'oggetto o il contenuto della prestazione, bensì con riferimento all'organizzazione e alle caratteristiche, anche dimensionali, dell'impresa cui è stata commissionata l'esecuzione dell'opera (Cass. Civ. 17 settembre 1997, n. 9237 e Cass. Civ. 4 giugno 1999, n. 5451); in quanto solo nel contratto d'appalto l'attività viene svolta da un'impresa media o grande, mentre nel contratto d'opera l'attività viene svolta prevalentemente dallo stesso prestatore.

¹⁴⁷ La dottrina è pressoché concorde nel ritenere che è difficile considerare le obbligazioni di risultato come obbligazioni di fare, in quanto nelle prime manca l'attività alla quale il debitore è specificamente tenuto. Tali questioni verranno ampiamente analizzate al Cap. IV par. 9.

Ecco quindi che, se per l'ordinamento comunitario con servizio si intendono anche quelle attività che rientrano nel campo della attività industriali, in Italia con il termine servizio ci si riferisce esclusivamente ad attività che sono riferibili a prestazioni creative o intellettive, ove lo scambio di quanto prodotto assume valore secondario rispetto all'obbligazione principale che consiste sempre e comunque in un *fa-re*.

CAPITOLO III

I SERVIZI PRESTATI NELL'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI STABILIMENTO

Sommario: 1. La libertà di stabilimento quale diritto per la prestazione di servizi - 2. Il confronto con la libertà di stabilimento riconosciuta nel Trattato - 3. La semplificazione amministrativa nella Direttiva Servizi - 4. Segue: Gli sportelli unici e le procedure elettroniche che sostituiscono e semplificano l'iter di accesso al mercato dei servizi - 5. Segue: I regimi di autorizzazione: il limite del motivo imperativo d'interesse generale - 6. Segue: la difficile lettura delle restrizioni vietate e da valutare nella Direttiva Servizi - 7. La libertà di stabilimento, non espressamente affermata, nel D. Lgs. 59/2010 - 8. La semplificazione amministrativa in materia di stabilimento: i regimi autorizzatori nel D. Lgs. 59/2010.

1. La libertà di stabilimento quale diritto per la prestazione di servizi

Il legislatore comunitario, per mezzo della Direttiva Servizi 2006/123/CE, ha cercato di porre le basi per l'effettiva e concreta attuazione delle disposizioni sulla libertà di stabilimento (ex artt. 43 e ss. TCE, oggi artt. 49 e ss. TUEF) nonché sulla libera circolazione dei servizi (ex artt. 49 e ss. TCE, oggi artt. 56 e ss. TUEF).

Con tale Direttiva si è dato vita, da un lato, ad un processo di semplificazione nei confronti di quelle procedure amministrative che tendevano a limitare o quanto meno ad inibire la libera circolazione dei servizi nel mercato unico europeo e, dall'altro, si è imposta la riduzione dei casi di autorizzazione necessari per poter esercitare quel tanto acclamato e tutelato diritto allo stabilimento nei vari Stati membri.

Con la “nuova” ed integrata regolamentazione sulla circolazione dei servizi, ciascun singolo prestatore - *inteso come qualsiasi persona fisica, avente cittadinanza di uno Stato membro, o qualsiasi persona giuridica di cui all'articolo 48 TCE, stabilita in uno Stato membro, che offre o fornisce un servizio*¹⁴⁸ -, potrà liberalmente scegliere di stabilirsi in un determinato Stato membro ovvero di prestarvi il proprio servizio senza stabilirvisi¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Così recita l'articolo 4, n. 2 della Direttiva Servizi. L'obiettivo di eliminare le restrizioni sulla libera circolazione dei servizi era già stato oggetto di un decisivo intervento operato dal Consiglio della CEE con il "Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi" pubblicato in *Gazzetta ufficiale n. 002 del 15/01/1962 pag. 0032 - 0035* e ad oggi leggibile in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31961X1201:IT:HTML>

¹⁴⁹ Sul punto si devono prendere in considerazione sia il considerando n. 36 della Direttiva servizi sia l'articolo 16, par. 2 attraverso i quali vengono tutelate entrambe le predette libertà. Sulla rilevanza dell'articolo 16 si può leggere I. MIRANDA, *Dal principio del paese d'origine alla clausola "libera prestazione di servizi", l'art. 6 della Direttiva 2006/123/CE. Quali novità per la libera circolazione dei servizi nel mercato interno?* in *Contr. e Imp. Europa* 2007 pag. 347 e ss.

Sebbene da una prima lettura della Direttiva sembra non esservi dubbio sulla possibilità che il diritto di stabilimento possa essere esercitato indistintamente sia da persone fisiche sia da persone giuridiche, una precisazione dev'essere fatta sul punto. Infatti, prima dell'adozione della normativa sui servizi, nonostante quanto era disciplinato nel Trattato, si evidenziava una netta differenza di trattamento tra il diritto di stabilimento delle persone fisiche e quello della persone giuridiche¹⁵⁰.

Tale orientamento interpretativo, infatti, è scaturito da una risalente decisione della Suprema Corte di Giustizia¹⁵¹, la quale aveva espressamente statuito che "*le persone fisiche e giuridiche sono diverse e la particolare natura di queste ultime ne impedisce una completa equiparazione in punto di libertà di stabilimento*".

Per cercare di superare, o quanto meno di circoscrivere, questo orientamento a prima vista discriminatorio, in ambito comunitario si era iniziato a ragionare in termini di diritto di stabilimento primario e diritto di stabilimento secondario. Con il primo dei due brocardi appena evidenziati, la dottrina e la giurisprudenza di maggior rilievo intendono riferirsi alla facoltà con la quale una società può costituirsi in uno Stato membro e trasferire la propria sede legale in altro Stato membro aderente alla Comunità. Diversamente, con il diritto di stabilimento secondario ci si riferisce alla facoltà con cui una società può, senza limiti di numero, aprire succursali o filiali in uno Stato membro diverso rispetto a quello ove è sita la sede legale¹⁵².

¹⁵⁰ Sul punto si v. ampiamente G. CONTALDI, Libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, A. TIZZANO (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2006, pagg. 1325 e ss.

¹⁵¹ Si v. Corte di Giustizia CE, 27 settembre 1988, *Daily Mail and General Trust*, C-81/87, in *Racc.*, 988 pag. 5483.

¹⁵² Per un approfondimento sul tema si può v. M. CONDINANZI, La libertà di stabilimento, in *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, a cura di STROZZI, Giappichelli Editore, Torino, 2006, pagg. 187 e ss.

Tali due concetti sono il risultato dell'opera interventista anche del giudice delle comunità europee, che per mezzo dello strumento del *distinguishing* ha cercato di superare l'orientamento discriminatorio sopra riportato.

In questo modo, già prima dell'introduzione della Direttiva Servizi, la prassi dei Supremi Tribunali, riconosceva la libertà di stabilimento a titolo secondario a tutte le persone giuridiche, cosicché gli Stati membri non potevano togliere efficacia al procedimento costitutivo che aveva dato origine alla nascita di una società in Paese diverso soggetta ad un ordinamento straniero¹⁵³.

Il problema di fondo che non ha mai portato ad un effettivo diritto di stabilimento delle società, è dovuto al fatto che le numerose "direttive societarie" emanate dal legislatore comunitario non hanno mai preso in effettiva considerazione il problema del diritto di stabilimento delle persone giuridiche nei territori degli Stati membri. Infatti, tutte le direttive di settore concentravano la loro attenzione esclusivamente sui rapporti interni ed esterni delle società, senza regolare in alcun modo il trasferimento della sede legale da un Paese ad un altro. Tale macroscopica omissione, unita al fatto che l'articolo 293 TCE¹⁵⁴ non è mai stato formalmente applicato da nessuno Stato membro, ha determinato la disapplicazione sostanziale dell'ex art. 43, comma 2, TCE oggi art. 49, comma 2 del TUEF¹⁵⁵.

¹⁵³ Si v. Corte di Giustizia CE, 5 novembre 2002, *Überseering BV*, C-208/00, in *Racc.* 2002, p. I-9919.

¹⁵⁴ L'articolo così recita: "*Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse*".

Per puro amor di discussione, anche se non si condivide l'ipostazione, c'è stato chi ha ritenuto tale disposizione identifi chi non tanto un obbligo, quanto più un "invito". Si v. G. CONTALDI, *Libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, A. TIZZANO (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2006, pag. 1328.

¹⁵⁵ Vi fu un precedente storico in cui, con la Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968, si cercò di attuare il reciproco riconoscimento delle persone giuridiche nell'Unione Europea. Tale intervento, tuttavia, fu quanto mai un insuccesso, determinato dalla mancata ratifica da parte dei Paesi Bassi.

Tuttavia, l'uscita da questo *empasse* interpretativo ed applicativo si realizza grazie al provvidenziale intervento delle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità Europea. In più occasioni infatti (si pensi al caso *Centros*¹⁵⁶ alla sentenza *Inspire Art*¹⁵⁷ ovvero anche alla già citata sentenza *Überseering BV*), la Corte di Giustizia ha voluto imprimere una forza invasiva nell'interpretazione delle disposizioni degli articoli 43 e seguenti del vecchio TCE, proclamando orientamenti opposti rispetto a quanto l'interpretazione restrittiva del diritto comunitario cercava di imporre¹⁵⁸.

Le pronunce sopra citate sono state *l'incipit* per la redazione dei principi ispiratori della nuova Direttiva Servizi in tema di libertà di stabilimento applicabile anche alle società. Infatti, leggendo i vari considerando che fanno da premessa alla normativa di settore, si possono ritrovare i principi di fondo che erano già stati promanati attraverso le varie pronunce della Corte di Giustizia¹⁵⁹. Tuttavia, anche se da un lato con la Direttiva Servizi si è voluto imprimere un profilo liberale al diritto di stabilimento del singolo prestatore, dall'altro rimangono applicabili e fanno da pa-

¹⁵⁶ Si v. Corte di Giustizia CE, 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97, in *Riv. dir. Comm.*, 2000, II, pagg. 73 e ss. con nota di Mechelli.

¹⁵⁷ Si v. Corte di Giustizia CE, 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, in *Giur. Comm.*, 2005, II, pagg. 5 e ss. con nota di Nocella.

¹⁵⁸ Tra le citate sentenze, si consideri la sentenza *Centros*, con la quale è stato ritenuto in contrasto con il diritto comunitario "il rifiuto opposto dallo Stato norvegese alla registrazione di una succursale di una società costituita in conformità al diritto di un altro Stato membro, quando la costituzione della succursale ha lo scopo di consentire alla società richiedente di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale ha sede la succursale". Si è precisato, inoltre, che la "libertà di stabilimento può essere limitata solo esclusivamente nel caso in cui il suo esercizio abbia lo scopo di eludere fraudolentemente l'applicazione delle disposizioni nazionali in tema di tutela di interessi di ordine pubblico". Su quest'ultimo punto, si tornerà più ampiamente nel paragrafo 4 di questo Capitolo.

¹⁵⁹ Con riferimento a quanto pronunciato nella sentenza *Centros* si v. i considerando n. 39, 42 e 79; con riferimento alla sentenza *Überseering BV* si v. i considerando n. 65, nonché per la pronuncia *Inspire Art* si v. il considerando n. 73 con specifico riferimento alle società costituite all'estero. Si precisa, relativamente a questo contesto, che sarà importante capire come l'Italia applicherà le disposizioni contenute negli articoli 2507 e ss. del c.c. Infatti sarà opportuno valutare se i requisiti contenuti negli articoli 2509 e 2509-bis costituiscano requisiti discriminatori o comunque in contrasto con la direttiva servizi.

drone gli orientamenti giurisprudenziali costruiti attorno agli articoli 43 e 48 del vecchio TCE.

Nell'impostazione giurisprudenziale comunitaria, infatti, si considera una persona giuridica validamente riconosciuta quando *“questa è validamente costituita secondo le disposizioni dello Stato membro ospitante, ed avendo un legame effettivo con il territorio comunitario, anche se nulla vieta che la sua composizione sia formata da persone fisiche non aventi cittadinanza comunitaria¹⁶⁰”*.

Diversamente, l'orientamento assunto dalla Direttiva Servizi risulta più parco, prevedendo che non vi possa essere alcuna limitazione sul diritto di stabilimento che si radichi *“su requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza”* o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale.

Pertanto, sulla base di tali considerazioni, leggendo l'articolo 14 della Direttiva Servizi si può propendere nel ritenere che attraverso tale disposizione ci si voglia riferire non tanto ad un concetto di cittadinanza europea genericamente inteso¹⁶¹, ma più semplicemente al concetto di appartenenza nazionale di ogni singolo soggetto di diritto, a cui viene riconosciuto il diritto di stabilimento; diritto che, seguendo quanto verrà trattato *infra*, vuole essere riconosciuto e garantito a tutti i prestatori, sia professionisti, sia società.

¹⁶⁰ Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 2004, *Commissione/Paesi Bassi*, C-299/02 in *Racc.* I-9761.

¹⁶¹ Si deve tenere a mente che il concetto di cittadinanza europea è tutt'oggi al centro di forti contrasti dottrinali e giurisprudenziali, in quanto non esiste una valida definizione per l'intera Comunità che possa definire in via puntuale tale concetto.

2. Il confronto con la libertà di stabilimento riconosciuta nel Trattato

Come esposto nel paragrafo precedente l'argomento in esame si inserisce nel novero dell'ampio contesto dei principi generali del diritto comunitario affiancandosi, in tutto e per tutto, alle altre libertà quali: la libera circolazione delle persone e dei capitali.

Tuttavia, come sarà valutato oltre¹⁶², proprio perché la libertà di stabilimento attiene ad uno dei principi fondamentali riconosciuti nel TUEF, è necessario che il legislatore comunitario, coadiuvato dall'intervento della Corte di Giustizia, stabilisca dei limiti e delle eccezioni alla libertà di stabilimento, limiti che, da un lato, devono essere interpretati in via restrittiva e, dall'altro, devono essere imposti non per limitare la libertà in questione, ma per garantirla¹⁶³.

Sulla spinta di tali affermazioni, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, riferendosi al campo dei servizi, ha affermato che la libera prestazioni di servizi, così come espletata anche attraverso la libertà di stabilimento, è un principio fondamentale che deve essere riconosciuto a chiunque. Così facendo, si è voluto precisare che tali libertà possono essere limitate esclusivamente da disposizioni normative che si riferiscono alla tutela dell'ordine pubblico¹⁶⁴. Da ciò ne deriva, per ovvia conseguenza logico-giuridica, che le libertà riconosciute nel TUEF non sarebbero piena-

¹⁶² Si v. par. 5 e 6 di questo Cap. che si riferiscono alle restrizioni introdotte dalla Direttiva Servizi.

¹⁶³ Per un attenta analisi dottrinale sul punto si può v. M. CONDINANZI, La libertà di stabilimento, in Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale, a cura di STROZZI, Giappichelli Editore, Torino, 2006, pagg.172 e ss.; R. MASTROIANNI, La libera prestazioni di servizi, in Strozzi G. (a cura di), Il diritto dell'Unione Europea, parte speciale, Giappichelli Editore, 2010, pagg. 221-272; M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale, in Il diritto privato dell'Unione europea, A. TIZZANO (a cura di), Giappichelli Editore, 2006, pagg. 330 e ss.;

¹⁶⁴ Si v. Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1981, *Webb*, C-279/80.

mente realizzate se gli Stati membri le potessero limitarle a loro esclusiva discrezione, limitando in questo modo la possibilità di accesso al mercato¹⁶⁵.

Pertanto, tutte queste libertà devono essere riconosciute in modo esclusivo e pieno, applicate senza qualsivoglia discriminazione o ingerenza da parte degli Stati membri i quali devono esclusivamente garantire che i loro regimi di autorizzazione per l'accesso al mercato siano esclusivamente imposti per il rispetto di motivi imperativi di ordine pubblico¹⁶⁶.

Sulla scia di quanto sin ora esposto, va precisato che in molte occasioni si è cercato di porre l'accento sul problema della doppia imposizione normativa.

Premesso che, come già si è avuto modo di enunciare¹⁶⁷ la normativa fiscale non rientra nel campo d'azione della Direttiva Servizi, prima dell'adozione della stessa, il prestatore era soggetto alla normativa dello Stato di stabilimento e a quella dello Stato di prestazione.

Se da un lato tale principio risultava positivo e favorevole, dall'altro le condizioni imposte dalle norme dei diversi paesi membri dovevano essere le medesime per evitare di incorrere, altrimenti, in possibili situazioni di discriminazione normativa. Infatti, non è possibile imporre condizioni aggiuntive al prestatore di un altro Paese

¹⁶⁵ Sul punto si v. Corte di Giustizia CE, 7 febbraio 1979, *Knoors*, C-115/78, in *Racc.* 1979.

¹⁶⁶ Tale frase risulta emblematica. Infatti, rispecchia nel complesso quelli che sono stati i principi ispiratori della Direttiva Servizi, la quale deve garantire l'accesso al mercato interno attraverso procedure semplificate (si v. par. 3 e 4 in questo Cap.), con la possibilità di subordinare l'accesso solamente ad alcuni regimi di autorizzazione (si v. par. 5 di questo Cap.) ed escludendone a priori altri (si v. par. 6 in questo Cap.).

¹⁶⁷ Si v. Cap. II par. 1.

membro che decida di stabilizzarsi in altro Stato senza tenere in debita considerazione il regime di esercizio del paese di provenienza¹⁶⁸.

È appunto questa una delle più grandi questioni e discussioni affrontate dagli organi comunitari prima dell'avvento della Direttiva Servizi. Attraverso quest'ultima, infatti, è stato possibile uniformare e garantire l'accesso al mercato senza distinzioni e senza la previsione di disposizioni normative nazionali operanti in contrasto tra di loro.

Pertanto, la giurisprudenza comunitaria aveva definito una sorta di *test* di legittimità, così come definito da parte della dottrina¹⁶⁹, per valutare le condizioni di accesso al mercato dei servizi che si fondavano esclusivamente su due macro livelli: i motivi imperativi di interesse generale che devono essere valutati caso per caso e definiti dalla giurisprudenza, ma al cui interno vi rientrano tutta una serie di limitazioni riferibili a ragioni sociali¹⁷⁰; ed i motivi di ordine pubblico che diversamente erano e sono previsti dal Trattato.

Per concludere, dunque, si può affermare che se da un lato la libertà in commento è sempre stata al centro di importate decisioni della Corte di Giustizia al fine di interpretare estensivamente il ruolo proprio riconosciuto e garantito dal Trattato, dall'altro si è voluto intervenire per limitare le ingerenze ed i contrasti che potevano

¹⁶⁸ Sul punto si v. quanto verrà esposto sul problema del paese d'origine in Cap. V par. 1 e su quanto disposto dalla Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1981, *Webb*, C-279/80 ove si precisa “*che lo Stato destinatario debba tenere in considerazione la documentazione già presentata nel Paese d'origine*”.

¹⁶⁹ Si v. Nascimbene B, *Le eccezioni ai principi. Interesse generale di ordine pubblico*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pag. 43.

¹⁷⁰ A titolo esemplificativo si può ricordare: la protezione dei destinatari del servizio; tutela dell'ordine sociale; lotta contro la criminalità; tutela contro la frode; la tutela dei consumatori.

Si precisa che la maggior parte dei *test* di legittimità individuati dalla Corte ad interpretazione della disposizioni del Trattato sono state successivamente riproposte nella Direttiva Servizi. Si v. in questo Cap. par. 5.

sorgere nel momento in cui il prestatore cercava di dare attuazione concreta alla libertà di stabilimento.

Pertanto, l'adozione della Direttiva Servizi è stato lo strumento normativo attraverso il quale il legislatore comunitario ha voluto imprimere maggiore rigore, uniformità e certezza in un settore che viveva protetto e tutelato, ma che nel concreto riscontrava effettive difficoltà operative, soprattutto a livello operativo.

3. La semplificazione amministrativa nella Direttiva Servizi

Uno degli elementi costitutivi della Direttiva Servizi attiene al concetto della semplificazione amministrativa. Con tale concetto il legislatore comunitario ha cercato di espungere dagli ordinamenti nazionali tutti quegli *iter* che precedentemente erano richiesti per intraprendere una nuova attività in un altro Stato membro. Attraverso l'adozione degli articoli 5 e seguenti della Direttiva Servizi, si è cercato di imporre l'obbligo alle amministrazioni nazionali di conformarsi al criterio di equivalenza¹⁷¹, attraverso il quale queste ultime non potranno più pretendere la produzione di documenti abilitativi alla professione in originale o comunque in copia conforme all'originale, ma sarà sufficiente una semplice autodichiarazione.

Infatti, con la Direttiva Servizi si è cercato di predisporre una serie di regole e meccanismi operativi volti, da un lato all'ampliamento dei diritti e delle libertà dei singoli prestatori e, dall'altro, alla modernizzazione della burocrazia nazionale che sino all'entrata in vigore della Direttiva ha comportato un aumento dei tempi e dei costi di stabilimento¹⁷².

Riprendendo quanto già esposto¹⁷³, si deve puntualizzare che i benefici riconosciuti dalla Direttiva Servizi sono usufruibili esclusivamente da coloro che dispongono di uno stabilimento effettivo nell'Unione Europea¹⁷⁴. È per questa ragione

¹⁷¹ Si v. Corte di Giustizia CE, 21 marzo 2002, *Commissione/Italia*, C-298/99 con la quale l'Italia è stata condannata perché aveva imposto una serie di limitazioni alla libera circolazione degli architetti.

¹⁷² Si tenga a mente che con la Direttiva Servizi si è voluto intervenire non solo a livello comunitario, ma anche a livello nazionale. Infatti, le disposizioni della Direttiva citata sono applicabili sia agli operatori comunitari, sia a quelli che si spostano all'intero del territorio nazionale di un singolo Stato membro.

¹⁷³ Si v. in questo Capitolo il par. 1.

¹⁷⁴ Per riprendere quanto già detto sopra, l'art.4 definisce lo "stabilimento" definendo un concetto più ampio: quello di "prestatore". Infatti, secondo l'interpretazione maggioritaria, grazie al combinato disposto del criterio sostanziale - effettivo esercizio di una prestazione - e da quello formale - costituzione

che la nozione di stabilimento assume una veste di maggior dettaglio, costruita su criteri sostanziali, che vengono ripresi delle decisioni della Corte di Giustizia e riposte nei considerando della Direttiva in oggetto.

Attraverso il Capo II della Direttiva Servizi il legislatore comunitario ha voluto realizzare un ambizioso programma di semplificazione, il quale si compone di un intervento massiccio volto all'eliminazione delle formalità di accesso all'esercizio dei servizi, prevedendo inoltre delle procedure di accesso più semplici nel caso in cui tali percorsi non lo fossero. Inoltre, è stata prevista l'istituzione dei cosiddetti "sportelli unici" presenti in tutti gli Stati membri i quali svolgeranno funzioni aventi carattere amministrativo ed interlocutorio. Così facendo, il prestatore di servizi può rivolgersi direttamente allo sportello unico del proprio paese il quale, comunicando e confrontandosi con lo sportello unico del paese in cui il prestatore vuole svolgere la propria attività, reperirà ed effettuerà tutte le procedure semplificate necessarie a consentire l'accesso facilitato al mercato al prestatore richiedente.

Pertanto, l'aspetto della semplificazione incontra due settori; quello relativo alle procedure e formalità richieste nei paesi ospitanti e quello relativo agli sportelli unici.

Infatti, a seguito della Direttiva Servizi tutti gli Stati membri hanno dovuto valutare, e riformare, le proprie procedure amministrative per l'accesso al mercato, nonché prevedere la possibilità che i vari prestatori possano presentare la documentazione necessaria in forma di autocertificazione, rimanendo l'obbligo di presenta-

giuridica di una società in uno Stato membro - si individua la figura del prestatore di servizi. Pertanto, l'aspetto dello stabilimento si riconduce ad un elemento identificativo di *genus* più ampio.

zione del documento in originale o comunque in copia autentica con la relativa traduzione asseverata, solo per ragioni che attengono ai motivi di interesse generale.

Così facendo l'ordinamento comunitario ha individuato tre elementi che consentono di ottenere la realizzazione della semplificazione amministrativa: la realizzazione e l'introduzione degli sportelli unici, l'adozione di procedure elettroniche¹⁷⁵ ed infine la semplificazione normativa in materia di stabilimento¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Questi due elementi sono ricompresi nel Capo II della Direttiva, titolato "Semplificazione Amministrativa" Artt. 5 - 8 e verranno trattati, nel seguente paragrafo.

¹⁷⁶ Il vero e proprio riferimento al diritto di stabilimento viene espresso con il Capo III della Direttiva Servizi. Si v. i paragrafi. 4 e 5 di questo Capitolo.

4. *Segue: I nuovi sportelli unici e le procedure elettroniche che sostituiscono e semplificano l'iter di accesso al mercato dei servizi.*

Attraverso l'articolo 6 della Direttiva Servizi, l'ordinamento comunitario ha dato vita al primo dei 3 elementi di semplificazione che si era prefissato. Infatti, tale articolo è stato pienamente appoggiato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio delle Comunità Europee che hanno visto, in questa disposizione, un punto di svolta nella tanto ricercata semplificazione amministrativa.

Attraverso gli sportelli unici, il singolo prestatore viene facilitato nell'espletamento di *"tutte le procedure e le formalità necessarie per poter svolgere le sue attività di servizi, in particolare le dichiarazioni, notifiche o istanze necessarie ad ottenere l'autorizzazione delle autorità competenti, ivi comprese le domande di inserimento in registri, ruoli, banche dati, o di iscrizione ad organismi o ordini ovvero associazioni professionali"*; nonché nella presentazione *"delle domande di autorizzazione necessarie all'esercizio delle sue attività di servizi"*¹⁷⁷.

In questo modo, dunque, la precedente attività prodromica relativa alle formalità burocratiche per lo svolgimento di un'attività di servizi, viene agevolata attraverso l'aiuto concreto di un soggetto pubblico¹⁷⁸ che si affianca, o in alcuni casi si sostituisce completamente, alla figura del prestatore.

Così facendo, in forza del combinato disposto del Considerando n. 43 e dell'articolo 6 paragrafo 3, si è mantenuta inalterata la ripartizione delle competenze

¹⁷⁷ Così dispone l'articolo 6 della più volte citata Direttiva.

¹⁷⁸ L'istituzione di un tale soggetto aveva fatto suscitare alcune incertezze. Infatti, si pensò che tali organismi, di non definita natura, potessero in qualche modo destabilizzare il *modus operandi* di questi Stati che operano caratterizzati da un forte decentramento dei poteri. Tuttavia, questo timore è venuto meno nel momento in cui gli sportelli unici hanno preso vita, realizzando, da un lato quella semplificazione tanto sperata dagli operatori del mercato, e agevolando la stessa pubblica amministrazione nello svolgimento delle procedure di autorizzazione.

delle autorità all'interno di ogni sistema nazionale, con la conseguenza che lo sportello unico *ivi* previsto non inficia la struttura gerarchica amministrativa, ma ne agevola l'attività¹⁷⁹.

Con la nascita degli sportelli unici si è iniziato a parlare in termini di “unicità” e di “totalità”. L'orientamento dei commentatori alla Direttiva Servizi¹⁸⁰, infatti, identifica con il primo concetto la circostanza che in ogni Stato membro sarà costituito lo sportello unico¹⁸¹ a cui ciascun operatore potrà rivolgersi e che tale sportello svolgerà tutti gli atti necessari per avviare, ovvero far proseguire, un'attività economica diretta alla prestazione di quei servizi che non sono esclusi dal campo d'azione della Direttiva¹⁸².

Lo sportello unico, pertanto, diventa l'interfaccia esclusiva dell'operatore economico, nonché il punto di riferimento di coloro che vogliono accedere a quel mercato nazionale dall'esterno. Lo sportello, dunque, gestirà la singola richiesta di stabilimento o di prestazione del servizio ed avrà il compito di contattare i singoli organi amministrativi locali per richiedere gli eventuali documenti necessari allo svolgimento della prestazione.

Se quindi da un lato lo sportello unico semplifica l'attività del singolo prestatore, dall'altro può essere uno strumento a vantaggio anche del destinatario del ser-

¹⁷⁹ Tale concetto è stato inoltre individuato nel Regolamento 768/2008/CE "che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro e che abroga la decisione n. 3052/95/CE".

¹⁸⁰ Si v. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 50.

¹⁸¹ Con il termine unico ci si riferisce ad un concetto relativo. Infatti, gli Stati membri potranno istituire un numero infinito di sportelli, posto che con il concetto di unicità ci si vuole riferire al fatto che il singolo prestatore avrà a che fare solo con un unico ufficio pubblico, indipendente dall'ubicazione territoriale ove questo è posto.

¹⁸² La semplificazione porta alla formazione degli sportelli elettronici e non fisici, cosicché ogni singolo prestatore potrà richiedere l'intervento della pubblica amministrazione per mezzo di un semplice accesso web.

vizio, il quale potrà senza difficoltà ricercare i vari prestatori, i quali avranno previamente comunicato i loro dati alle autorità competenti.

Ecco dunque che lo sportello unico assicura quel valore di totalità a cui sopra si è accennato. Infatti, è grazie al semplice utilizzo dello sportello unico che il prestatore, così come il destinatario richiedente, potrà accedere alla totalità dei servizi che vengono offerti sul mercato.

Allo stato attuale l'accesso alla prestazione dei servizi nell'Unione Europea risulta notevolmente agevolato. Infatti, ogni singolo prestatore, per trovare lo sportello unico competente che gli consenta di accedere al mercato di riferimento, potrà senza alcuna difficoltà utilizzare la struttura piramidale appositamente creata dalla Commissione Europea. Infatti, semplicemente collegandosi al sito http://ec.europa.eu/internal_market/eu-go/index_it.htm ciascun singolo prestatore avrà la possibilità di accedere allo sportello unico comunitario, il quale indirizzerà a sua volta allo sportello dello Stato di appartenenza del prestatore, il quale a sua volta demanderà allo sportello unico locale¹⁸³.

¹⁸³ In Italia la disciplina degli sportelli unici è stata oggetto di numerosi e drastici interventi legislativi. Ad oggi, l'autorità competente in materia è denominata SUAP "*Sportello Unico per le Attività Produttive*". La regolamentazione degli sportelli unici in Italia era già stata precedentemente pensata, dal D.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447. Tuttavia tale strumento normativo non ha trovato il risultato sperato in quanto non era presente un sistema di collegamento effettivo tra le varie Amministrazioni e comunque, non erano stati specificamente individuati le tipologie di servizio servizi che sarebbero rientrate nella nuova forma di fare impresa.

Successivamente, con l'articolo 38 della Legge 6 agosto 2008, n. 133 "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ordinario n. 196, si v. <http://www.camera.it/parlam/leggi/081331.htm>, il legislatore italiano attua e crea lo Sportello Unico per le Attività Produttive, nel quale si accede attraverso <http://www.impresainungiorno.gov.it/web/home/home/>

Così facendo vengono poste le basi per dare adito all'innovazione e alla semplificare dei rapporti e dei procedimenti burocratici necessari all'accesso sui mercati, facilitando gli adempimenti che regolano la produzione servizi.

Anche la disciplina di settore italiana, il D. Lgs. 59/2010 che recepisce la Direttiva Servizi, all'articolo 25 "*Assicura l'espletamento in via telematica di tutte le procedure necessarie per poter svolgere le attività di servizi attraverso lo sportello unico per le attività produttive*".

In questo modo risulta evidente che l'accesso alla libera prestazione dei servizi è facilitata dai nuovi aiuti via web che sono garantiti ed favoriti dallo sportello unico comunitario e dai vari sportelli unici locali e dall'introduzione di tutta una serie di procedure elettroniche (articolo 8 della Direttiva Servizi) che in qualche modo velocizzano ancor più l'accesso al mercato.

Infatti, tutte le Pubbliche Amministrazioni a seguito della Direttiva Servizi sono state chiamate a prevedere la possibilità che lo scambio di informazioni e documenti con i vari operatori del mercato possa avvenire in via alternativa al contatto fisico. Infatti, il singolo operatore potrà scegliere di dialogare con la Pubblica Amministrazione attraverso le procedure elettroniche che consentono la comunicazione a distanza, favorendo sempre più la semplificazione amministrativa che costituisce il punto d'arrivo di una società evoluta ed al passo con i tempi.

Infine, per puro amor di discussione, si precisa che con il DPR del 7 settembre 2010 , n. 160 è stato attuato il "*Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'articolo 38, comma 3, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*", completato dal "*Decreto Interministeriale recante misure per l'attuazione dello sportello unico delle attività produttive di cui all'articolo 38-bis del decreto del 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*", leggibile in http://www.impresainungiorno.gov.it/c/document_library/get_file?uuid=cd75ed9c-23d8-4b26-8a74-747b9f173a3d&groupId=10157

5. Segue: I regimi di autorizzazione: il limite del motivo imperativo d'interesse generale

Il capo III, Sezione I della Direttiva Servizi tratta ampiamente della questione dei regimi di autorizzazione, elemento che, come accennato, costituisce uno dei nuovi punti forti in ambito di semplificazione sulla libertà di stabilimento per i prestatori¹⁸⁴.

In via preliminare si deve precisare che con il termine “regimi di autorizzazione”, il legislatore comunitario ha voluto riferirsi ad un concetto estremamente ampio, capace di rivestire una molteplicità di fisionomie e di circostanze. Come disciplinato all'articolo 4, n. 6 della Direttiva in questione, con tale termine ci si riferisce a "*qualsiasi procedura che obbliga*", alludendo, pertanto, non solo alle forme di approvazione esplicita che un operatore deve ricevere da parte di un'autorità competente¹⁸⁵, ma anche a qualsivoglia adempimento implicito che sia richiesto dall'autorità destinataria della richiesta di stabilimento. In questi termini, si deve riconoscere, quale regime di autorizzazione, anche la possibilità di intraprendere una nuova attività sulla base di un semplice silenzio-assenso della Pubblica Amministrazione.

Con la disposizione legislativa di cui all'articolo 9 della Direttiva Servizi, il legislatore comunitario ha voluto imporre agli Stati di valutare e determinare, in via

¹⁸⁴ Sul punto hanno avuto modo di intervenire numerosi autori, tra cui si v. B. NASCIMBENE, Le eccezioni ai principi. Interesse generale di ordine pubblico, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), Il mercato unico dei servizi, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 42 e ss.; M. CONDINANZI, La libertà di stabilimento, in Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale, a cura di Strozzi, Giappichelli Editore, Torino, 2006, pagg. 172 e ss.; M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale, in Il diritto privato dell'Unione europea, Tizzano A. (a cura di), Giappichelli Editore, 2006, pagg. 330 e ss.; S. D'ACUNTO, Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto, Giuffrè Editore, Milano, 2009; pagg. 47 e ss.

¹⁸⁵ Si pensi, a titolo di esempio, alle registrazioni, all'iscrizione in un determinato albo e/o ruolo, a rilascio di una licenza ovvero all'attribuzione di una carta professionale.

preventiva, tutti quei regimi di autorizzazione operanti nell'apparato burocratico nazionale, intimando, nel caso in cui si riscontrasse che un regime di autorizzazione è discriminatorio o non giustificato da un motivo imperativo di ordine pubblico ovvero non proporzionato all'accesso sul mercato, la sua immediata soppressione.

Si può pertanto affermare che la *ratio* propria di questa disposizione consiste nel riconoscere a qualsiasi regime di autorizzazione un carattere di eccezione alla libertà di stabilimento, per cui il singolo prestatore potrà essere soggetto ad una tale restrizione solamente nel caso in cui il controllo eseguito *ex post*, sui requisiti di accesso al mercato, possa risultare lesivo e inadeguato per la tutela dei destinatari del servizio¹⁸⁶. Rimane inteso che ogni singolo Stato ha dovuto, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva Servizi, analizzare caso per caso ogni singola autorizzazione al fine di determinare se la stessa collideva con i limiti imposti dall'articolo 9, paragrafo 1¹⁸⁷.

Se quindi l'obiettivo primario della Direttiva Servizi si focalizzava nello smembramento e disfacimento dei regimi di autorizzazione lesivi dell'accesso al mercato, contestualmente il legislatore comunitario ha avuto modo di intervenire imponendo determinate condizioni affinché i pochi regimi di autorizzazione sopravvissuti nei vari Stati membri, fossero soggetti a determinate condizioni di rilascio (art. 10 della Direttiva Servizi), illimitati nel tempo - salvo alcune eccezioni (art. 11

¹⁸⁶ Si tenga a mente che già alcune pronunce della Corte di Giustizia CE hanno avuto modo di elogiare i regimi di autorizzazione meno restrittivi sulla libertà di circolazione dei capitali, si v. Corte di Giustizia CE 23 gennaio 1995, *Bordessa*, C-358/99 e C-416/93. Anche in altra pronuncia, la Suprema Corte ha esaltato la considerazione secondo cui sono favoriti i meccanismi di controllo *ex post* rispetto a quelli di natura preventiva. Si v. Corte di Giustizia CE, 22 gennaio 2001, *Canal Satellite I*, C-390/99

¹⁸⁷ A titolo esemplificativo, anche se si avrà modo di approfondire l'argomento successivamente si v. Cap. I par. 6, ove è stato fatto cenno alla travagliata vicenda e storia della Dia, passata da regime autorizzatorio, a Dia con efficacia immediata grazie al D. Lgs. 59/2010 in recepimento della Direttiva Servizi, e successivamente mutata in SCIA. Sul punto di può vedere ampiamente C. FACCHINI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Azienditalia* n. 11/2011, pagg. 3 ss.

e 12) - e soggetti a particolari procedure di rilascio le quali devono prediligere il cosiddetto principio del *silenzio-assenso* (art. 13).

Ciò che nel complesso emerge dalle disposizioni contenute nel Capo III della Direttiva attiene al fatto che i motivi imperativi di interesse generale costituiscono l'unica vera condizione affinché un prestatore possa trovare limitazione nella libertà di stabilirsi in uno Stato membro.

Infatti, con riferimento alla libertà di prestazione¹⁸⁸, il rispetto dei motivi imperativi di interesse generale sono uno dei presupposti necessari per l'imposizione di un regime di autorizzazione¹⁸⁹, costituendo la giustificazione dei criteri per l'esercizio del potere discrezionale delle autorità competenti al rilascio delle autorizzazioni¹⁹⁰ e consentendo agli Stati membri di poter adottare un regime diverso dal silenzio-assenso per la conclusione delle procedure di autorizzazione.

Tuttavia il concetto "motivi imperativi di interesse generale" è stato puntualizzato in più occasioni dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale, grazie alle varie pronunce sul punto, ha avuto modo di far convogliare nella nozione di cui sopra tutte quelle situazioni giuridiche che permettono - e hanno come obiettivo

¹⁸⁸ Si evidenzia che i motivi imperativi di interesse generale sono presenti, seppur in via indiretta, anche nell'ambito della libera prestazione di servizi: Capo IV della Direttiva Servizi. Infatti, l'articolo 16, par. 1 lettera b) così dispone: "*Gli Stati membri non possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettino i seguenti principi: [...] b) necessità: i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente.*"

Sebbene in questo contesto non si parli espressamente di motivi imperativi di ordine pubblico, parte della dottrina, interpretando tale disposizione con quanto previsto nel considerando n. 46 e nel par. 3 del medesimo articolo, ritiene che la nomenclatura contenuta nella lettera b) dell'articolo 16 si riferisca espressamente al concetto di motivo imperativo di ordine pubblico. Si v. D. NITTI, *Autorizzazioni e limiti alla prestazione di servizi nel mercato interno: i motivi imperativi di interesse generale*, in *Contr. e Impr./Europ.*, 2007, pagg. 1050 e ss.

¹⁸⁹ Si v. l'art. 9 par. 1 della Direttiva Servizi.

¹⁹⁰ Si v. l'art. 10 par. 2 della Direttiva Servizi.

primario - l'effettiva tutela del cittadino, mettendo al primo posto, non tanto l'aspetto economico, ma quanto quello puramente sociale¹⁹¹.

Infatti, i motivi imperativi di ordine pubblico vengono identificati come un *genus* che comprende una varietà di *species*¹⁹², tutte riconducibili alle nozioni elaborate dalla Corte di Giustizia¹⁹³.

Si pensi, pertanto, al concetto di ordine pubblico. Attraverso un'esemplare pronuncia è stato precisato che "*la nozione di ordine pubblico nel contesto comunitario, specie in quanto autorizza una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei lavoratori, va inteso in senso stretto, col risultato d'escludere qualsiasi valutazione unilaterale da parte dei singoli stati membri senza il controllo delle istituzioni comunitarie*¹⁹⁴". In questi termini, pertanto, analizzando le pronunce della Corte di Giustizia alla luce della nuova Direttiva Servizi, si può sostenere che il

¹⁹¹ Si v., recentemente, la pronuncia della Corte di Giustizia CE, 24 marzo 2008, C-400/2008, con la quale si è ribadito il concetto che la giurisprudenza comunitaria afferma la fondatezza di un motivo imperativo di ordine pubblico, nell'ipotesi in cui la tutela si diretta alla protezione del territorio o nella tutela del consumatore. Con specifico riferimento alla questione Italiana, si v. quanto trattato nel par. 8 di questo Cap.

¹⁹² Sul punto si può vedere quanto l'elencazione contenuta nel considerando n. 40 della Direttiva Servizi che specifica quali motivi imperativi di ordine pubblico: "*l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria*".

¹⁹³ Per un'ampia carrellata su può v. B. NASCIMBENE, Le eccezioni ai principi. Interesse generale di ordine pubblico, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), Il mercato unico dei servizi, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 53 e ss; D. NITTI, Autorizzazioni e limiti alla prestazione di servizi nel mercato interno: i motivi imperativi di interesse generale, in *Contr. e Impr./Europ.*, 2007, pagg. 1050 e ss.

¹⁹⁴ Si v. Corte di Giustizia CE, 4 dicembre 1974, *Yvonne Van Duyn/Homme Office*, C- 41/74, al punto 18. Sulla stessa scia, si fa presente anche la sentenza *Pierre Boucherau* (Corte di Giustizia CE, 27 ottobre 1977, C-30/77), con la quale è stata ulteriormente ridotta la nozione di ordine pubblico, riferendosi a tutti quegli episodi che "*presuppongono, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale, l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali delle collettività*".

legislatore comunitario con la previsione di cui all'articolo 9, ha voluto "imporre" al singolo Stato l'obbligo di dover riconoscere, in via generale, la libertà di stabilimento dei prestatori nel proprio Stato, imponendo altresì l'adozione di un regime di autorizzazione all'accesso al mercato solamente nelle ipotesi in cui debbano essere fatti rispettare gli stretti limiti prefissati dai motivi imperativi di interesse generale.

In tutti gli altri casi, si potrebbe quasi pensare che l'accesso al mercato sia libero, vincolato solamente in parte da quelli che possono essere i controlli *ex post* effettuati dalla autorità competenti per vigilare sui requisiti richiesti dal diritto privato e/o amministrativo per l'esercizio di alcune specifiche attività.

Continuando sul punto, per puro amor di discussione, è il caso di ricordare la pronuncia *Omega*¹⁹⁵. La citata sentenza interessava il gioco del "lasergame", attività che non è stata fatta rientrare nel *genus* dei "giochi d'azzardo con posta di valore" e pertanto esclusa dal campo d'azione della Direttiva Servizi.

Tale attività si realizza attraverso armi giocattolo a puntamento laser per mezzo delle quali è possibile ricostruire un vero e proprio campo di battaglia all'interno di un locale aperto al pubblico. Visto il successo che aveva riscontrato tale "gioco" la società Omega aveva deciso di stipulare un contratto di franchising con la società Pulsar, produttrice delle armi giocattolo. Successivamente, intervenne un provvedimento amministrativo tedesco, che vietava la prestazione di servizi che avessero ad oggetto atti che potessero emulare atti di omicidio e di gratuita violenza. Il contenzioso instaurato determinò il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia che nella sua pronuncia confermò "*che la restrizione alla libera prestazione di servizi si*

¹⁹⁵ Si v. Corte di Giustizia CE, 14 ottobre 2004, *Omega Spelhallen*, C-36/02.

*fonda, da un lato sull'ordine pubblico e dall'altro sul rispetto della dignità umana, inteso quale diritto fondamentale della persona*¹⁹⁶.

Pertanto, si vuole dimostrare che anche in virtù di tale pronuncia, la Suprema Corte ha voluto puntualizzare l'assunto secondo cui la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi è un diritto innegabile a tutti i soggetti, ma che può e deve incontrare delle limitazioni nell'istante in cui l'attività prestata può essere intesa come violazione dei diritti fondamentali che ad ogni cittadino devono essere riconosciuti.

Per concludere sul punto si può evidenziare che nella Direttiva Servizi, diversamente da ciò che avviene per la nozione di servizio¹⁹⁷, vengono elencati nel Considerando n. 40 tutta una serie di motivi imperativi di interesse generale, ricollegati a sua volta a tutta una serie indefinita di decisioni della Corte di Giustizia. Il risultato è che la regola di base si individua nella libertà di stabilimento del prestatore ed il regime di autorizzazione è divenuto l'eccezione. Tuttavia, i criteri di adozione dell'eccezione sono talmente ampi (non discriminazione, necessità - fondata sui motivi imperativi di interesse generale - e proporzionalità) da poter essere interpretati come necessari in ogni frangente, dato che la loro tutela riguarda, in via primaria, la tutela della persona.

¹⁹⁶ Elemento che può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva per la collettività.

¹⁹⁷ Si v. quanto scritto nel Cap. II par. 2 e 3.

6. *Segue: la difficile lettura delle restrizioni vietate e da valutare nella Direttiva Servizi.*

L'obiettivo primario della Direttiva Servizi si fonda sulla creazione di un mercato unico dei servizi ove ciascun prestatore vi può accedere con assoluta semplicità.

Come già preannunciato¹⁹⁸ già attraverso la disposizioni contenute nel TCE oggi TUEF si è cercato di imprimere forza nell'eliminazione di quella doppia imposizione legislativa che determinava un vero e proprio limite alla libertà di stabilimento negli Stati membri degli operatori del mercato. La Direttiva Servizi, pertanto, ha rivestito un ruolo fondamentale in quest'opera. Infatti, attraverso la semplificazione amministrativa, l'alleggerimento delle procedure di accesso al mercato ed il consolidamento della giurisprudenza della Corte di giustizia, si è dato vita ad un vero e proprio mercato unico dei servizi.

In questi termini devono essere letti gli articoli 14 e 15 della citata Direttiva, con i quali il legislatore comunitario ha imposto l'eliminazione o l'ammodernamento di quei requisiti che le legislazioni nazionali richiedevano al prestatore nel caso in cui quest'ultimo intendesse stabilirsi in un altro Stato membro. Pertanto, è stata creata una lista di requisiti vietati che ogni singolo Stato ha dovuto eliminare entro il termine di recepimento della Direttiva (c.d. lista nera - art. 14 della Direttiva), ed una lista di prescrizioni attinenti alle disposizioni nazionali degli Stati, che ogni Paese membro ha dovuto valutare, prima di decidere se eliminare o modificare (c.d. lista grigia - Art. 15 della Direttiva).

¹⁹⁸ Si v. in questo capitolo par. 2

La differenza sostanziale tra le due liste attiene al fatto che la prima ricomprende quei criteri che da sempre sono ritenuti e qualificati come inammissibili per il loro carattere lesivo, mentre la seconda attiene a requisiti che al tempo dell'entrata in vigore della Direttiva non potevano considerarsi in via diretta lesivi di diritti afferenti ai singoli operatori, ma che avrebbero dovuto essere oggetto di una valutazione caso per caso in relazione all'ambito in cui i servizi dovevano essere prestati.

Nello specifico, l'articolo 14 della Direttiva Servizi individua una serie chiusa di requisiti assolutamente ed imprescindibilmente vietati. Tale lista nera è composta da otto tipologie di restrizioni considerate incompatibili con le disposizioni del Trattato sulla base delle numerose sentenze della Corte di Giustizia.

Risulta pacifico che tutte le otto restrizioni vietate attengono esclusivamente al divieto di imposizione di regimi di autorizzazione per l'esercizio del diritto di stabilimento all'interno di uno Stato diverso rispetto a quello di provenienza del prestatore.

Primo tra tutti è il requisito “*discriminatorio che attiene alla cittadinanza e alla residenza*”. Come già ripreso in altra parte¹⁹⁹, con il divieto di requisiti discriminatori il legislatore comunitario ha voluto esprimere un *favor* verso la creazione concreta di una nozione unitaria di cittadinanza e di cittadino europeo, nel quale può e deve essere inteso sia colui che risiede e presta il servizio (persona fisica o giuridica) sia colui che lo riceve. Risulta pacifico che con tale divieto, per opinione comune anche della dottrina di riferimento²⁰⁰, il legislatore comunitario abbia voluto ingloba-

¹⁹⁹ Ci si riferisce a quanto esposto nel corso del Cap. I, par. 1 con riferimento agli obiettivi della Strategia di Lisbona, madre della Direttiva in commento.

²⁰⁰ Si v. S. D'ACUNTO, *La proposition de directive su services dans les marché intérieur*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, 2 pagg. 201 e ss.

re non solo i requisiti direttamente discriminatori perché fondati sulla cittadinanza (art. 14, n. 1, lettera a), ma anche quelli che si riferiscono anche al luogo di residenza e/o domicilio (Art. 14, n. 1, lettera b), essendo sotto il profilo civilistico elementi identificativi del prestatore, ma la cui violazione può indurre alla medesima violazione²⁰¹.

Strettamente collegato al primo requisito è il secondo, per il quale non si può subordinare l'accesso ad una attività se un soggetto possiede una molteplicità di "*stabilimenti in più di uno Stato membro o di essere iscritti nei registri o ruoli di organismi, ordini o associazioni professionali di diversi Stati membri*" (Art. 14 n. 2). Tale divieto è la logica conseguenza di una visione unitaria di un mercato dei servizi che vede la sua proclamazione attraverso la Direttiva Servizi ed è l'ulteriore riconoscimento della libertà affermata ad ogni soggetto di poter spaziare liberamente e senza limitazioni all'interno di uno spazio territoriale comune che ha abolito le frontiere al suo interno molti anni or sono.

Così facendo viene riconosciuto e ribadito quel principio giurisprudenziale per cui deve essere riconosciuta la possibilità di disporre indistintamente di una molteplicità di stabilimenti in tutto il territorio comunitario. In caso diverso, ciò determinerebbe un contrasto logico giuridico dal quale si realizzerebbe una proibizione a cascata; non si potrebbe più parlare di apertura transfrontaliera, tramonterebbe la

²⁰¹ Si v. Corte di Giustizia CE, 12 aprile 1994, *Halliburton*, C-1/93; Corte di Giustizia CE, 25 luglio 1991, *Factortame*, C-221/89 con la quale è stato imposto il divieto d'imporre una maggioranza di persone di una certa nazionalità, Corte di Giustizia CE, 7 marzo 2003, *Commissione Europea/Italia*, C-145/99. Con tale divieto si è voluto coprire anche le discriminazioni che possono derivare in ambito di acquisto di un bene immobile, sul punto si v. Corte di Giustizia CE, 30 maggio 1989, *Commissione Europea/Grecia*, C- 305/87.

stessa definizione di servizio intracomunitario, con l'ovvia conseguenza che verrebbe meno l'idea del mercato comune dei servizi²⁰².

Con il terzo divieto è stato imposto che non possano essere imposte "*restrizioni della libertà, per il prestatore, di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario, in particolare l'obbligo per il prestatore, di avere lo stabilimento principale sul loro territorio o restrizioni alla libertà di scegliere tra essere stabilito in forma di rappresentanza, succursale o filiale*" (Art. 14 n. 3).

Con la libertà in parola si vuole tutelare, da un lato la libertà di stabilimento vera e propria, consentendo di prevedere la facoltà di decidere in quale Paese eleggere il proprio domicilio, e dall'altro nel caso di apertura di uno stabilimento secondario, la possibilità di scegliere in autonomia e libertà quale forma giuridica imporre alla società, nel rispetto delle normative nazionali di riferimento²⁰³.

Con la quarta restrizione si richiede agli Stati membri il rispetto delle "*condizioni di reciprocità*" (art. 14 n. 4), cosa che diversamente non si realizza in ambito internazionale. Infatti uno Stato membro non può proibire a nessun prestatore di servizi, appartenente ad un diverso Stato, il diritto di stabilizzarsi a causa delle difficoltà o impossibilità incontrate dai propri prestatori nel tentativo di stabilizzarsi nel territorio dell'altro Stato. Pertanto, in caso di tali conflitti, la libertà deve essere garantita in virtù di quanto previsto dall'articolo 226 del TCE²⁰⁴.

²⁰² Per i precedenti giurisprudenziali si v. Corte di Giustizia CE, 12 luglio 1984, *Kloppf*, C-107/83, Corte di Giustizia CE, 20 maggio 1992, *Ramrath*, C-106/91. Di interesse risulta anche la sentenza C-96/85 sebbene non riconducibile al campo d'azione delle Direttive Servizi, in quanto è stato stabilito che l'insediamento di un prestatore in uno Stato membro determina la radiazione dello stesso dall'albo dei praticanti dentisti dell'altro Stato. Si v. Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1986, *Commissione Europea/Francia*.

²⁰³ Si v. Corte di Giustizia CE, 9 marzo 1999, *Centros*, C-212/97; Corte di Giustizia CE, 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01.

²⁰⁴ Si v. Corte di Giustizia CE, 13 gennaio 2003, *Commissione Europea/Italia*, C-131/01.

Viene inoltre vietato l'accesso al mercato dei servizi nel qual caso gli Stati membri subordinano l'accesso al rilascio di un regime di autorizzazione che basa sulla valutazione, caso per caso, di *"un test economico"*, attraverso il quale valutare *"se sussista un bisogno economico, una domanda di mercato alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti dall'autorità competente"* (Art. 14 n. 5). Con tale divieto si è voluto evitare che i vari Stati membri potessero imporre, per ogni domanda di stabilimento presentata dal prestatore richiedente, di dimostrare le condizioni del mercato e le ragioni giustificative di tale richiesta. Se così fosse, come è stato giustamente analizzato²⁰⁵, ciò aprirebbe la strada alla mera discrezionalità se non all'arbitrio degli organi decisionali a scapito dei nuovi entrati, garantendo il mercato a quei soggetti che sono già insediati e presenti.

Inoltre al punto n. 6 dell'articolo 14 della Direttiva Servizi il legislatore comunitario ha voluto eliminare *" il coinvolgimento diretto o indiretto di operatori concorrenti, anche in seno agli organi consultivi, ai fini del rilascio di autorizzazioni o ai fini dell'adozione di altre decisioni delle autorità competenti, ad eccezione degli organismi o ordini e delle associazioni professionali o di altre organizzazioni che agiscono in qualità di autorità competente; tale divieto non riguarda la consultazione di organismi quali le camere di commercio o le parti sociali su questioni diverse dalle singole domande di autorizzazione né la consultazione del grande pubblico"*. Si deve precisare che tale limitazione non include la possibilità di consulta-

²⁰⁵ D'Acunto S., *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 65.

zione delle Camere di Commercio o le eventuali parti sociali su questioni che attengono ad interessi pubblici generali.

Con il penultimo punto dell'articolo 14 della Direttiva Servizi il legislatore comunitario ha proibito di subordinare l'accesso al mercato prevedendo "*l'obbligo di presentare, individualmente o con altri, una garanzia finanziaria o di sottoscrivere un'assicurazione presso un prestatore o presso un organismo stabilito sul territorio degli Stati membri in questione. Ciò non pregiudica la facoltà, per gli Stati membri, di esigere un'assicurazione o garanzie finanziarie in quanto tali come pure i requisiti relativi alla partecipazione a un fondo collettivo di indennizzo, ad esempio per i membri di organismi o ordini o di organizzazioni professionali*". Tuttavia, ogni singolo Stato potrà legittimamente richiedere al professionista la sottoscrizione di una polizza assicurativa che garantisca il suo operato, ovvero di fornire una copertura finanziaria. Ciò che si vuole eliminare è la garanzia che può essere richiesta non deve essere necessariamente fornita da un organismo presente nel territorio dello Stato di destinazione²⁰⁶.

Infine, ma non da ultimo, il legislatore comunitario ha imposto l'eliminazione del prerequisito per cui il prestatore di servizi deve "*essere già stato iscritto per un determinato periodo nei registri degli Stati membri in questione o di aver in precedenza esercitato l'attività sul loro territorio per un determinato periodo*" (art. 14, n. 8). Ciò priverebbe della possibilità a ciascun operatore non iscritto, o iscritto da poco tempo, nell'albo di riferimento del proprio Stato di accedere al mercato comune²⁰⁷. Per converso con l'articolo 15 viene prevista e disciplinata la cosiddetta lista grigia,

²⁰⁶ Si v. Corte di Giustizia CE, 26 gennaio 2006, *Commissione Europea/Spagna*, C-514/03 e Corte di Giustizia CE, 7 febbraio 2002, *Commissione Europea/Italia*, C-279/00.

²⁰⁷ Si v. Corte di Giustizia CE, 23 giugno 2000, *Commissione Europea/Italia*, C-58/99.

che contempla otto requisiti di natura apparentemente non discriminatoria, ma tutt'oggi al vaglio delle pronunce della Corte di Giustizia²⁰⁸.

Tra questi requisiti da valutare vi rientrano: le restrizioni quantitative o territoriali²⁰⁹; le forme giuridiche obbligatorie²¹⁰; gli obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società²¹¹; requisiti diversi da quelli relativi alle questioni disciplinate dalla direttiva 2005/36/CE o da quelli previsti in altre norme comunitarie, che riservano l'accesso alle attività di servizi in questione a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività; il divieto di disporre di più stabilimenti sullo stesso territorio nazionale²¹²; requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti²¹³; tariffe obbligatorie minime e/o massime che il prestatore deve rispettare²¹⁴ ed infine l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici.

Tuttavia, come già preannunciato, con tali limitazioni il legislatore comunitario ha demandato agli Stati il vaglio di legittimità e di incompatibilità con le procedure interne di accesso al mercato. Infatti, da un lato gli Stati membri hanno dovuto, nelle more del procedimento di *screening*, valutare tali requisiti con riferimento ai

²⁰⁸ Durante l'iter legislativo della Direttiva Servizi sono state eliminate dalla lista grigia, due requisiti: le c.d. vendite sottocosto ed i saldi ed è stata vietata la possibilità di un prestatore intermediario di dare accesso ad un servizio forniti da altri professionisti; tuttavia tali limitazioni, non è dato capire perché il legislatore non le abbia fatte rientrare nella lista nera dato che tutti requisiti di cui all'articolo 15 sono al vaglio della valutazione della discrezionalità.

²⁰⁹ Sul punto non sono ancora presenti pronunce della Suprema Corte. Tuttavia, si deve ricordare la l. 40/2007 con la quale è stata abolito l'obbligo della distanza minima tra i negozi dei parrucchieri, la l. 133/2008 art. 83-bis dove sono stata abolite le distanze minime nel settore dei distributori di carburante.

²¹⁰ Si v. Corte di Giustizia CE, 17 giugno 1997, *Sodemare*, C-171/02.

²¹¹ Si v. Corte di Giustizia CE, 30 settembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01.

²¹² Si v. Corte di Giustizia CE, 21 aprile 2005, *Commissione Europea/Italia*, C-140/03.

²¹³ Si v. Corte di Giustizia CE, 26 gennaio 2006, *Commissione Europea/Spagna*, C-514/03.

²¹⁴ Si v. Corte di Giustizia CE, 5 dicembre 2006, *Cipolla*, C-94/04 e 202-04. Sul punto si precisa che ad opera del Decreto Bersani, in Italia sono state abrogate le tariffe minime per i servizi professionali in Italia. Recentemente, per mezzo del Decreto Sviluppo, l'Italia ha disposto l'abolizione di tutte le tariffe professionali. In questo modo ha cercato di dare vita ad una vera e propria liberalizzazione nel settore, cercando, dall'altro canto, di incrementare la concorrenza nel mercato.

criteri di cui all'articolo 15 par. 3 e, dall'altro, hanno dovuto decidere quali requisiti nazionali mantenere, modificare od espungere. Rimane tuttavia vivo l'aspetto dialettico tra gli stati e parte degli organi comunitari, i quali attraverso un meccanismo d'informazione e controllo, rimangono gli ultimi depositari dell'effettiva valutazione sull'operato degli Stati.

7. La libertà di stabilimento, non espressamente affermata, nel D. Lgs. 59/2010

Per un'analisi completa sulla libertà di stabilimento devono essere prese in esame le disposizioni contenute nel D. Lgs. 59/2010 con le quali il legislatore italiano ha recepito la Direttiva Servizi.

Infatti, sino a questo punto si è voluto analizzare l'aspetto della libertà di stabilimento partendo da quanto viene proposto e tutelato nel TCE oggi TUEF e dalla normativa di settore comunitaria introdotta con la Direttiva Servizi. Risulta pertanto logico affrontare la questione da un punto di vista nazionale, per cercare di capire come l'ordinamento italiano abbia nel complesso recepito e convertito le disposizioni comunitarie a cui è soggetto.

Date queste brevissime premesse, si precisa sin d'ora che il legislatore italiano non ha voluto seguire l'impostazione testuale fornita dall'organo legislativo comunitario. Infatti, il Titolo II Capo I del D. Lgs. 59/2010, che si occupa dell'accesso al mercato nazionale, non è stato titolato libertà di stabilimento, ma bensì "*Disposizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività di servizi*".

Tuttavia, il fatto di non aver espressamente riportato il *nomen iuris* della libertà di stabilimento, ciò non pregiudica che nella sostanza questa libertà non sia garantita, anzi. Il legislatore italiano, attraverso l'articolo 10 del D. Lgs. 59/2010 ha voluto in concreto garantire la libertà di accesso e di esercizio nel mercato nazionale. Infatti con tale disposizione viene previsto che "*Nei limiti del presente decreto, l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate*

o discriminatorie”. Al secondo comma del medesimo articolo è disposto che “*Nei casi in cui l’accesso o l’esercizio di un’attività di servizi sono subordinati alla presentazione all’amministrazione competente di una dichiarazione di inizio attività, ove non diversamente previsto, si applica l’articolo 19, comma 2, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241*”.

Così facendo il legislatore italiano ha garantito l’effettiva possibilità per ciascun prestatore, italiano e non, di potersi stabilire e prestare liberamente nel territorio italiano qualsivoglia servizio sempre e comunque nel rispetto di quei limiti imposti dal Trattato, recepiti dalla Direttiva Servizi e fatti proprio dai regimi di autorizzazione disciplinati negli articoli 11 e seguenti del D. lgs. 59/2010.

È proprio attraverso la semplificazione amministrativa che il singolo prestatore può accedere facilmente al mercato dei servizi. Infatti, con il D. Lgs. 59/2010, l’Italia ha recepito quanto affermato nella Direttiva Servizi. Sebbene l’impostazione strutturale non rispecchi appieno quanto è stato disciplinato dalla normativa comunitaria di settore, il legislatore italiano ha voluto mantenere fermi alcuni elementi. Infatti, l’accesso al mercato è libero, salva la possibilità per il prestatore di essere sottoposto al rilascio di un’autorizzazione. Tale incombente, segue tuttavia regole completamente diverse rispetto a quanto accadeva nel passato, assumendo un ruolo di piena libertà, la cui proibizione all’accesso nel mercato viene valutato *ex post* e non *ex ante*.

Peraltro, si deve precisare, anticipando quanto verrà esposto nel prossimo paragrafo, che la garanzia ad un libero accesso al mercato è stata affermata anche dalla Corte Costituzionale. In una recente sentenza, infatti, il giudice delle leggi ha avuto

modo di affermare che non vi devono essere limiti all'accesso sul mercato, salvo quello relativo e richiesto dall'ambito territoriale che, tuttavia, deve essere ragionevolmente giustificato²¹⁵. In questi termini, la Consulta ha voluto esprimere un principio già più volte ripreso, secondo cui una legge regionale può imporre un limite al principio di libertà e concorrenza (art. 41 Cost.) solamente nell'ipotesi in cui tali regimi di autorizzazione non siano irragionevoli e abbiano la solo ed esclusiva finalità di ridurre temporaneamente alcuni effetti negativi che si riscontrano nel mercato locale²¹⁶.

²¹⁵ Si v. Corte Costituzionale, 9 marzo 2007, n. 64, con commento di A. KACZMAREK "*Stato di attuazione della programmazione delle medie strutture di vendita in Umbria*" in *Disciplina commercio* 2007, pagg. 421

²¹⁶ Si v. Corte Costituzionale, 22 dicembre 2006 n. 440.

8. La semplificazione amministrativa in materia di stabilimento: i regimi autorizzatori nel D. Lgs. 59/2010.

Anche nel D. Lgs. 59/2010, così come recentemente modificato, la semplificazione amministrativa è stata al centro di un concreto intervento. Nell'articolo 8 lettera f) vengono definiti i regimi di autorizzazione, prevedendosi, con tale concetto, *qualsiasi procedura, non inerente alle misure applicabili a norma del decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere un provvedimento formale o un provvedimento implicito relativo all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio; ai fini del presente decreto, non costituisce regime autorizzatorio la segnalazione certificata di inizio di attività (S.C.I.A.), di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241*". (in neretto è stata riportata la modifica operata dal D. Lgs. 147/2012 che ha introdotto lo strumento della Scia).

In relazione alla libertà di stabilimento, che come *supra* accennato nel D. Lgs. 59/2010 non viene espressamente menzionata, sono due le forme di tutela oggi riprese nel D. lgs. 59/2010. Da un lato si prevedono una serie di riduzioni burocratiche per l'accesso al mercato, dall'altro l'imposizione di ostacoli regolamentari discriminatori, o anche semplicemente ingiustificatamente restrittivi, che vengono imposti solo per ragioni che attengono a motivi imperativo di ordine pubblico.

In buona sostanza, il legislatore italiano ha copiato quanto è stato previsto in ambito comunitario e così facendo ha ridotto notevolmente il problema dell'accesso al mercato, rispetto ad una precedente situazione ove faceva da padrone la burocrazia.

Da un punto di vista sostanziale meritano attenzione i vincoli e le condizioni che possono essere posti all'attività economica, i c.d. requisiti. A requisiti inammissibili *tout court* in ragione della loro discriminatorietà (art. 11 del D. Lgs 59/2010), si aggiungono quelli che possono essere ammessi se strettamente necessari al perseguimento di interessi generali compatibili con il diritto comunitario (art. 12 D. Lgs. 59/2010). Oltre a tali prescrizioni di carattere generale, intervengono l'insieme di modifiche dei requisiti previsti nei singoli settori e che sono contenuti nella parte seconda del decreto, la parte c.d. "Speciale". Nonostante questi incisi, anche il D. Lgs. non amplia i contenuti delle decisioni assunte dalla Corte di Giustizia in commento alla Direttiva ed al Trattato.

Questo nuovo modo di approcciarsi al mercato interno ha determinato, senz'ombra di dubbio, un'occasione importante per riformare i sistemi di regolazione delle attività economiche imponendo, tra le altre cose, un meccanismo di controllo preventivo mediante un sistema di notifica alla Commissione e di valutazione dei requisiti introdotti, che il D. lgs. 59/2010 ha rafforzato mediante una clausola di sospensione dell'efficacia delle misure nelle more del processo di armonizzazione (Art. 13 D. Lgs. 59/2010).

Si deve precisare, inoltre, che con il D. Lgs. 59/2010 l'ordinamento italiano ha avuto modo di intervenire sulla struttura stessa della pubblica amministrazione, la quale verifica il rispetto dei requisiti imposti. Recependo appieno lo spirito liberale di semplificazione imposto dalla Direttiva Servizi, viene infatti previsto il principio dell'eccezionalità, attraverso la clausola di specialità prevista all'articolo 9 del D.

Lgs. 59/2010 funzionale e proporzionale rispetto al perseguimento di un interesse generale compatibile con il diritto comunitario.

In questi termini si è cercato il pretesto per dare vita alla riforma dell'istituto della (*ex*) Dichiarazione di inizio attività²¹⁷, la quale è divenuta lo strumento attraverso il quale buona parte delle attività economiche possono essere intraprese.

Già nel 2009, infatti, il legislatore italiano si era preoccupato di intervenire nelle materie coperte dalla Direttiva Servizi modificando la *ex* Dia, nel senso che la sua semplice presentazione della dichiarazione era determinante per poter iniziare a svolgere l'attività *ivi* indicata²¹⁸.

Il passo successivo è stato quello di introdurre lo strumento della Scia con il quale il legislatore italiano ha colto la palla al balzo per intervenire drasticamente sull'argomento e per cercare di uniformare la precedente situazione di ambiguità che si era creata tra la Dia ad efficacia diretta e la Dia ad efficacia differita.

L'uniformità normativa ad un unico strumento di diritto amministrativo che ripercuote i suoi effetti anche nel campo del diritto privato – ciò non senza difficoltà applicative – porta con se una duplice conseguenza: da un lato evitare la “discriminazione”, se così si può chiamare, tra quelle attività che per poter essere esercitate, dovevano attendere il decorso del termine imposto per la dia ad efficacia differita ed quelle, invece, che potevano essere immediatamente iniziate; dall'altro riporta una ventata di semplificazione. L'eliminazione di due procedure amministrative portava, senza ombra di dubbio, ad una confusione anche a livello operativo. Pertanto, una

²¹⁷ Si v. Facchini C., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Azienditalia* n. 11/2011, pagg. 3 ss.

²¹⁸ Si v. l' Art. 9, c. 4, *l. n. 69/2009*

regola generale unica, che vale per tutti i servizi e/o le attività che si dir voglia, ha come risvolto positivo la semplificazione anche a livello nazionale.

Dal punto di vista logico-formale, il risultato a cui è giunto il legislatore italiano non può che essere condivisibile. Infatti, come riconosciuto da parte della dottrina²¹⁹: *“le dichiarazioni/segnalazioni non dovrebbero rientrare nella nozione di regime autorizzatorio”*, con la conseguenza che la nuova Scia costituisce una vera e propria semplificazione amministrativa per l’accesso al mercato.

Se da un lato l’accesso al mercato è libero, dall’altro la presentazione della Scia non determina la certezza che quell’attività iniziata sia svolta con il rispetto dei limiti imposti dalle normative regionali o nazionali.

Difatti, è data facoltà alla PA, *“nel termine di sessanta giorni dall’inizio dell’attività di adottare determinati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività stessa”* (art. 19 c. 1 n. 241/1990). In questi casi, pertanto, la ricostruzione della Scia nei termini di provvedimento implicito non può essere ammissibile, così come risulta difficile potersi riferire alla Scia con il nome di *“titolo autorizzatorio”*. La Scia in quanto tale, costituisce in tutto e per tutto una mera *“Segnalazione”*, intesa, a dire di chi scrive, come una sorta di atto volitivo proprio attraverso il quale si rende edotta la Pubblica amministrazione dell’inizianda attività.

Ciò che non deve essere dimenticato è che da un controllo preventivo, si è passati ad un controllo successivo, ma sempre di controllo si sta parlando. Pertanto, e ciò in termini critici, di vera e propria semplificazione amministrativa probabilmente non si può parlare. Si è solamente spostato il tempo in cui il controllo sui re-

²¹⁹ E. L. CAMILLI, *Il recepimento della Direttiva Servizi in Italia*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 12, pagg. 1239.

quisiti richiesti per l'esercizio dell'attività dovrà essere eseguito. È ben vero che sono stati eliminati gli aspetti burocratici che prima erano atti prodromici all'esercizio dell'attività, ma ciò non determina che la verifica amministrativa *ex post* sia sempre da considerarsi come elemento di favore, soprattutto se consideriamo che la verifica deve essere eseguita nel termine massimo di sessanta giorni.

Pertanto, la Scia in esame può essere viceversa intesa come *incip* amministrativo per l'esercizio di un'attività che se non interrotta nel termine dei sessanta giorni successivi può dirsi autorizzata, con l'ulteriore considerazione che il potere autorizzatorio è sottoposto ai limiti stringenti di cui agli artt. 15 e 16 del decreto.

Sul complesso normativo citato nel presente paragrafo, ha avuto modo di intervenire anche il giudice italiano.

Nello specifico si è cercato di definire in concreto il complesso contenuto nelle norme sulla liberalizzazione delle attività economiche²²⁰, prevedendo che “*non sia possibile contingentare l'accesso al mercato e che la limitazione all'apertura di nuovi esercizi commerciali siano possibili purché non si riferiscano al volume delle vendite*”.

In questi termini, il giudice italiano, ha cercato di reperire appieno quelli che sono gli elementi propri della Direttiva Servizi in tema di accesso al mercato senza discriminazione.

Infatti, le sentenze sopra menzionate, hanno avuto proprio la spinta di precisare che il mercato è libero, così come lo è l'accesso. Pertanto, le uniche limitazioni che possono essere consentite, saranno quelle che incidono sulla protezione dei diritti

²²⁰ Si v. Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 11 marzo 2011 n. 145 in Foro amm. TAR 2011, 3, 783e Consiglio di Stato, 31 marzo 2011 n. 1973.

ti inviolabili sui motivi imperativi di interesse generale, non potendosi considerare quale limite il fatto che in quella zona ci sia un prestatore di servizi che già opera e detiene una buona fetta di mercato.

In conclusione, la possibilità di imporre dei regimi di autorizzazione di accesso al mercato per garantire la tutela dei motivi imperativi di ordine pubblico ovvero la salvaguardia territoriale, non può in caso nessuno pregiudicare la concorrenza del mercato.

CAPITOLO IV

IL DIRITTO ALLA LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI

Sommario: 1. La distinzione tra la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi. – 2. L'articolo 16 della Direttiva e l'ampliamento del principio della libera prestazione di servizi - 3. Segue: l'assenza del limite dei motivi imperativi d'interesse generale e gli altri tre motivi che possono impedire l'accesso e l'esercizio del servizio. – 4. L'accesso e l'esercizio di attività di servizi: verso la nozione di (diritto) libertà d'impresa e l'incidenza nell'ordinamento italiano.

1. La distinzione tra la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi.

Come si è già avuto modo di accennare in più occasioni, la Direttiva Servizi garantisce e tutela la realizzazione di un mercato interno inteso come “area globale” ove i capitali, le merci le persone ed i servizi possono circolare liberamente, realizzando in questo modo l’obiettivo primario definito nell’articolo 2 del TUEF.

Risulta pertanto pacifico che il Trattato non soltanto si identifichi come la disciplina primaria di riferimento in tema di libertà fondamentali, ma costituisca, altresì, il cuore pulsante e vivo di un soggetto sovranazionale che vive di luce propria e a cui ogni singolo aderente tende ad uniformarsi. È per tale ragione che sul piano normativo il riconoscimento della diretta efficacia dei principi base contenuti negli articoli del TCE, prima e del TUEF oggi, costituiscono punti fermi che non possono che essere ribaditi nelle singole direttive di settore.

Risulta dunque evidente che la Direttiva Servizi, normativa secondaria rispetto al Trattato, viva quell’influenza positiva propria dei principi contenuti negli articoli 56 e seguenti del TUEF e che pertanto abbia esclusivamente la finalità di intervenire in relazione a quelle attività che, nei vari singoli Stati, sono sottoposte a discipline dettagliate o che necessitino di condizioni d’accesso o di esercizio. Ecco dunque che la Direttiva Servizi da un lato promana e mantiene viva l’impostazione comunitaria definita in tema di libertà di stabilimento e prestazione e dall’altro specifica quali requisiti o condizioni devono avere i singoli prestatori per poter accedere al mercato dei servizi.

La differente regolamentazione tra il diritto di stabilimento ed il diritto di prestazione ha trovato nel TCE e nel TUEF una differente concettualizzazione²²¹. Ragionando in termini generalissimi si può affermare che con il diritto di stabilimento il legislatore comunitario ha voluto riferirsi a quelle situazioni in cui il prestatore esercita stabilmente un'attività in un altro Stato membro nel quale egli non era precedentemente stabilito. Diversamente con la libera prestazione di servizi, il TUEF si riferisce alla possibilità per il prestatore di poter prestare la propria attività in uno Stato membro diverso da quello ove è regolarmente stabilito, sia attraverso lo spostamento fisico temporaneo, sia attraverso strumenti a distanza.

La ragione fondamentale di questa duplicità risiede nel fatto che l'attuale l'economia europea cresce proporzionalmente allo sviluppo delle tecnologie. Pertanto risulta sempre più agevole avvalersi degli strumenti telematici e/o informatici per poter beneficiare di quei servizi che sino a non molto tempo fa veniva eseguiti solo attraverso un contatto diretto tra il professionista e il beneficiario²²².

Ciò che maggiormente interessa la nostra analisi – con specifico riferimento anche a quanto si dirà *infra* – risiede nel fatto che con la libertà di prestazione di servizi lo Stato ospitante non può imporre lo stesso numero di restrizioni rispetto al

²²¹ Numerosi sono stati gli Autori che sono intervenuti sul punto. Si v. M. LUGATO, Commento agli artt. 49-55 CE, in Trattati dell'Unione europea e della Comunità Europea, in A. TIZZANO (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2004, pagg. 403-416; M. CONDINANZI, La libertà di stabilimento, in Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale, a cura di STROZZI, Giappichelli Editore, Torino, 2006; S. D'ACUNTO, *La proposition de directive su services dans les marché intérieur*, in *Revue de droit de l'Union européenne*, 2004, 2 pagg. 201 e ss; R. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali* in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), Il mercato unico dei servizi, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 1 e ss. e G. TESAURO, Diritto comunitario, CEDAM, Padova, 2010, pagg. 523 e ss.

²²² Si tenga a mente questo passaggio quando si affronterà il problema della tutela del Consumatore alla luce dei recenti interventi normativi. Si v. Cap. V par. 6.

prestatore che decide di stabilizzarsi nel territorio dello Stato membro, salvi in ogni caso i diritti fondamentali stabiliti nel Trattato²²³.

Ciò che permette di distinguere il concetto di prestazione e quello di stabilimento si fonda appunto sull'elemento della temporaneità. Tuttavia, questo riferimento è stato oggetto di numerosi interventi giurisprudenziali con i quali si è cercato di delineare con maggior precisione la linea distintiva intercorrente tra libertà di stabilimento e libertà di prestazione.

Con l'articolo 50 TCE, oggi 57 TUEF, il legislatore comunitario ha posto l'accento sul fatto che il prestatore può esercitare la propria attività “*a titolo temporaneo*” e per “*l'esecuzione della sua prestazione*”, volendosi pertanto riferire a quelle singole attività esercitate al di fuori del proprio Stato d'origine. Vanno ricordate a questo punto quelle pronunce giurisprudenziali che hanno stabilito che non si può parlare di libera prestazione di servizi, ma viceversa di stabilimento, in quelle situazioni in cui il prestatore opera prevalentemente nel territorio di un Stato membro²²⁴. Queste pronunce hanno cercato di individuare l'elemento distintivo tra la libera prestazione di servizi ed il diritto di stabilimento, precisando che l'aspetto che contrap-

²²³ È proprio su questo contesto che si inserisce l'annoso e quanto mai attuale problema del c.d. principio del paese d'origine. Come si vedrà successivamente (Cap. VI, par. 1 e 3) con l'adozione della Direttiva Servizi si è voluto dare un colpo di spugna all'ormai assodato principio secondo cui un prestatore, nell'esercizio del diritto di prestazione, era soggetto alle disposizioni dello stato di appartenenza. In più il legislatore comunitario ha voluto evitare il conflitto legislativo lasciando all'autonomia delle parti la volontà di decidere quale legge applicare al rapporto contrattuale, sulla base delle disposizioni di diritto internazionale privato. (Si cfr. Quanto è disciplinato nell'articolo 3.2. della Direttiva Servizi e quanto già enunciato nel Cap. I par. 2 in tema di principio di complementarietà)

²²⁴ Si v. Corte di Giustizia CE, 26 novembre 1975, *Coenen* C-39/75 e Corte di Giustizia CE, 3 dicembre 1974, *Van binsbergen*, C-33/74 che si riferisce al caso di un avvocato di nazionalità olandese ma residente in Belgio che aveva assunto la difesa di un cliente in un procedimento avanti ad un giudice olandese. Con tale pronuncia la Corte di Giustizia ha voluto precisare che quando un soggetto “*svolge per intero o principalmente in un altro Stato la sua attività*”, ciò determina che “*lo stesso sarà soggetto alle disposizioni sul diritto di stabilimento e non a quelle sulla prestazione di servizi*”.

Ulteriori pronunce che prediligono il criterio quantitativo della prestazione fornita sono: Corte di Giustizia CE, 3 febbraio 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91, Corte di Giustizia CE, 5 ottobre 1994, *TV10*, C-23/93.

pone le due libertà si fonda esclusivamente sull'aspetto quantitativo dell'attività prestata.

Si deve tuttavia precisare che tale impostazione è stata successivamente ridimensionata. Infatti, se da un lato l'orientamento giurisprudenziale si è focalizzato sul criterio della temporaneità e della transfrontalierietà dell'attività prestata²²⁵, dall'altro il Supremo organo giudicante ha avuto modo di pronunciarsi affermando che *“ai fini dell'applicazione del capitolo sul Trattato relativo ai servizi ad un'attività economica è l'assenza di carattere stabile e continuativo della partecipazione dell'interessato alla vita economica dello Stato membro ospitante*²²⁶. Sulla base di questa influente pronuncia, dunque, si sono considerate come mera attività di prestazione di servizi soggette agli articoli 49 e seguenti del Trattato (oggi 57 TUEF) quelle attività che si prolungano per più di annualità²²⁷ ovvero la consulenza transfrontaliera seppur prestata per un periodo di tempo prolungato, purché non sussista la presenza di una infrastruttura stabile che consenta al prestatore di esercitare la propria attività in maniera stabile e continuativa. Per concludere, dunque, sembrerebbe emergere che l'elemento che permette di individuare se si tratta di prestazione di servizi o di stabilimento dipenda dal tipo di infrastruttura di cui si avvale il prestatore e dal tipo di clientela a cui tale attività si rivolge²²⁸.

²²⁵ Corte di Giustizia CE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94 ove è stato stabilito che *“il carattere temporaneo delle attività considerate deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di queste.*

²²⁶ Corte di Giustizia CE, 13 febbraio 2003, *Commissione c. Italia*, C-131/01.

²²⁷ Corte di Giustizia CE, 11 dicembre 2003, *Schnitzer*, C-215/01.

²²⁸ Non devono essere smentiti i riferimenti giurisprudenziali più rilevanti. Si veda infatti la sentenza della Corte di Giustizia CE, 30 novembre 2005, *Gebhard*, C-55/94 con la quale è stato disposto che *“Il carattere temporaneo della prestazione di servizi, si deve valutare tenendo conto della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità della prestazione stessa. Il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, può dotarsi, nello Stato membro ospitante, dell'infrastruttura necessaria per il compimento della sua prestazione. Un cittadino di uno Stato membro che, in maniera stabile e continua, esercita un'attività professionale in un altro Stato membro in cui, da un domicilio professionale, offre i propri*

Poste queste premesse si deve porre l'accento sul fatto che, diversamente da ciò che accade per il diritto di stabilimento, nell'esercizio del diritto alla libera prestazione di servizi non possono essere previste clausole di nazionalità o clausole di residenza o di stabilimento. Tali limitazioni, difatti, sono del tutto incompatibili con il concetto stesso di libera prestazione che si fonda sul presupposto della non vincolatività territoriale del prestatore, cosicché condizionare l'esercizio del diritto ai requisiti di residenza o stabilità determinerebbe un'effettiva negazione giuridica alla libertà garantita dal Trattato.

La libertà di prestazione di servizi potrà dunque trovare un suo limite solamente nel caso in cui al prestatore sia richiesto il rispetto delle garanzie imprescindibili garantite dal Trattato o dalla legislazione nazionale, con la conseguenza che la doppia imposizione normativa potrà essergli applicata solo in ragione di motivi imperativi di pubblico interesse.²²⁹ Pertanto, la libertà di stabilimento equivale al diritto di accesso ad un'attività a condizioni non discriminatorie in uno Stato membro e la libera prestazione dei servizi equivale al diritto di continuare la propria attività in un Stato membro diverso.

servizi, tra l'altro, ai cittadini di questo Stato, è soggetto alle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento e non a quelle del capo relativo ai servizi.

La possibilità, per un cittadino di uno Stato membro, di esercitare il diritto di stabilimento, e le condizioni dell'esercizio di questo diritto devono essere valutate in funzione delle attività che egli intende esercitare nel territorio dello Stato membro ospitante". Tale sentenza, pertanto, si ribadisce il concetto che l'attività prestata in uno Stato membro avvalendosi di un'infrastruttura stabilmente posizionata, costituisce il discrimine tra l'applicazione delle disposizioni sul diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, discipline non cumulabili tra di loro. Per un confronto dialettico sul punto si v. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2004, pagg. 135 e ss.

²²⁹ Questo è ciò che emerge anche da una delle più importanti pronunce del settore, la sentenza *Webb*. Per mezzo di questa pronuncia la Corte di Giustizia CE ha avuto modo di imprimere il concetto secondo cui il regime di doppia imposizione normativa – dello Stato di provenienza e dello Stato ove verrà eseguita la prestazione – diviene un passaggio obbligatorio dovuto per ragioni di interesse generale, sempre e comunque tenendo in considerazione la tipologia di attività prestata. Si v. Corte di Giustizia CE, 17 dicembre 1981, *Webb*, C-279/80.

2. L'articolo 16 della Direttiva e l'ampliamento del principio della libera prestazione di servizi.

Attraverso la travagliata formulazione dell'articolo 16 della Direttiva Servizi²³⁰, il legislatore comunitario ha voluto da un lato riprendere il principio della libera prestazione dei servizi, ma dall'altro, ne ha voluto ampliare la portata. Infatti, ciò che viene enunciato nell'articolo sopra citato risulta lapalissiano ed impossibile da contestare. I prestatori di servizi hanno *“il diritto di fornire i loro servizi in uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui sono stabiliti”*.

Risulta di estremo interesse l'uso del termine *“servizi”*. Infatti, rispetto al testo di legge votato in prima lettura ove ci si riferiva al termine servizio al singolare, l'articolo 16 della Direttiva Servizi propone tale termine al plurale. In questo modo, tenuto in considerazione anche quanto espresso nel paragrafo precedente, il legislatore comunitario con l'articolo 16 della Direttiva Servizi ha voluto ribadire che gli Stati membri hanno l'obbligo di rispettare, assicurare e non ostacolare l'accesso all'attività di servizi ai prestatori stabiliti in un altro Stato membro. Inoltre il legislatore ha colto l'occasione per ampliare l'interpretazione letterale dell'articolo 57 TUEF. Tale articolo infatti si riferisce *“all'esecuzione della [...] prestazione”* quasi che il Trattato volesse considerare che le attività che possono essere prestate attraverso la libera circolazione sono solo quelle che hanno oggetto l'adempimento di una sola specifica prestazione.

²³⁰ Si riprenderà successivamente il discorso delle ragioni che hanno spinto il legislatore ad adottare l'articolo 16 così com'è possibile leggerlo nel testo attuale delle Direttive. Nello specifico, nel Cap. V paragrafi 1 e seguenti verrà discussa l'annosa questione sul l'abbandono del Principio del paese d'origine. In questa sede ci limiteremo ad analizzare criticamente la costruzione dell'articolo 16 della Direttiva Servizi.

Se dunque la Direttiva Servizi vive della luce che proviene dal Trattato facendo propri i concetti, le libertà e le garanzie *ivi* espresse, dall'altro ne espande e ne dà attuazione, concretizzando quella libertà da tutti voluta e discussa qual è la libera prestazione dei servizi. È in questo modo, pertanto, che le disposizioni relative agli articoli 57 e seguenti TUEF potranno essere applicate anche a coloro che svolgono “temporaneamente” una pluralità di prestazioni in uno Stato membro diverso da quello di residenza. Resterà dunque da capire se l'esercizio di più attività riguarda esclusivamente le prestazioni fornite nei confronti di un singolo destinatario, ovvero se il singolo prestatore possa esercitare contemporaneamente più prestazioni a favore di più destinatari, ferma restando l'applicazione delle disposizioni sulla libera prestazione di servizi.

Ecco dunque che attraverso la Direttiva Servizi, diretta a realizzare la costruzione di un mercato unico, il legislatore comunitario ha voluto “interpretare” apertamente quelle disposizioni del Trattato che da sempre sono state oggetto di discussione, riaffermando quel principio generale secondo cui per garantire l'esercizio e la libera circolazione, il diritto comunitario interviene sanzionando solamente le attività che pongono in essere azioni discriminatorie. Ciò è quanto deve essere tenuto in considerazione dai singoli Stati, i quali per garantire l'effettivo esercizio della libera circolazione dei servizi “*devono tenere in debita considerazione quali effetti avranno le misure da essi adottate per disciplinare il mercato nazionale*”²³¹.

²³¹ Tale assunto è stato ribadito e in una sentenza cardine qual è la sentenza *Cipolla* e ripresa in Corte di Giustizia CE, 13 dicembre 2005, C-446/05, *Marks & Spencer*, Racc. P. I-103837.

Tale aspetto è stato ampiamente trattato anche da A. BIONDI, *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 75 e ss.

Sono pertanto queste le premesse che hanno mosso e spinto il legislatore ad intervenire con l'adozione della Direttiva Servizi, la quale con il fondamentale articolo 16 propone l'effettiva circolazione dei servizi ed impedisce agli Stati membri di subordinare l'accesso e l'attività nel proprio territorio a restrizioni, salva la tutela di quegli interessi superiori individuati nell'ordine pubblico, nella pubblica sicurezza, nella sanità pubblica e nella tutela dell'ambiente, adottati sempre e comunque nel rispetto dei tre principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità.

Tali limitazioni, tuttavia, costituiscono il frutto di un intervento più politico che giuridico. Infatti, i commentatori alla normativa di settore ritengono che la formulazione dell'articolo 16 sia il risultato di un delicatissimo equilibrio politico²³², dovuto soprattutto a ragioni che si fondano sui preconcetti che formano il mercato dei servizi²³³.

Nell'articolo in commento, ciò che viene concretamente contestualizzato è la cosiddetta lista nera dei requisiti vietati. Infatti nel paragrafo 2 dell'articolo 16 il legislatore si è preoccupato di esemplificare quelle che possono considerarsi come restrizioni assolutamente vietate e pertanto rientrate nella c.d. lista nera, similmente a quanto accade con le liste di cui agli articoli 14 e 15 della Direttiva²³⁴.

²³² Si v. G. BERARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, pagg. 35 e ss.

²³³ Si v. V. HATZOPOULOS, *Que reste-t-il de la directive sur les services*, in *Cahier de Droit Européen*, 2007, pagg. 54 e ss.

²³⁴ Si deve precisare che la lista contenuta nell'articolo 16 non può considerarsi come una lista chiusa come quelle di cui agli articoli 14 e 15. Infatti, il legislatore nell'articolo 16 ha espressamente inserito la paratattica “, *in particolare*,” appunto per precisare che la lista che è *ivi* contenuta ha valore esemplificativo.

Alcuni Autori hanno sostenuto che la lista nera di cui all'articolo 16, par. 2, debba essere completata con quella di cui all'articolo 14, in quanto le restrizioni vietate in materia di stabilimento devo essere considerate tali anche in materia di libera prestazione di servizi. Si v. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 75.

In tale esemplificazione il legislatore ha inserito “*l’obbligo per il prestatore di essere stabilito sul territorio dello Stato di destinazione*”. Risulta pacifico che la stessa lettura della lettera a) dell’articolo 16, paragrafo 2, evidenzia l’antitesi con il concetto di libera prestazione che si fonda sul non stabilimento del prestatore²³⁵. Il legislatore ha inoltre precisato alle lettere b) e c) del medesimo articolo che la prestazione non può essere soggetta “*all’obbligo per il prestatore di ottenere un’autorizzazione dalle autorità competenti, compresa l’iscrizione in un registro o a un ordine professionale sul loro territorio, salvo i casi previsti dalla presente direttiva o da altri strumenti di diritto comunitario*” non potendo lo Stato inoltre vietare che il prestatore “*si possa dotare sul territorio di una determinata forma o tipo di infrastruttura, inclusi uffici o uno studio, necessaria all’esecuzione delle prestazioni in questione*”. Quest’ultimo divieto si ricollega con quello contenuto alla lettera a) sopra citata. Infatti, se da un lato lo Stato membro non può richiedere al prestatore di stabilizzarsi, dall’altro non può neppure vietare che il prestatore utilizzi strutture fisse presenti nel territorio, soprattutto con riferimento alle prestazioni di durata.

È bene svolgere alcune precisazioni. Questa specifica disposizione può essere considerata un passo in avanti rispetto a quanto la Corte di Giustizia ha avuto modo di riferire con riferimento alla prestazione di servizi fornita da un prestatore che si avvale di infrastrutture nel territorio ospitante. In tutte le precedenti pronunce la Suprema Corte ribadisce il concetto che in tale casi non si può parlare di prestazione di

²³⁵ Per alcune pronunce si può v. Corte di Giustizia CE, 7 febbraio 2002, *Commissione c. Italia*, C-279/00, Corte di Giustizia CE, 9 marzo 2000, *Commissione c. Italia*, C-355/98, nonché più di recente si può v. Corte di Giustizia CE, 29 aprile 2004, *Commissione c. Portogallo*, C-171/02 e Corte di Giustizia CE, 18 luglio 2007, *Commissione c. Italia*, C-134/05.

servizi, ma di stabilimento²³⁶. Pertanto il legislatore, andando contro tali pronunce, vuol far rientrare nella nozione di libera prestazione servizi anche quelle attività che sino al 2006 venivano soggette alle disposizioni sul diritto di stabilimento. Questo nuovo modo di interpretare la nozione di servizio e prestazione porta ad allargare le maglie di confine tra la libera prestazione ed il diritto di stabilimento, che se fino all'entrata della Direttiva si fondava sul concetto di temporaneità, frequenza, periodicità della prestazione e presenza dell'infrastruttura nello Stato ospitante. Ad oggi, pertanto, si ritorna a considerare l'elemento distintivo solo sul concetto temporale, salve sempre le eccezioni del caso e tenuto in considerazione che tali disposizioni non si applicano a tutti i servizi genericamente intesi, ma solo a quelli non esclusi dalla Direttiva. Per tutto il resto continuano a considerarsi valide le interpretazioni precedenti.

La lettera d) dell'articolo 16, paragrafo 2, della Direttiva Servizi così vieta *“l'applicazione di un regime contrattuale particolare tra il prestatore e il destinatario che impedisca o limiti la prestazione di servizi a titolo indipendente”*. In questo modo non è possibile imporre che il prestatore sia soggetto contrattualmente subordinato alla volontà del destinatario. Ciò determinerebbe uno svuotamento totale del significato di prestazione indipendente²³⁷, come pure *“l'obbligo per il prestatore di essere in possesso di un documento di identità specifico per l'esercizio di un'attività di servizi rilasciato dalle loro autorità competenti”*, stabilito alla lettera e) del medesimo articolo²³⁸. Inoltre è stato previsto che uno Stato non richiedere determinati *“requisiti, a eccezione di quelli in materia di salute e di sicurezza sul posto*

²³⁶ Si v. quanto è stato detto in chiusura del paragrafo precedente.

²³⁷ Si v. Corte di Giustizia CE, 5 giugno 1997, *Commissione c. Grecia*, C-398/95.

²³⁸ Si v. Corte di Giustizia CE, 9 marzo 2000, *Commissione c. Belgio*, C-355/98.

di lavoro, relativi all'uso di attrezzature e di materiali che costituiscono parte integrante della prestazione del servizio". Così facendo si vuole mantenere ferma la libertà sostanziale di prestazione, garantendo che un prestatore possa utilizzare tutti gli strumenti di cui ha bisogno per l'esecuzione della propria obbligazione²³⁹.

Infine, ma non da ultimo l'articolo 16, paragrafo 2 lett. g) espressamente richiama le restrizioni alla libera circolazione previste all'articolo 19 della Direttiva. In questo modo, pertanto, il legislatore ha voluto affermare il principio secondo cui gli Stati membri non possono in alcun modo incentivare un destinatario ad avvalersi di un prestatore interno piuttosto che di uno comunitario ovvero dissuaderlo da sceglierne uno appartenente ad uno Stato membro.

Con tale previsione viene espressamente affermato anche un principio non chiaramente leggibile tra le righe Trattato. La libera prestazione di servizi non deve intendersi esclusivamente in senso attivo, cioè quando il prestatore si rivolge al destinatario appartenente ad altro paese, ma anche viceversa e precipuamente quando è il destinatario a rivolgersi di sua *sponte* al prestatore che risiede in uno Stato membro diverso. Ecco dunque che con la disposizione da ultimo citata il legislatore ha espressamente chiarito un concetto che è sempre stato riconosciuto ed accettato, ma mai normativizzato.

²³⁹ Si v. Corte di Giustizia CE, 22 gennaio 2002, *Canal Satellite*, C-390/99.

3. Segue: l'assenza del limite dei motivi imperativi d'interesse generale e gli altri tre motivi che possono impedire l'accesso e l'esercizio del servizio.

Come accennato, dunque, il paragrafo 1 dell'art. 16 normativizza l'esistenza di un principio di ordine generale secondo cui i prestatori provenienti da uno Stato dell'Unione hanno il diritto di fornire i loro servizi in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti.

In effetti il citato art. 16 non solo riafferma l'obbligo, per lo Stato membro di destinazione, di rispettare, assicurare e non ostacolare l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi da parte di prestatori stabiliti in un altro stato membro, ma addirittura, al paragrafo 3, impone agli stati membri di non subordinare l'accesso e l'esercizio di tali attività a restrizioni che non trovino giustificazioni in ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, fermo restando, in ogni caso, il rispetto congiunto dei principi di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità.²⁴⁰

²⁴⁰ **Articolo 16 - Libera prestazione di servizi**

1. Gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti. Lo Stato membro in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un'attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio.

Gli Stati membri non possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettino i seguenti principi:

- a) non discriminazione: i requisiti non possono essere direttamente o indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede,*
- b) necessità: i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente,*
- c) proporzionalità: i requisiti sono tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo.*

Gli Stati membri non possono restringere la libera circolazione dei servizi forniti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro, in particolare, imponendo i requisiti seguenti:

- a) l'obbligo per il prestatore di essere stabilito sul loro territorio;*
- b) l'obbligo per il prestatore di ottenere un'autorizzazione dalle autorità competenti, compresa l'iscrizione in un registro o a un ordine professionale sul loro territorio, salvo i casi previsti dalla presente direttiva o da altri strumenti di diritto comunitario;*
- c) il divieto imposto al prestatore di dotarsi sul loro territorio di una determinata forma o tipo di infrastruttura, inclusi uffici o uno studio, necessaria all'esecuzione delle prestazioni in questione;*

Le uniche ragioni di portata generale in grado di giustificare l'introduzione di deroghe al principio della libera prestazione di servizi sono quindi esclusivamente quelle riconducibili all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica o alla tutela dell'ambiente.

Ogni altra restrizione, a carattere generale, deve ritenersi non consentita.

Andiamo con ordine.

Preliminarmente giova sottolineare come in ogni caso l'adozione di misure volte a restringere la libera prestazione di servizi nei confronti di prestatori stabiliti in altri stati membri debba avvenire nel rispetto *cumulativo* dei principi di:

- 1) Non discriminazione: la limitazione, in buona sostanza, deve trovare applicazione nei confronti di tutti gli operatori, siano o meno essi prestatori di servizi nazionali;
- 2) Necessità: la limitazione deve cioè essere indispensabile per raggiungere il risultato stabilito;

d) l'applicazione di un regime contrattuale particolare tra il prestatore e il destinatario che impedisca o limiti la prestazione di servizi a titolo indipendente;

e) l'obbligo per il prestatore di essere in possesso di un documento di identità specifico per l'esercizio di un'attività di servizi rilasciato dalle loro autorità competenti;

f) i requisiti, a eccezione di quelli in materia di salute e di sicurezza sul posto di lavoro, relativi all'uso di attrezzature e di materiali che costituiscono parte integrante della prestazione del servizio;

g) le restrizioni alla libera circolazione dei servizi di cui all'articolo 19.

3. Allo Stato membro in cui il prestatore si reca non può essere impedito di imporre requisiti relativi alla prestazione di un'attività di servizi qualora siano giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o tutela dell'ambiente, e in conformità del paragrafo 1. Allo stesso modo, a quello Stato membro non può essere impedito di applicare, conformemente al diritto comunitario, le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi.

4. Entro il 28 dicembre 2011 e previa consultazione degli Stati membri e delle parti sociali a livello comunitario, la Commissione trasmette al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'applicazione del presente articolo, in cui esamina la necessità di proporre misure di armonizzazione per le attività di servizi che rientrano nel campo d'applicazione della presente direttiva.

3) Proporzionalità: la limitazione deve comunque essere tale da consentire il raggiungimento dello scopo senza poter essere sostituita da altra misura di carattere meno costrittivo²⁴¹.

Ciò premesso, la disposizione in commento delinea ulteriormente la portata del requisito della necessità andando a precisare come le deroghe di portata generale devono comunque trovare il proprio fondamento in una delle quattro citate ragioni.

Eccezion fatta per la tutela dell'ambiente²⁴², gli altri concetti trovano riscontro nelle varie disposizioni del Trattato: ad essi potranno e dovranno essere applicati i medesimi criteri interpretativi forniti dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea.

A questo proposito è opportuno ricordare il principio in base al quale, trattandosi di concetti volti a consentire deroghe e/o limitazioni a principi fondamentali del Trattato, essi vanno intesi in maniera restrittiva.²⁴³

Del resto, la stessa direttiva n. 2004/34, in materia di diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri riprende i medesimi principi, affermando, al paragrafo 32, come *“i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità e sono adottati esclusivamente in relazione*

²⁴¹ Sul punto si v. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 78 e ss.

²⁴² Il concetto di tutela dell'ambiente quale fonte di limitazione alle libertà di stabilimento o prestazione di servizi ha in realtà trovato scarso riscontro sia nel contenzioso che nella giurisprudenza comunitaria legata all'applicazione dell'art. 49 del Trattato CE.

²⁴³ In tema di interpretazione restrittiva delle nozioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità pubblica si vedano le sentenze della Corte di Giustizia CE, 19 gennaio 1999, *Calfa*, C - 348/96; Corte di Giustizia CE, 29 ottobre 1998, *Comm./Spagna, sicurezza privata*, C-114/97 e Corte di Giustizia CE, 28 aprile 1998, *Kohll*, C-158/96.

al comportamento personale della persona nei riguardi della quale essi sono adottati.”

Sotto altro profilo si osserva come la disposizione di cui all’art. 16 non distingua tra i concetti di *accesso* ad un attività di servizi ed *esercizio* della medesima.

Per vero, infatti, era stato proposto di valorizzare le due diverse fasi (accesso ed esercizio) nell’ottica di giungere ad un maggior temperamento tra il principio del Paese di origine (sostenuto inizialmente dalla Commissione, da applicarsi all’accesso all’attività di servizi) e la regola del Paese di destinazione (che avrebbe invece trovato applicazione con riferimento all’esercizio dell’attività stessa).

Va però detto come tale salomonica soluzione avrebbe, probabilmente, generato più problemi che soluzioni.

In effetti non sfugge all’attento osservatore il fatto che risulti particolarmente complesso operare una netta distinzione tra le due fasi tale da consentire di stabilire con certezza se una determinata attività debba essere ricondotta all’una o all’altra categoria di modo da conoscere con certezza la disciplina normativa ad essa applicabile.

Ma vi è di più. Sia il Trattato che la giurisprudenza della Suprema Corte di Giustizia non hanno cercato di intervenire su siffatta distinzione.

Ad esempio l’art. 43, secondo paragrafo, del Trattato fa riferimento tanto all’accesso ad un’attività quanto al suo esercizio.

Ancora, l’art. 47 del Trattato prevede l’adozione di “*direttive intese al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all’accesso alle attività non salariate e all’esercizio di queste.*”

Inoltre, anche dove, come nella direttiva 2000/31 CE in materia di commercio elettronico una simile distinzione sembra trovare rilievo, essa non assume in realtà alcun valore giuridico ²⁴⁴.

Sul punto ha avuto peraltro modo di pronunciarsi anche la Corte di Giustizia che, con la sentenza del 3.10.2000, C-58/98 (*Corsten*), ha acclarato come sia impossibile separare le regole sull'accesso da quelle dell'esercizio e quindi il legame indissolubile tra questi due concetti: *“l'art. 59 (attuale 49) del Trattato e l'art. 4 della direttiva n. 64/427 ostano ad una normativa di uno Stato membro che subordini l'effettuazione, sul proprio territorio, di attività artigianali da parte di prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri ad una procedura di autorizzazione tale da ritardare o rendere più complesso l'esercizio del diritto alla libera prestazione dei servizi, quando l'esame dei requisiti per l'accesso alle attività di cui trattasi sia stato effettuato e sia stata accertata la sussistenza dei requisiti medesimi.”*

Peraltro non può non rilevarsi come l'adozione della citata distinzione tra accesso ed esercizio dell'attività di servizi avrebbe in ogni caso portato ad un rafforzamento del principio del Paese di destinazione e delle limitazioni che esso potrebbe porre in essere (posto che, è evidente, ben più pregnante è il momento dell'*esercizio dell'attività di servizi* rispetto al momento di accesso alla stessa), in totale disarmonia con lo spirito della direttiva stessa e del diritto comunitario sul punto.

²⁴⁴ In effetti la direttiva sull'E-commerce individua (art. 2 (i)) le prestazioni relative all'accesso ad un'attività in quelle riguardanti “le qualifiche ed i regime di autorizzazione e notifica” mentre nelle condizioni relative all'esercizio in quelle relative a “comportamento del prestatore, la qualità o i contenuti del servizio, comprese le prescrizioni applicabili alla pubblicità e ai contratti oppure la responsabilità del prestatore.

La direttiva medesima, tuttavia, al successive art.3, paragrafo 2, vieta qualunque provvedimento restrittivo nei confronti di prestatori stabiliti in altro Stato membro che rientrino nell'ambito regolamentato dalla direttiva e, dunque, sia con riferimento alla fase di accesso all'attività di servizi che all'esercizio della medesima.

In conclusione si può affermare come con il disposto dell'art. 16 la Direttiva Servizi nell'affermare la libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione abbia, da un lato, eliminato il principio del Paese di origine e, dall'altro, ridotto sensibilmente la portata applicativa del principio del Paese di destinazione del quale possono trovare applicazione solo alcune misure costrittive, peraltro unicamente a titolo di deroga e ove sussistano determinate condizioni²⁴⁵.

²⁴⁵ Del resto la giurisprudenza della Corte relative all'art. 49 CE appare consolidate nel ritenere che *“le regole dello Stato membro di destinazione, quantunque non discriminatorie, lungi dall'essere applicabili in modo sistematico e generalizzato nei confronti di un operatore proveniente da altro Stato membro, possono essergli imposte esclusivamente in determinazioni straordinarie, ossia allorchè venga dimostrato che esse sono necessarie e proporzionali”* (cfr sent. Corte di Giustizia CE, 9 marzo 2000, *Comm. / Belgio* C-355/98, e Corte di Giustizia CE, 15 gennaio 2002, *Comm. / Italia*, C-439/99). È proprio su questa scia che si colloca l'art. 16 della direttiva in commento il quale, in ultima analisi restringe in capo agli Stati membri di destinazione, la possibilità di imporre le proprie regole.

4. L'accesso e l'esercizio di attività di servizi: verso la nozione di (diritto) libertà d'impresa e l'incidenza nell'ordinamento italiano.

La Direttiva 2006/123/CE è stata pensata ed attuata come evento storico nell'evoluzione dei poteri e delle competenze dell'Unione Europea, con la conseguenza che essa ha avuto rilevante impatto sugli Stati Membri. Questo perché il contenuto del testo legislativo, così come si è già avuto modo di vedere, tende a introdurre due importanti modifiche: la prima incide in ambito giuridico-economico stabilendo i principi regolatori per l'accesso al mercato dei servizi e la libertà di stabilimento e di prestazione degli stessi, che configurano in tutto e per tutto la c.d. libertà d'impresa, intesa come possibilità riconosciuta a qualsiasi individuo di intraprendere iniziative economiche nell'ambito dei paesi dell'Unione Europea sottese a vincoli e regole armonizzate e unificate. In secondo luogo, la Direttiva Servizi incide notevolmente sulle attività delle Pubbliche Amministrazioni degli Stati Membri, grazie all'introduzione della semplificazione amministrativa che ha permesso, e permetterà per il prossimo futuro, di incentivare l'attività economica al fine anche di superare la grave situazione d'*empasse* che imperversa in questo frangente temporale.

Leggendo con attenzione, ma soprattutto con spirito critico, l'intero testo normativo della Direttiva Servizi emerge chiaramente che a livello pratico la normativa di settore si riferisca e voglia dare concreta attuazione al diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Ma per permettere lo sviluppo di tali libertà, non vi può essere dubbio che la Direttiva Servizi tenda a dare tutela, sviluppo e concretezza, seppur indirettamente, anche alla libertà di impresa, come poco sopra definita.

Si tenga mente, infatti, che il Trattato ha da sempre regolamentato e riconosciuto la libera circolazione e di prestazione delle merci, persone, capitali e servizi, senza tuttavia mai prendere in considerazione, o quanto meno disciplinare accuratamente e direttamente con normative di settore, la c.d. libertà d'impresa la quale è da sempre rimasta oggetto di competenza specifica di ciascuno Stato.

Nell'ordinamento interno la regola generale che detta il principio della libertà d'impresa è sancito nell'articolo 41 della Costituzione che al primo comma così recita: “*L'iniziativa economica privata è libera*”, seppur soggetta ai limiti di cui al secondo comma.

Non essendo mai stato previsto un testo normativo unitario che disciplinasse in tutto e per tutto la libertà d'impresa, da sempre la dottrina e la giurisprudenza sono rimaste divise sul valore che avrebbe dovuto essere attribuito al concetto di iniziativa economica privata²⁴⁶, soprattutto nel momento in cui si verificò l'introduzione del concetto e la disciplina sulla concorrenza.

Negli ultimi anni, infatti, la qualificazione giudica dell'iniziativa economica privata è mutato. Si è passati da una mera libertà a cui tutti possono aspirare, limitata esclusivamente da ciò che è previsto dalla legge, ad un “*diritto*” che costituisce una

²⁴⁶ Si osserva infatti chi sostiene che l'attività d'impresa deve essere scevra dell'ingerenza pubblica nell'attività stessa, lasciata ad interventi testuali dando luogo ad interpretazioni adeguatrici della Corte costituzionale secondo cui “*la garanzia posta nel primo comma di quest'articolo 41 Cost. riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento*” (sentenza n. 30 del 1965). Sul profilo dottrinale si v. R. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 593.

La tesi classica, invece, registra - rispetto ai diritti sociali dei lavoratori contenuti nel titolo III, sui rapporti economici - un'asimmetria di tutela, “*spiegandola con la differenza tra gli istituti del diritto pubblico di libertà e della mera libertà di fatto*”. Sul punto si v. G. PERA, *Serrata e diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1969, pagg. 26 e ss.

*“forma di garanzia nei rapporti orizzontali della concorrenza, non più intesa solo come libertà rivendicata contro le invasioni verticali dello stato”*²⁴⁷.

Se quindi il concetto di “diritto di iniziativa economica privata” è oramai entrato a far parte del nostro diritto positivo²⁴⁸ un forte cambio di tendenza si è avuto con l’introduzione del D. Lgs. 59/2010, attuativo della Direttiva Servizi, il quale all’articolo 10 così recita: *“Nei limiti del presente decreto, l’accesso e l’esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica”*.

Sebbene sul concetto di iniziativa economica privata imperversino ancora forti dubbi interpretativi, un notevole passo in avanti è stato fatto in ambito di attuazione di tale libertà/diritto. Infatti, a partire dal 2010, sotto l’influsso anche della normativa comunitaria e precisamente della Direttiva Servizi, l’Italia si è resa partecipe di alcune fondamentali riforme in tema di semplificazione amministrativa per l’accesso al mercato²⁴⁹, che hanno permesso agli operatori italiani di accedere con maggiore semplicità al mercato, grazie all’eliminazione di buona parte dell’iter burocratico precedentemente richiesto.

Ecco dunque che l’intervento di spinta europeo e la semplificazione amministrativa introdotta dal legislatore italiano, seppur con alcune note critiche per le ra-

²⁴⁷ Sul punto si v. N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 29.

²⁴⁸ Si v. in ambito di diritto positivo l’articolo 38 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, che così recita: *“Al fine di garantire il diritto di iniziativa economica privata di cui all’articolo 41 della Costituzione, l’avvio di attività imprenditoriale, per il soggetto in possesso dei requisiti di legge, è tutelato sin dalla presentazione della dichiarazione di inizio attività o dalla richiesta del titolo autorizzatorio”*.

In ambito giurisprudenziale si v. Corte Cost. 4 - 22 giugno 2001, n. 205 secondo cui *“violerebbe poi l’articolo 41 della Costituzione, perché disconoscerebbe, senza apparenti ragioni di utilità sociale, il diritto di iniziativa economica privata”* oppure la sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, con la sentenza n. 1143 del 6 settembre 2010, che ha espresso che *“l’installazione di impianti pubblicitari costituisce espressione del diritto di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost.”*

²⁴⁹ Sul punto di si v. il Cap. I par. 5.

gioni che varranno esposte successivamente dovute forse alla ancora non chiara qualificazione giuridica dell'iniziativa economica privata²⁵⁰, permettono agli operatori del mercato di creare impresa, di intervenire attivamente e di sviluppare il mercato; in sostanza di esercitare attivamente la propria libertà d'impresa.

A livello europeo, tutto questo è celato dietro la regola generale del Trattato, il quale tende a garantire la creazione di mercato unico senza misure protezionistiche dei beni e servizi di ogni Stato.

Il punto di forza del mercato unico, sia dei servizi che dei beni, è quello di garantire che i prodotti offerti e provenienti dagli Stati membri, ricevano lo stesso trattamento riservato a quelli prodotti in seno allo Stato stesso.

Pertanto, la regola che ne emerge è che le differenze sono legittime purché coerenti con le garanzie previste dal Trattato e non è legittimo prevedere l'applicazione di un trattamento ai beni e servizi provenienti da oltre confine comunitario, differente rispetto al trattamento accordato ai prodotti e servizi comunitari (salvo le eccezioni previste dallo stesso Trattato).

L'adozione della Direttiva Servizi porta con sé il riconoscimento implicito di una libertà che sino ad oggi è sempre rimasta nell'ombra: la libertà d'impresa.

Infatti, la maggior parte delle previsioni che sono contenute nella Direttiva Servizi, riprendono o richiamano espressamente quanto è stato riconosciuto dal Trattato e dalla giurisprudenza comunitaria. Ciò che la Direttiva intende evitare non è un trattamento diseguale, ma prescrive che, sebbene il trattamento sia uguale, i requisiti e le condizioni che regolano l'attività o lo stabilimento siano giustificati in ragione di

²⁵⁰ Sul punto si rinvia al Cap. VI del presente elaborato.

una delle “*cause di forza maggiore*” configurate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ancorché questo trattamento uguale e queste condizioni non ostacolino direttamente o indirettamente la libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi²⁵¹.

Si deve tenere a mente che la Direttiva Servizi pone le sue basi operative del Trattato, oggi TUEF. Leggendo con attenzione quanto contenuto nei vari considerando, l’attenzione non può non cadere nel considerando n. 116, con il quale il legislatore, per giustificare il rispetto dal principio di sussidiarietà, ha voluto precisare che gli obiettivi della Direttiva sono “*la soppressione degli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera prestazione dei servizi*”.

Tale assunto assume un valore emblematico se messo in confronto con tutto il complesso delle disposizioni comunitarie contenute nella Direttiva e con la finalità propria della normativa comunitaria.

Tutte le disposizioni contenute nella citata Direttiva, ruotano attorno alle due libertà fondamentali di stabilimento e prestazione che consentono l’instaurazione e la regolamentazione di un mercato unico dei servizi.

È ovvio che l’attuazione di tali libertà necessita, in tutto e per tutto, dell’ampiamiento e la crescita di nuove realtà economiche caratterizzate sempre più da elementi di esternalità rispetto al paese ove sono stabilite o dove esercitano la propria attività. Questo perché il mercato unico dei servizi amplia non solo i confini d’azione, ma anche il modo stesso di fare impresa.

²⁵¹ Sul punto di V. anche T. DE LA QUADRA, *La direttiva sui servizi e la libertà d'impresa*, in *Foro amm.* TAR, 2010, pagg. 1904 e ss.

Per questa ragione, in via indiretta, la Direttiva Servizi si prefigge l'ulteriore obiettivo di garantire e tutelare anche la libertà d'impresa, libertà che non trova specifica regolamentazione nel Trattato ma che non può essere esclusa data l'evoluzione economica del mercato e delle nuove previsioni normative comunitarie e nazionali che spingono sempre di più verso un mercato globalizzato, regolamentato, quanto più possibile, da normative di carattere generale che vedono nella non discriminazione e nella semplificazione il punto di forza.

CAPITOLO V

L'ABBANDONO DEL PRINCIPIO DELLO STATO D'ORIGINE: QUALE REGOLAMENTAZIONE AL RAPPORTO CONTRATTUALE?

Sommario: 1. L'abbandono del "Principio del paese d'origine" e la nuova costruzione liberale della Direttiva Servizi. – 2. La legge applicabile al contratto avente ad oggetto il servizio fornito dal professionista transfrontaliero. Questioni preliminari – 3. Segue: la Direttiva Servizi ed il collegamento/contrasto con le altre direttive aventi ad oggetto i servizi. – 4. Segue: l'incidenza della Convenzione di Roma ed il nuovo regolamento 2009/593/CE: quale tutela per il consumatore? – 5. Le garanzie per il destinatario del "servizio" imposte dalla Direttiva Servizi. – 6. Diritto all'informazione e possibile connessione con il Codice del Consumo.

1. L'abbandono del "Principio del Paese d'origine" e la nuova costruzione liberale della Direttiva Servizi.

Una delle questioni più dibattute in seno all'adozione della Direttiva sui Servizi è stato il nuovo ruolo che il legislatore ha voluto attribuire al c.d. Principio del Stato d'Origine.

Partendo da una prospettiva ante introduzione Direttiva 2006/123/CE, si deve precisare che l'ordinamento comunitario, in ambito di libera circolazione dei servizi, riconosceva la regola generale secondo cui secondo cui i prestatori di servizi erano sottoposti alla legislazione e alla vigilanza del loro paese di stabilimento, promuovendo in questo contesto la regola denominata dell'*internal market method*, secondo cui lo Stato "ospitante" non può imporre regole aggiuntive a quelle già prefissate dallo Stato di provenienza, salvo le condizioni richieste dai motivi imperativi di ordine pubblico. Va sin da questo momento precisato che tale *modus operandi* non è mai stato riconosciuto come principio generale di diritto comunitario non essendo mai entrato nel novero dei principi cardine riconosciuti dal Trattato agli articoli 2 e 3, ma è uno strumento che ha trovato la vita grazie all'intervento della Corte di Giustizia²⁵².

Diversamente, per quanto attiene agli ambiti diversi dai servizi - tra i quali la sicurezza e la giustizia -, il legislatore ed il giudice comunitario prevedevano l'applicazione di un principio giuridico diverso, basato sul presupposto del mutuo

²⁵² Anche l'orientamento anglossasone è propenso ad aderire a tale impostazione: G. DAVIES, *The Services Directives: Extending the country of origin principle and reforming public administration*, in *European Law Review*, 2007, pagg. 32.

riconoscimento²⁵³. Con riferimento a quest'ultimo ambito, infatti, il riconoscimento implicito delle decisioni assunte dagli Stati e la previsione di norme comuni sulla legge applicabile costituiscono gli strumenti necessari per realizzare il più grande progetto di abbattimento delle frontiere e la creazione di un mercato comune²⁵⁴.

Si deve tenere in considerazione, tuttavia, che l'elemento di maggior distinguo dei due principi, attiene alla circostanza secondo cui con il primo dei due principi sopra enunciati gli Stati membri mantengono impregiudicata la possibilità di legiferare e prevedere diversi gradi di accesso al mercato, senza quindi che nel concreto si possa identificare il coordinamento tra le varie legislazioni. Per tale ragione con il passare del tempo, grazie anche al costante intervento della dottrina²⁵⁵, l'ordinamento comunitario si rese conto del fatto che l'applicazione del principio dello Stato d'origine determinava forti ed ingenti problemi con riferimento allo stretto legame esistente tra la libertà di prestazione dei servizi ed il diritto internazionale privato. Fu perciò con l'adozione della Direttiva Servizi che il legislatore comunitario ebbe l'occasione di invertire sull'ormai consolidata prassi, "aprendo" i mercati ad una nuova impostazione. Sebbene in una prima battuta la proposta di legge prevedeva di codificare il principio del paese d'origine, prevedendo all'articolo 16 della Direttiva che il prestatore sarebbe stato soggetto esclusivamente alle disposizioni

²⁵³ Per un approfondimento sul dibattito si può v. D. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Giuffrè Editore, 2008, Milano, pagg. 66 e ss.

²⁵⁴ Senza addentrarci per intero nella questione, si deve precisare che il principio del mutuo riconoscimento non esclude a priori le situazioni di conflitto tra disposizioni normative provenienti dai singoli Stati.

²⁵⁵ 4 Su tutti si v. D. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato Ce sul diritto internazionale privato comunitario*, in Riv. dir. proc. civ., 2003, pagg. 687 e ss. e Vitellino G., *Rome II from an Internal Market Perspective*, in A. MALATESTA, *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe*, Padova, 2006, pagg. 286 e ss.

dello Stato ove era stabilito, la scelta finale fu quella di scegliere una strada completamente diversa.

Infatti, con riferimento alla libera circolazione dei servizi e dei lavoratori, il Parlamento Europeo ha da sempre ritenuto l'applicazione del principio dello Stato d'origine come uno strumento che favoriva il c.d. *dumping sociale*, tant'è che strumento è stato considerato quale elusione delle condizioni normative dello Stato di destinazione²⁵⁶, determinando in questo modo un'eccessiva liberalizzazione del settore dei servizi.

Per tale ragione la formulazione del nuovo articolo 16 della Direttiva Servizi perde ogni specifico riferimento alla natura conflittuale, limitandosi a riconoscere il vero e proprio diritto alla libera circolazione dei servizi. In questo modo, il legislatore comunitario si è esclusivamente preoccupato di precisare, nel considerando n. 90, che *“la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali del prestatore è determinata dalle norme di diritto internazionale privato”*. Se dunque, come sopra accennato, il principio del paese d'origine destava forti conflitti tra la libera circolazione dei servizi e le norme di diritto internazionale privato, con la Direttiva Servizi, almeno per quanto riguarda il proprio ambito di applicazione, si voluto eliminare tale conflittualità. Infatti con tale testo normativo il legislatore, grazie anche al combinato disposto dell'articolo 3, ha chiaramente voluto favorire il rinvio e

²⁵⁶ Tale considerazione, tuttavia, deve essere analizzata con distacco. Infatti, come giustamente è stato sostenuto da O. DE SCHUTTER, S. FRANCO, *La proposition relative aux services dans la marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie*, in *Cahiers droit eur.*, 2005, pagg. 624 e ss. l'ordinamento comunitario, con specifico riferimento al distacco dei lavoratori, conosce normative di settore che fanno già parte dell'*acquis* esistente. Pertanto tale ambito non avrebbe risentito dell'applicazione del principio del paese d'origine, vigendo la direttiva 96/71/CE

l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato²⁵⁷, le quali saranno utilizzate esclusivamente per regolare gli obblighi contrattuali nascenti dal rapporto tra prestatore e destinatario, senza che nulla possa essere pregiudicato in termini di libertà di accesso ed esercizio che restano garantiti dalle disposizioni della Direttiva stessa²⁵⁸.

²⁵⁷ Nello specifico il legislatore ha voluto richiamare le disposizioni di diritto internazionale privato contenute nel regolamento Roma I e II che si riferiscono alla legge applicabile alle obbligazioni.

²⁵⁸ Si precisa che tale impostazione è stata accolta con favore anche dalla dottrina di maggior rilievo. Nello specifico, infatti, BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del trattato Ce sul diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003, precisa che “l'adozione del principio del paese d'origine nelle direttive non definisce chiaramente i rapporti con le norme generali di diritto internazionale privato”.

Diversamente è stato sostenuto da F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionali privatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pagg. 929 e ss., che “il principio del paese d'origine costituisce uno strumento volto a scardinare una volta per tutte le compartimentazioni dei mercati nazionali”. Si v. anche G. VITELLINO, *Rome II from an Internal Market Perspective*, in A. MALATESTA, *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe*, Padova, 2006, pagg. 286 e ss.

2. La legge applicabile al contratto avente ad oggetto il servizio fornito dal professionista transfrontaliero. Questioni preliminari.

Tenendo a mente tutto quello che sino a questo momento è stato detto in tema di libertà di servizi, di circolazione e di diritti di stabilimento, ci si deve chiedere quale legge debba essere applicata al contratto concluso tra il prestatore di servizi ed il destinatario.

Una premessa è dovuta. Prima di tutto si deve precisare che la Direttiva Servizi non si pone come normativa diretta esclusivamente alla tutela della parte contrattuale debole intesa come consumatore. Ciò che la normativa di settore vuole garantire è un “livello di tutela adeguato” per cercare di raggiungere l’obiettivo di un mercato unico dei servizi sviluppato attraverso l’effettivo e concreto esercizio della libertà di stabilimento e di libertà di prestazione. Tali obiettivi devono essere raggiunti, sempre e comunque, nel rispetto della libera concorrenza di mercato garantendo un elevato livello di tutela degli obiettivi d’interesse generale²⁵⁹.

Ciò posto, non vi può essere dubbio nel considerare la Direttiva Servizi in stretto rapporto di connessione e collegamento anche con tutta la normativa che tutela il contraente debole, inteso quale consumatore-destinatario dei servizi oggetto del contratto concluso con il prestatore.

²⁵⁹ Tale assunto è la conseguenza dell’interpretazione estensiva del considerando n. 4 che nell’ultima parte precisa “È quindi importante realizzare un mercato unico dei servizi, mantenendo un equilibrio tra apertura dei mercati, servizi pubblici nonché diritti sociali e del consumatore” ed il considerando n. 7 della Direttiva Servizi che così recita: “La presente direttiva istituisce un quadro giuridico generale a vantaggio di un’ampia varietà di servizi pur tenendo conto nel contempo delle specificità di ogni tipo d’attività o di professione e del loro sistema di regolamentazione”.

Se si volesse porre un confronto tra le molteplici direttive in materia di tutela del consumatore²⁶⁰ e la Direttiva Servizi l'elemento che differenzia i due ambiti normativi dev'essere circoscritto esclusivamente all'elemento soggettivo.

Infatti, la maggior parte della normativa relativa all'*acquis* comunitario in materia di tutela del consumatore ha ad oggetto talvolta esclusivamente i servizi, ed altre volte solamente a beni, fermo restando il punto centrale di protezione che è il soggetto-consumatore.

Diversamente, la Direttiva Servizi vuole favorire che, l'accesso da parte dei prestatori (non si parla pertanto di professionista, inteso quale controparte necessario al consumatore) al mercato dei servizi (genericamente intesi salvo le esclusioni previste) sia rapido e semplice. In questo modo, dunque, la tutela del consumatore diventa una circostanza strumentale al raggiungimento degli obiettivi posti alla base della Direttiva Servizi²⁶¹.

Tale assunto si raggiunge anche dall'analisi testuale della Direttiva.

Infatti, prendendo in esame le definizioni contenute nell'articolo 4 della Direttiva Servizi non si legge alcun broccardo che si riferisca specificamente al consumatore. La normativa sui servizi si riferisce specificamente al destinatario, inteso

²⁶⁰ Si v. a titolo esemplificativo la Direttiva 97/7 sui contratti a distanza, la Direttiva 2000/31 sul commercio elettronico o la Direttiva 99/44 relativa ad alcuni aspetti della compravendita e delle garanzie sui beni di consumo.

²⁶¹ Un'ulteriore elemento di distinguo tra le due categorie di norme - se così possono essere classificate - riguarda la specifica disciplina sulla responsabilità. Infatti, in ambito consumeristico è presente la Direttiva 85/374 sulla responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso, oggi . Una normativa paritetica, invece, non è presente in ambito di prestazione di servizi.

Sul punto si evidenzia che in data 9 Novembre 1990 (G.U.C.E., C 12/8, 18 gennaio 1991) fu presentata dal Consiglio una proposta di Direttiva sulla responsabilità del prestatore di servizi, successivamente ritirata. Sul punto si v. Castronovo C., La responsabilità del prestatore di servizi in base ad una recente proposta di direttiva comunitaria, in Saggi di diritto europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile private, a cura di R. PAROLESI, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pagg. 465 e ss.; G. ALPA, *La responsabilità per il danno derivato dai servizi nel progetto di direttiva comunitaria*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pagg. 177 e ss.

come “*qualsiasi persona fisica che sia cittadino di uno Stato membro o che goda di diritti conferitile da atti comunitario qualsiasi persona giuridica, di cui all’articolo 48 del trattato, stabilita in uno Stato membro che, a scopo professionale o per altri scopi, fruisce o intende fruire di un servizio*”.

Infatti, nella nozione di destinatario, utilizzata anche nella direttiva 2000/31 sul commercio elettronico di cui si accennerà successivamente, il legislatore comunitario ha voluto far rientrare tutta una serie infinita di soggetti senza definirne una categoria chiusa e di difficile interpretazione. Risulta evidente che nella nozione di destinatario vengano raggruppate non solo le persone fisiche cittadine di uno Stato membro o le persone giuridiche, ma anche tutte le persone fisiche che “*godano di diritti tutelati da atti comunitari*”²⁶², ciò anche in considerazione di quanto espressamente previsto nel Considerando n. 36 della Direttiva che nell’ultima parte così recita “*gli Stati membri possono estendere il concetto di destinatario ad altri cittadini di paesi terzi presenti sul loro territorio*”.

Diversamente il “consumatore”, secondo una nozione semplicistica ricavata dal diritto comunitario, è la persona fisica, ma non giuridica, che agisce per scopi

²⁶² Nello specifico il legislatore comunitario, con tale espressione, ha voluto riferirsi al regolamento 859/2003 del 14 maggio 2003, che estende l’applicabilità delle disposizioni del regolamento (CEE) n. 1408/71 e del regolamento (CEE) n. 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità. Il citato regolamento mira a garantire a tutti i cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente sul territorio della Comunità e che soddisfano le altre condizioni del regolamento (CEE) n. 1408/71, di godere dei diritti di sicurezza sociale quando si spostano da uno Stato membro all’altro per soggiornarvi, vivervi o lavorarvi. Per puro amor di discussione si precisa che fino ad il regolamento (CEE) n. 1408/71 ed il regolamento (CEE) n. 574/72 si applicavano solo ad alcune categorie di cittadini di paesi terzi, vale a dire agli apolidi, ai rifugiati e ai familiari e superstiti dei cittadini comunitari sulla base della definizione fornita dallo stesso regolamento.

Inoltre si richiama la direttiva 2003/109 relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo e la direttiva 2004/38, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione Europea e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati.

estranei all'attività professionale e/o imprenditoriale²⁶³, con la precisazione che solamente coloro che saranno identificati con la qualifica di consumatore potranno beneficiare della tutela di protezione prevista per la contrattazione B2C.

In questi termini, l'orientamento della Corte di Giustizia, ne ha ricavato una nozione "restrittiva". Infatti, la Suprema Corte ha più volte precisato che, al fine di stabilire se un soggetto possa essere identificato come consumatore, non rileva l'oggetto del contratto, dovendosi negare tale qualifica ogni volta che il contratto concluso tra le parti sia strumentale all'attività professionale e non al soddisfacimento di esigenze di consumo. I giudici comunitari hanno ripetutamente preso posizione in argomento, precisando che, per quanto attiene al c.d. "uso promiscuo", al contraente spetta la qualificazione soggettiva di consumatore nel caso in cui *"l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale"*²⁶⁴. Va da se, dunque che dovrà considerarsi consumatore, e di conseguenza applicabile a quest'ultimo la normativa protettiva di riferimento, esclusivamente a colui che stipula contratti aventi ad oggetto prestazioni funzionali al soddisfacimento di esigenze private e non collegate, direttamente od indirettamente, all'attività imprenditoriale o professionale²⁶⁵.

²⁶³ Si v. Corte di Giustizia CE, 22 novembre 2001, C-541/99 e C-542/99, Idealservice MN RE Sas c. Omai S.r.l., in Racc. 2001, p. I-9049.

²⁶⁴ Si v. Corte di Giustizia CE, 20 gennaio 2005, C-464/01, G. c. B. W. AG, in Foro it., 2005, IV, 124, in Corriere giur., 2005, 1381, con nota di Conti; in Guida dir.-Dir. Com. e internaz., 2005, 2, pagg. 42 e ss.

Non essendo questa la sede deputata all'approfondimento specifico della nozione di consumatore si rinvia a P. SCARSO ALESSANDRO, *Ancora sulla nozione (generale) di consumatore*, in nota a sentenza Cass. civ. Sez. III Sent., 05 giugno 2007, n. 13083, in Obbl. e Contr., 2008, 1, pagg. 25 e ss.

²⁶⁵ Ancora sulla nozione di consumatore si v. la Corte di Giustizia CE, 3 luglio 1997, causa C-269/95, Soc. Benicasa e Jarabo Colomer c. Soc. Dentalkit, in Giust. civ., 1999, I, 13; e in Contratto e impresa Europa, 1998, 567 ss., ove la Corte ha statuito: *"ai fini dell'applicazione degli artt. 13, 1° co., e 14, 1° co., della Convenzione di Bruxelles del 1968, non è consumatore chi ha stipulato un contratto per l'esercizio di un'attività professionale non attuale, ma futura"*.

Su tale impostazione si è successivamente, ed in più occasioni, allineata anche dalla giurisprudenza interna, secondo cui dovrebbe considerarsi consumatore “*la persona fisica che... conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività*”²⁶⁶, con la precisazione, operata anche dalla Corte Costituzionale, che non è possibile prevedere l'estensione della normativa consumeristica a coloro che rivestono la qualifica di professionisti²⁶⁷.

Pertanto, possiamo con tranquilla affermazione che data l'ampia portata della Direttiva Servizi non vi può essere dubbio che la stessa possa essere applicata anche a coloro che rivestono la qualifica di consumatori, essendo tale categoria ricompresa nella più ampia nozione di consumatore.

²⁶⁶ Nello specifico si v. Cass. Civ. 25 luglio 2001 n. 10127, in Giust. civ., 2002, I, pagg. 685 ss.; in Contr., 2002, pagg. 338 ss.; in Gius, 2001, pagg. 2599 e ss.: e Cass. Civ., 24 luglio 2001, n. 10086, in Gius, 2001, 2598. Nello specifico affinché ricorra la figura del professionista non sarebbe “*necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività professionale o imprenditoriale*”.

Nello specifico si v. M. DI MARZIO, Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti, in Giust. civ., 2002, I, 694, ad opinione del quale alla «*contrattazione ineguale d'impresa... il legislatore non ha inteso dare una soluzione generalizzata e definitiva; all'antinomia della legge che nega tutela l'interprete non può dare una risposta adeguata*»; E. GROPPI, *La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al capo XIV-bis titolo II del libro IV del codice civile*, in Giust. civ., 1998, II, pagg. 223; Napolitano, Intervento, in Atti del seminario - Nuove prospettive del diritto sul rapporto di utenza di energia elettrica, in Rass. giur. Enel, 1997, 390 ss.; CICOTTI, NARDONE, *Le condizioni generali del contratto di fornitura dell'Enel, alla luce della direttiva CEE 93/13*, ivi, 1994, 586.

Per un approfondimento dottrinale sul punto si v. ROPPO, Il contratto, in Tratt. Iudica e Zatti, Milano, 2001, pagg. 912 e ss.; ROSSI, *Il concetto di consumatore e l'ambito soggettivo di tutela della disciplina dei contratti del consumatore*, in Rass. giur. Enel, 1988, pag. 457; D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, pag. 349

²⁶⁷ Nello specifico si v. Cass. Civ. 9 novembre 2006, n. 23982 e Cass. Civ. 11 ottobre 2002, n. 14561, in Nuova giur. civ., 2003, I, pagg. 174. La Corte Costituzionale è più volte intervenuta respingendo le questioni di legittimità sollevate a proposito della delimitazione soggettiva dell'ambito di tutela della normativa consumeristica. Si v. Corte Costituzionale, 30 giugno 1999 n. 982, leggibile in Foro it., c. 3118, Corte Costituzionale, 22 novembre 2002, n. 469 in Foro it., 2003, c. 332 e Corte Costituzionale 16 luglio 2004, n. 235 in Foro it., 2005, I, c. 992.

3. Segue: la Direttiva Servizi ed il collegamento/contrasto con le altre direttive aventi ad oggetto i servizi.

Nell'ambito del diritto comunitario, esistono altre direttive che si preoccupano di regolamentare attività che in tutto e per tutto vengono considerate quali servizi. È per questa ragione che si identifica un "problema" di complementarità tra la normativa dettata dalla Direttiva Servizi e le altre direttive; una su tutte la direttiva sul commercio elettronico²⁶⁸.

Infatti è pacifica la circostanza secondo cui i servizi regolamentati con la direttiva servizi possono essere prestati *a distanza* per il tramite dunque di modalità di collegamento transfrontaliero, quali Internet. Tali ultimi servizi vengono identificati e denominati "*servizi della società d'informazione*"²⁶⁹, che non si limitano soltanto al commercio elettronico in senso stretto, ma più in generale a qualsiasi tipo di servizio anche non remunerato dal destinatario nella misura in cui costituisca un'attività economica²⁷⁰.

Nasce quindi legittima una domanda che vuole essere al tempo stesso una provocazione: esiste un rapporto tra la Direttiva Servizi e la Direttiva sul Commercio elettronico, posto che entrambe le direttive si prefiggono la regolamentazione di

²⁶⁸ Si v. la Direttiva 2000/31/CE in G.U.C.E., L. 178, 8 giugno 2000. Tale Direttiva è stata oggetto di specifico recepimento per mezzo del D. Lgs. N. 70 del 9 aprile 2003. Tale Direttiva mira a garantire il buon funzionamento del mercato garantendo la libera circolazione dei servizi della società d'informazione tra gli Stati membri

²⁶⁹ Nell'articolo 2 lett. a) della normativa di recepimento, che riprende parzialmente la definizione contenuta nella Direttiva, si legge che i servizi della società d'informazione sono "*le attività economiche che svolte in linea – on line -, nonché i servizi definiti dall'articolo 1, comma 1, lettera b) della legge 21 giugno 1986, n. 317 e successive modificazioni*".

Per puro amor di precisione si evidenzia che i servizi di cui alla legge 21 giugno 1986, n. 317 si identificano in "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via telematica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi"

²⁷⁰ Non essendo questa la sede deputata per trattare ampiamente sulla normativa del commercio elettronico, si rinvia per un approfondimento a G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, Commentario breve al Diritto dei Consumatori, Cedam, Padova, 2010, pagg. 1716 e ss.

un mercato unico in ambito di servizi ed entrambe hanno quali destinatari finali i destinatari?

Ambedue le direttive cercano di eliminare gli ostacoli giuridici alla libera circolazione dei servizi nella prospettiva di armonizzazione delle varie discipline previste nei singoli Stati membri. Il secondo punto in comune delle due Direttive, conseguenza del primo, si ritrova nell'assicurare la libera circolazione dei servizi tra i vari Stati membri.

Tali premesse portano ad individuare che anche la Direttiva sul commercio elettronico comprende e tutela una vasta gamma di servizi che tuttavia vengono prestati con l'ausilio di *Internet*²⁷¹. Stante l'assenza di una specifica previsione normativa si potrebbe dire che tutte le attività ricomprese nella Direttiva sul commercio elettronico possono essere ricomprese nell'ambito di applicazione della Direttiva Servizi, data la nozione generale di servizio.

Va da sé che stante il principio di complementarità previsto nella Direttiva Servizi, tale normativa lascerà il posto all'applicazione esclusiva della disposizioni sul commercio elettronico.

Ciò che tuttavia crea un effettivo divario e problema di integrazione tra le due Direttive, si ritrova negli articoli che regolano le disposizioni in materia di autoriz-

²⁷¹ La Direttiva precisa i tre elementi fondamentali che definiscono e delimitano il concetto di servizi dell'informazione: i tre elementi sono l'uso di internet, la natura economica di tale uso e la richiesta individuale di un destinatario (sia esso professionista, sia esso consumatore). Si evidenzia che anche nel caso in cui il servizio non sia remunerato, si pensi ad esempio ai servizi di informazioni o comunicazioni commerciali, costituirà in tutto e per tutto un'attività economica.

Si precisa che devono considerarsi esclusi dalla Direttiva sul commercio elettronico i servizi di trasmissione e comunicazione elettroniche oggetto di apposita disciplina comunitaria. Si v. il servizio reso tramite la radiodiffusione televisiva disciplinato dalla Direttiva 89/552/CEE in G.U.C.E., L. 298, 17 ottobre 1989. Per un'analisi sul quadro di regolamentazione dei citati servizi si v. F. LIBERATORE, S. FILIPPONI, *Il nuovo quadro normativo europeo per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2002, pagg. 563 e ss.

zazione alla prestazione del servizio ed alla legge applicabile al contratto concluso tra il prestatore ed il destinatario. Infatti, nella Direttiva sul commercio elettronico si introduce il c.d. principio del paese d'origine, secondo cui *“i servizi della società dell'informazione forniti da un prestatore stabilito sul territorio italiano si conformano alle disposizioni nazionali applicabili [...]”*.

La Direttiva Servizi, diversamente, ha escluso l'applicazione del principio del paese d'origine a favore di un *modus operandi* più liberale che si basa sulla nuova formulazione dell'articolo 16 che espressamente riporta: *“1. Gli Stati membri rispettano il diritto dei prestatori di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti.*

2. Lo Stato membro in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un'attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio. 3. Gli Stati membri non possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettino i seguenti principi: [...]”.

Si percepisce già dalla semplice lettura delle due disposizioni a confronto l'esistenza di una sostanziale differenza di impostazione che porta con sé una molteplicità di conseguenze.

Partendo dall'analisi dell'articolo 3 della Direttiva sul commercio elettronico si evidenzia che la regola di base si struttura nel senso che il prestatore di servizi di commercio elettronico deve essere libero di accedere all'attività di fornitura di tali servizi in qualsiasi Stato membro, senza necessità di autorizzazione preventiva o altro tipo di requisito amministrativo, essendo soggetto soltanto agli adempimenti

amministrativi dello Stato di stabilimento, non essendo possibile prevedere alcuna limitazione di accesso da parte dello Stato membro prescelto. In questo modo il prestatore sceglierà di stabilizzarsi e dunque di svolgere la propria attività professionale nello Stato membro che preveda il sistema amministrativo a lui più favorevole²⁷².

Riprendendo quanto già espresso nel paragrafo 1 di questo Capitolo, la Direttiva Servizi, invece, si limita ad auspicare l'eliminazione dei regimi di autorizzazione che ostacolano la libera circolazione dei servizi, senza imporre una scelta della legge applicabile al contratto²⁷³. La possibilità di prevedere una specifica autorizzazione da parte delle autorità competenti nello Stato di destinazione è subordinata soltanto se ciò è conforme ai principi di non discriminazione, di necessità e proporzionalità.

Un'ulteriore circostanza di diversità tra le due Direttive è stata identificata in ambito di legge applicabile al contratto concluso²⁷⁴.

Infatti nella Direttiva sul commercio elettronico, il legislatore comunitario, successivamente confermato anche dal legislatore italiano con la normativa di recepimento, ha voluto mantenere in vita la c.d. clausola sul mercato interno per cercare di realizzare l'obiettivo di libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, rimettendo agli ordinamenti interni l'esclusivo controllo

²⁷² La Corte di Giustizia CE ha ritenuto che tale modus operandi non collida con i principi del Trattato. Infatti una tale scelta costituisce, ad avviso della Suprema Corte, la maggior espressione dell'esercizio del diritto di stabilimento sancito dal diritto comunitario. Su tutte si v. Corte di Giustizia CE, 11 dicembre 2003, C-215/01, Schnitzer, in Racc., 2003, p. I-14847.

²⁷³ Sarà quindi fondamentale prevedere l'operatività del Regolamento Roma I. Si v. quanto sarà esposto nei paragrafi successivi

²⁷⁴ Si v. F. LIBERATORE, *I servizi della società dell'informazione tra la direttiva sul commercio elettronico e la direttiva servizi: un'occasione mancata per chiarire l'applicazione del principio del paese d'origine*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2007, pagg. 1038 e ss

sull'attività fornita dai prestatori di servizi della società dell'informazione stabiliti sul territorio.

La norma così formulata, secondo parte della dottrina²⁷⁵, costituisce una regola di conflitto di diritto internazionale privato che sarebbe dunque suscettibile di prevalere non solo sulle norme di conflitto domestiche, ma altresì sulle norme di conflitto dettate, in materia contrattuale ed extracontrattuale, nel Regolamento CE n. 864/2007 (c.d. Roma II) e nel Regolamento CE n. 593/2008 (c.d. Roma I). Tale impostazione deriva dall'interpretazione della clausole di salvaguardia introdotte nei citati Regolamenti – art. 27 Roma II ed art. 23 Roma I – che prescrivono il primato delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a specifici settori, disciplinano i conflitti in materia di obbligazioni.

Tale interpretazione della Direttiva sul commercio elettronico comporta, pertanto, che al contratto concluso tra il prestatore di servizi ed il destinatario non consumatore²⁷⁶, dovrà essere applicabile la disciplina contrattuale dello Stato ove il prestatore è regolarmente stabilito, così come disciplinata dalla Direttiva di settore, con specifica deroga alle regole previste nel Regolamento 593/2008.

Tuttavia tale impostazione è stata fortemente contestata²⁷⁷. Infatti è stato affermato che il principio del paese d'origine configurato nella Direttiva sul commer-

²⁷⁵ Si v. F. HELLNER, *The country of origin principle in the E-Commerce Directive – A conflict with Conflict of law?*, in *Eur. Rev. Priv. Law.*, 2004, pagg. 193 e ss. L'autore sostiene che il principio del paese d'origine, una volta trasposto nel diritto nazionale, sarebbe una norma di d.i.p. ad applicazione necessaria.

²⁷⁶ Si precisa che l'articolo 3 della Direttiva sul commercio elettronico detta delle eccezioni specifiche all'applicazione del principio del paese d'origine. Infatti, non sarà applicabile nel caso in cui dovrà essere salvaguardata la normativa consumeristica. In questo caso, pertanto, la norma di conflitto di riferimento sarà dettata dal Regolamento Roma I, articolo 6

²⁷⁷ Si v. A. M. MANCALEONI, *Note sulla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno nel quadro della tutela del consumatore*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2007, pagg. 981 e ss. e per un'accurata contrapposizione di tesi di v. G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al Diritto dei Consumatori*, Cedam, Padova, 2010, pagg. 1716 e ss

cio elettronico possa operare esclusivamente solo su un piano sostanziale, con la conseguenza che il paese d'origine è esclusivamente preordinato a “*correggere*” la *lex causae* laddove essa ponga *standards* più restrittivi rispetto a quelli dell'ordinamento ove il prestatore è stabilito. In questi termini il principio del paese d'origine prescriverebbe semplicemente una sorta di comparazione tra la legge designata attraverso il tradizionale metodo conflittuale e la legge del prestatore, preordinata ad impedire che la *lex causae* imponga una restrizione alla libertà di prestazione di servizi. La giustificazione a tali tesi si può ritrovare anche in quanto espressamente contemplato nell'articolo 1 comma 4 della Direttiva sul commercio elettronico e nel considerando n. 24²⁷⁸.

In questo modo, pertanto, sarà possibile prevedere che ai contratti conclusi tra i prestatori di servizi ed i destinatari (compresi anche i consumatori) sarà necessario prevedere l'applicazione del Regolamento 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Tuttavia, però, questa impostazione non si ricava con certezza giuridica, restando all'interprete capire quale delle due strade seguire.

Diversamente, come più volte già evidenziato, il legislatore comunitario in fase di adozione della Direttiva Servizi ha rinunciato all'originaria intenzione di introdurre il principio del paese d'origine prediligendo una formula maggiormente permissiva ed ampia. Con l'adozione dell'articolo 16 della citata Direttiva la limitazione all'accesso del mercato dei servizi può essere limitato esclusivamente sulla base di circostanze che si fondano sul rispetto dei diritti fondamentali ed inviolabili

²⁷⁸ Nello specifico il Considerando così recita: “*La presente direttiva non è volta a introdurre norme supplementari di diritto internazionale privato sui conflitti di leggi, né tratta della competenza degli organi giurisdizionali. Le disposizioni della legge applicabile in base alle norme del diritto internazionale privato non limitano la libertà di fornire servizi della società dell'informazione come stabilito dalla presente direttiva*”

con la conseguenza che la legge applicabile al rapporto contrattuale verrà disciplinata in tutto e per tutto dal Regolamento Comunitario Roma I, dalle norme di diritto internazionale privato vigenti, nonché dalle norme consumeristica nel caso in cui siano applicabili.

4. Segue: l'incidenza della Convenzione di Roma ed il nuovo regolamento 2009/593/CE

A far data dal 2008 è stato adottato dal Consiglio dell'Unione Europea, successivamente alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, un fondamentale atto normativo che hanno ri-disciplinato la vasta area delle leggi applicabili alle obbligazioni; nello specifico si tratta del Regolamento n. 593/2008 (c.d. Roma I)²⁷⁹ che è intervenuto sulla regolamentazione delle obbligazioni contrattuali. Tale Regolamento è stato elaborato sulla scia del *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*.

Il citato Regolamento si prefigge l'obiettivo di regolare la legge da applicare ad un contratto transnazionale, con specifica esclusione per le questioni di stato e di capacità delle persone fisiche; le questioni attinenti alle successioni, ai regimi matrimoniali ed altri rapporti familiari; le obbligazioni relative a strumenti negoziabili (cambiali, assegni, vaglia cambiari); le clausole compromissorie, i compromessi e le convenzioni del foro competente; le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche; la questione che stabilisce se l'atto compiuto da un intermediario valga a obbligare di fronte ai terzi la persona per conto della quale egli ha affermato di agire (e, analogamente, la questione che stabilisce se l'atto compiuto

²⁷⁹ Per un primo commento sul Regolamento: Aa.Vv, Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I", Atti del convegno della Fondazione Italiana del notariato, tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007, in Quaderni FIN, Roma, 2007; Ambrosi-DeAmicis, *La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: il reg. 593 del 2008 "Roma I" (Parte Prima)*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 1052; e (Parte Seconda), *ivi*, 2009, 90; R. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in G. PICONE, *Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004, 319; C. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

da un organo di una società, associazione o persona giuridica valga ad obbligare di fronte ai terzi l'intera organizzazione); le obbligazioni precontrattuali; le questioni relative alla costituzione ed organizzazione di *trusts*; riguardanti la prova e la procedura; i contratti d'assicurazione riguardanti operazioni effettuate da soggetti diversi dalle imprese di cui all'art. 2 della Direttiva 2002/83/CE sull'assicurazione sulla vita²⁸⁰.

Nel Regolamento vengono individuate alcune specifiche regole per la determinazione della legge applicabile al contratto. L'articolo 3 del Regolamento prevede la libertà di scelta affidata alle parti, dovendo tale scelta essere libera sia da un punto di vista temporale che spaziale. Inoltre la scelta della legge applicabile può risultare dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso ovvero può essere determinata oralmente²⁸¹.

Risulta pertanto pacifico che la determinazione volontaria della legge applicabile al contratto da parte dei soggetti contraenti influenza in tutto e per tutto la disciplina particolare del contratto, la sua interpretazione, l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono. Sarò dunque necessario, in termini di praticità applicativa, scegliere la legge dello Stato che maggiormente si conforma alle necessità contrattuali favorendo in questi termini il c.d. *shopping del diritto*.

Ma le disposizioni sulla scelta della legge applicabile al contratto non si esauriscono qui. Infatti, nell'ipotesi in cui la parti non abbiano individuato la legge applicabile al contratto, l'articolo 4 del citato Regolamento disciplina le regole da appli-

²⁸⁰ Tale precisazione segue quanto era già previsto nella more della Convenzione di Roma del 1980.

²⁸¹ Si v. l'articolo 3 del Regolamento 593/2008 che così dispone: “*Il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso*”.

care a specifiche tipologie contrattuali. Tra queste, al comma 1 lettera b)²⁸² viene enunciato il contratto che abbia per oggetto la prestazione di servizi, secondo cui la legge applicabile sarà quella del Paese dove il prestatore di servizi ha la residenza.

Il Regolamento assume poi rilevanza per altre specifiche ipotesi. Nello specifico, nell'ipotesi in cui il contratto non sia ricompreso in quelli previsti nel paragrafo n. 1 ovvero se le caratteristiche riguardano più di una tipologia prevista al paragrafo n. 1 sarà d'uopo applicare la legge del Paese dove la parte che deve effettuare la prestazione ha *la residenza abituale* (art. 4 par. 2)²⁸³. Viceversa, nell'ipotesi in cui il contratto presenta *collegamenti più stretti* (c.d. principio di prossimità) con un Paese diverso da quello indicato ai paragrafi nn. 1 e 2 sarà necessario applicare la legge di tale Paese (art. 4, par. 3)²⁸⁴.

Infine il Regolamento prescrive una regola di chiusura. All'articolo 4 paragrafo 4 viene infatti previsto che se la legge applicabile al rapporto contrattuale non può essere determinata in base ai paragrafi 1 e 2 il contratto sarà disciplinato dalla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto²⁸⁵. L'articolo 4 del Regolamento è molto diverso dall'art. 4 della Convenzione di Roma²⁸⁶, infatti, i cri-

²⁸² L'articolo citato così dispone: “*In mancanza di scelta esercitata ai sensi dell'articolo 3 e fatti salvi gli articoli da 5 a 8, la legge che disciplina il contratto è determinata come segue: b) il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale*”.

²⁸³ Il paragrafo così si esprime: “*Se il contratto non è coperto dal paragrafo 1 o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da a) ad h), del paragrafo 1, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale*”.

²⁸⁴ Se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 o 2, si applica la legge di tale diverso paese.

²⁸⁵ Nello specifico si può leggere: “*Se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei paragrafi 1 o 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto*”.

²⁸⁶ Si v. quanto è stato scritto sul punto da Pocar F., *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, in *Giuda al dir. comun. inter.*, 2008, 5, pagg. 132 e ss.

teri di individuazione della legge applicabile sono la residenza della parte che deve adempiere alla prestazione e il collegamento più stretto del contratto con la legge di un determinato Paese, al contrario di quanto stabilito nella seconda. In quest'ultimo caso si lasciava al giudice un'opera di delicato apprezzamento sulla legge da applicare²⁸⁷.

Particolare attenzione è prestata ai contratti stipulati con il consumatore²⁸⁸.

In primo luogo l'articolo 6 propone una definizione di consumatore, inteso come la *persona fisica* che si procura, per contratto, i beni o i servizi del professionista per utilizzarli a fini estranei alla propria eventuale attività imprenditoriale o professionale, ossia a fini personali²⁸⁹. Al consumatore così definito si contrappone il professionista, definito con la persona fisica o giuridica, privata o pubblica, che nell'ambito della sua attività imprenditoriale o professionale, conclude contratti aventi per oggetto la cessione di beni o prestazione di servizi²⁹⁰. Si deve precisare che per quanto riguarda la validità formale di tali contratti non si applicheranno le norme generali previste all'articolo 11 del Regolamento valide per tutti gli altri tipi di contratti, ma quelle della legge del Paese in cui il consumatore ha la residenza. *Inoltre si precisa che la legge da applicare al contratto stipulato è quella dove il consumatore ha la residenza abituale a condizione che il professionista svolga la*

²⁸⁷ L. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina* in Aa.Vv., Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I", Atti del convegno della Fondazione Italiana del notariato, tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007, in Quaderni FIN, Roma, 2007, pagg. 56 e ss.

²⁸⁸ Per un approfondimento dottrinale si v. R. BOSCHIERO, Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali, in PICONE, *Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004, 396. L'Autore ritiene che in queste circostanze la scelta della legge applicabile è quella "*which is presumed to be most concerned with the party in need of protection*".

²⁸⁹ Viene in questo modo mantenuto il concetto già esposto nel paragrafo 2 di questo Capitolo che il consumatore non può, in ogni caso, essere la persona giuridica.

²⁹⁰ Si v. F. GALGANO, *Le obbligazioni ed i contratti*, Vol. II, t. I, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2006, 603.

sua attività nel Paese in cui il consumatore ha la residenza o diriga la sua attività verso tale Paese (Si v. articolo. 6 paragrafo 1), ma senza privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente (Si v. articolo 6, paragrafo 2). Nel caso in cui non si applichino i requisiti descritti all'art. 6 par. 1, lett. a), e b) si applicheranno le regole generali previste agli artt. 3 e 4.

Tale atteggiamento di tutela della “parte contrattualmente più debole” è un principio affermato nei molteplici Considerando del Regolamento, anche se la sua *ratio* e la sua origine ha radici ben più antiche.

Date queste premesse emerge in maniera pacifica che le disposizioni di conflitto contenute nel Regolamento 593/2008 troveranno sicuramente applicazione nel caso di un contratto di servizi avente carattere transfrontaliero. Pertanto, se il servizio oggetto del contratto rientra nella sfera di applicazione della Direttiva Servizi sarà soggetto ad una duplice regolamentazione: l'attività preliminare di accesso al mercato sarà disciplinato dalle disposizioni contenute nella Direttiva di settore per quanto concerne l'applicazione dei principi di semplificazione all'accesso del mercato, mentre il rapporto contrattuale stipulato tra le parti (prestatore/destinatario) seguirà in tutto e per tutto la disciplina contenuta nella legge richiamata dal Regolamento 593/2008, sempre e comunque salva la disciplina più favorevole nell'ipotesi in cui il destinatario del servizio sia anche consumatore.

Una precisazione risulta dovuta per quanto concerne le trattative precontrattuali, che, invece, sono disciplinate dall'articolo 12 del Regolamento n. 864/2007 sulla responsabilità extracontrattuale²⁹¹.

A tal proposito risulta importante confrontare quanto disciplinato nel citato Regolamento e quanto emerge della giurisprudenza italiana in merito al problema delle trattative precontrattuali recentemente.

Di recente è intervenuta la Cassazione civile a Sezione Unite n. 26724, la quale si pone a conferma della precedente pronuncia n. 19024/2005. Con tale sentenza i giudici italiani si sono espressi positivamente all'applicazione del principio della responsabilità precontrattuale in caso di comportamenti scorretti, in quanto manchevoli di informazioni, tra le parti nel momento di costituzione di un rapporto contrattuale. Tale problematica si sviluppa all'interno dei contratti stipulati tra risparmiatori ed intermediari finanziari. La Suprema Corte considera di fondamentale importanza analizzare concretamente il comportamento tenuto da questi ultimi poiché, è necessario che il singolo risparmiatore sia al corrente dei rischi finanziari. Così statuendo, l'intermediario finanziario deve, in ogni caso, avvertire il risparmiatore dei rischi delle operazioni che erano state consigliate.

²⁹¹ La Corte di Giustizia CE, del 17 settembre 2002, Sacconi, in causa C-334/00, in Raccolta, 2002, I-7357 ha disposto che *"quando manca un'obbligazione liberamente assunta dalle parti le violazioni in esame non rientrano nel Foro contrattuale ex art. 5.1. della Convenzione di Bruxelles, ma in quello dei delitti o quasi delitti"*.

Per un accurato confronto tra la normativa europea e la giurisprudenza italiana, cfr. P. FRANZINA, *La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, II, pagg. 730 e ss. L'Autore afferma che *"nella sentenza in commento la Corte rileva che l'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non esige la conclusione di un contratto: non è dunque il compimento di un atto negoziale, stando a questo passaggio della motivazione, l'elemento decisivo per ascrivere una concreta fattispecie all'area del contratto anziché a quella dei delitti o quasi-delitti. Sembra lecito ipotizzare, allora, che la Corte non abbia voluto, con la pronuncia in esame, formulare affermazioni di principio circa il criterio distintivo tra contratto e fatto illecito, ed abbia invece ritagliato la propria soluzione sulle peculiarità del caso di specie"*.

La Suprema Corte, tuttavia, considera tali comportamenti come lesivi della buona fede nelle trattative precontrattuali e tale comportamento si traduce in una responsabilità contrattuale e non extracontrattuale diversamente da quello che è stato sostenuto da alcuni Autori²⁹². In questo modo la Corte di Cassazione ha voluto dare spazio alla responsabilità precontrattuale aprendone una nuova stagione. Tale responsabilità si sostanzia principalmente nel rendere edotte vicendevolmente le parti sul contenuto contrattuale attraverso lo scambio di tutte le notizie e le informazioni riguardanti quest'ultimo, impostazione che può essere applicata anche nei confronti di quei contratti che hanno per oggetto i servizi oggetto della Direttiva di settore.

²⁹² Si v. M. BIANCA, *Diritto civile*, v. III, Milano, 2000, pagg. 155

5. Le garanzie per il destinatario del “servizio” imposte dalla Direttiva Servizi

Uno degli aspetti più innovativi ed interessanti della Direttiva Servizi è dato da quelle disposizioni che, creando e consolidando un insieme di norme dirette a tutelare i destinatari dei servizi, introducono un vero e proprio “Codice dei diritti degli utenti di servizi”²⁹³.

La normativa in ambito di servizi, in questo modo, fornisce una risposta concreta e tangibile alle molteplici lamentele dei consumatori i quali dimostrano un crescente interesse a beneficiare di servizi disponibili sul piano transfrontaliero grazie in particolare all’evoluzione delle comunicazioni.

Una siffatta normativa comunitaria, che si prefigga di realizzare un autentico Mercato unico dei servizi non potrebbe permettersi di non tutelare il consumatore desideroso di cogliere offerte aventi carattere transfrontaliero²⁹⁴.

L’esigenza di correggere dei comportamenti, ovvero le tendenze commerciali inconciliabili con l’idea del Mercato unico, ha fatto sì che la direttiva imponesse degli obblighi specifici di informazione sia alle autorità degli Stati membri sia ai prestatori privati, nelle loro relazioni con il destinatario, indipendentemente dalla natura giuridica rivestita da quest’ultimo.

Non vi può essere dubbio che il citato “*codice dei diritti degli utenti di servizi*” rappresenti una sorta di prolungamento e di completamento delle indicazioni fornite dalle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee la quale ha in-

²⁹³ Si v. S. D’ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pagg. 97 e ss.

²⁹⁴ La mancata regolamentazione di tali limitazioni determina uno stroncamento delle potenziali transazioni economiche sul piano transfrontaliero, sia di carattere economico che sociale.

trodotto il concetto secondo cui la libera prestazione dei servizi non è appannaggio dei prestatori ma può essere parimenti invocata dai destinatari di servizi²⁹⁵. Tuttavia, la Corte non è mai giunta a compiere il passo realizzato dalla Direttiva Servizi.

Infatti, con la disciplina in ambito di servizi viene affermato per la prima volta che i principi essenziali di tale libertà fondamentale, segnatamente il divieto di non discriminazione in base alla cittadinanza o alla residenza, trovano applicazione anche nel quadro di relazioni private tra singoli di tipo orizzontale (e non più solo nei rapporti di tipo verticale con autorità pubbliche o organismi collettivi).

Se da un lato, la Direttiva Servizi fissa dei limiti al comportamento delle autorità pubbliche (si v. nello specifico gli articoli 19 e 20 della Direttiva Servizi), dall'altro, impone il dovere di fornire tutta una serie di informazioni sulle caratteristiche essenziali del prestatore e della prestazione al destinatario affinché il destinatario possa effettuare una scelta con piena cognizione di causa.

Nello specifico l'articolo 22 della Direttiva assoggetta il prestatore a una serie di obblighi di trasparenza riguardanti sia la sua persona (fisica o giuridica) che i suoi servizi, a beneficio dei suoi clienti.

La Direttiva, nello specifico, enuncia due serie d'informazioni:

a) quelle che il prestatore deve "d'ufficio" mettere a disposizione del cliente, a prescindere dalla richiesta di quest'ultimo, e che vertono essenzialmente sul prestatore in quanto tale (nome, indirizzo, coordinate, indirizzo commerciale, dati delle autorità competenti, eventuale numero d'IVA, ordine professionale di appartenenza) e su elementi primordiali del rapporto economico (condizioni generali, eventuali

²⁹⁵ Si v. la sentenza della Corte di Giustizia CE, 31 gennaio 1984, C-286/82, *Luisi c. Carbone*.

clausole contrattuali generali relative alla legge applicabile e alla giurisdizione competente, prezzo e caratteristiche principali del servizio, ecc.);

b) quelle che il prestatore deve fornire “su richiesta” del destinatario e che riguardano, invece, il metodo di calcolo del prezzo (ove questo non possa essere predefinito), le regole professionali cui il prestatore sia soggetto nel Paese di stabilimento, le regole sulle attività multidisciplinari, gli eventuali codici di condotta cui egli sia sottoposto, con relativa indicazione del meccanismo extragiudiziale di risoluzione delle controversie.

In realtà, il testo finale ha notevolmente rafforzato il complesso delle informazioni che l'operatore deve fornire d'ufficio o in ogni caso rendere facilmente accessibili ai suoi clienti, aggiungendovi anche le informazioni relative al prezzo del servizio (se è determinato a priori) e le caratteristiche principali del servizio, le quali, invece, nella proposta originaria figuravano tra le indicazioni da fornire solo su richiesta. Ormai, quindi, soltanto i riferimenti relativi al prezzo nel caso in cui non possa essere determinato a priori o il modo per calcolarlo nonché il riferimento alle regole professionali, alle norme sulle attività multidisciplinari e ai codici di condotta applicabili al prestatore, non devono essere forniti automaticamente ma solo dietro domanda esplicita del cliente.

L'art. 22 paragrafo 1, inoltre, include l'obbligo d'informazione (d'ufficio) del cliente riguardante l'eventuale esistenza di un'assicurazione professionale e di una garanzia post-vendita.

Questa disciplina, benché costituisca parte integrante del *corpus* di diritti del destinatario, figura, in realtà, nel capo della direttiva relativo alla qualità dei servizi,

in quanto tali obblighi, quantunque destinati a informare e proteggere l'utente, gravano in modo diretto e immediato sul prestatore.

Che si tratti di informazioni da fornire d'ufficio o a richiesta, esse comunque devono essere accessibili (o comunicate) al cliente in modo chiaro e univoco nonché in tempo utile prima della stipula del contratto o, in assenza di contratto scritto, prima della prestazione (art. 22 paragrafo 4).

Per tutti questi requisiti di trasparenza, si applica beninteso la regola generale della complementarietà delle disposizioni della direttiva con l'*acquis communautaire*: altri strumenti che prevedano obblighi d'informazione²⁹⁶ restano perciò pienamente applicabili, così come le prestazioni aggiuntive previste a livello nazionale, che, ovviamente, possono essere imposte da parte dello Stato membro nei confronti esclusivamente dei prestatori stabiliti sul proprio territorio.

Per concludere sul punto si può affermare che la Direttiva Servizi disciplina una normativa di carattere generale (relativa ai servizi *ivi* compresi) con all'interno una disciplina specifica che caratterizza la fornitura del servizio (il c.d. Codice dei diritti degli utenti).

Tale Codice, in definitiva, contiene sei categorie di prerogative:

1) “*il diritto al libero ricorso, a partire dallo Stato di residenza del destinatario, a servizi offerti da operatori comunitari di altri Stati membri* (art. 19);

²⁹⁶ 47 Si v. nello specifico quanto previsto dalle Direttive 97/7/CE del 20/05/1997 relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza e la direttiva 2002/65/CE del 23/09/2002 relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

2) *il diritto all'accesso senza discriminazioni, in Stati membri diversi rispetto a quelli di residenza dell'utente, a servizi offerti dalle autorità pubbliche (art. 20, paragrafo 1);*

3) *il diritto all'accesso senza discriminazioni, in Stati membri diversi rispetto a quelli di residenza dell'utente, a servizi offerti da operatori privati (art. 20, paragrafo 2);*

4) *il diritto all'assistenza fornita dalle autorità pubbliche (art. 21);*

5) *il diritto all'informazione sul prestatore e sui suoi servizi, fornita dallo stesso operatore (art. 22);*

6) *il diritto al trattamento efficace delle richieste d'informazione e dei reclami del destinatario rivolti al prestatore (art. 27).”*

6. Diritto all'informazione e possibile connessione con il Codice del Consumo

Come accennato nel paragrafo precedente, la Direttiva Servizi ha imposto un “Codice dei diritti degli utenti di servizi” che contestualizza le garanzie che devono essere offerte dai prestatori ai destinatari/utenti prima e contestualmente alla fornitura del servizio.

Tuttavia, la disciplina contenuta nella Direttiva costituisce un completamento della normativa di protezione già disciplinata e prevista nei vari atti comunitari che oggi sono stati recepiti dell'ordinamento italiano e fatti rientrare nel c.d. Codice del Consumo.

La Corte di Giustizia CE del 19 giugno 2008 C-319/06 (*Comm./Lussemburgo*)²⁹⁷ ha confermato la totale separazione tra la disciplina contenuta nella Direttiva Servizi e la Direttiva sul distacco dei lavoratori nel quadro della prestazione di servizi. Partendo dunque da tale impostazione giurisprudenziale e tenendo in considerazione quanto espressamente previsto all'articolo 3 paragrafo 1 della Direttiva Servizi, non vi può essere dubbio che il principio di complementarietà trovi applicazione anche con riferimento alla disciplina contenuta in altre Direttive comunitarie che operano nel settore della tutela consumeristica.

Parlando dunque di *applicazione cumulativa*, la direttiva si limita ad aggiungersi, alle altre regole comunitarie. Una tale complementarietà può essere letta con l'articolo 15 paragrafo 15 della Direttiva Servizi e quanto disciplinato nella Direttiva 98/34/CE, oppure con quanto previsto all'articolo 22 della Direttiva Servizi e le di-

²⁹⁷ In tale sentenza è stato espressamente disposto che: “la Direttiva 2006/123/CE non mira a sostituire la Direttiva 96/71, in quanto, in caso di conflitto, quest'ultima prevale sulla prima”. Si leggano nello specifico i punti n. 22 e 23 della citata sentenza

sposizioni contenute nella Direttiva 77/388/CE o ancora, tra quanto previsto nell'articolo 22 paragrafo 5 e la direttiva sulla vendita a distanza (97/7/CE) con specifico riferimento all'obbligo informativo.

Date queste premesse non vi può essere dubbio nel considerare esistente una stretta connessione tra gli obblighi previsti nel “Codice dei diritti degli utenti di servizi” e quanto disciplinato nel Codice del Consumo italiano.

Rimane ora da capire in concreto come questi due filoni di protezione possano operare congiuntamente. Affinché si possa considerare applicabile la disciplina sui contratti a distanza è necessario che sia la fase di contrattazione che la fase di conclusione del contratto, beninteso anche il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi, si svolgano senza la presenza fisica delle parti contrattuali nel medesimo luogo²⁹⁸. In questo modo, dunque, nel caso di presenza fisica del prestatore e del destinatario anche nella sola fase preliminare del contratto, il rapporto contrattuale dovrà seguire esclusivamente le garanzie poste dalla Direttiva Servizi e non anche quelle dalla Direttiva 97/7/CE.

Passando ad una breve analisi della disciplina di contratti a distanza e nello specifico sull'obbligo di informazione per il consumatore, l'articolo 52 del Codice del Consumo²⁹⁹ si pone come norma interna di riferimento in materia.

²⁹⁸ Si v. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, I contratti dei consumatori, 2007, pag. 273

²⁹⁹ L'articolo così recita: “*In tempo utile, prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza, il consumatore deve ricevere le seguenti informazioni: a) identità del professionista e, in caso di contratti che prevedono il pagamento anticipato, l'indirizzo del professionista; b) caratteristiche essenziali del bene o del servizio; c) prezzo del bene o del servizio, comprese tutte le tasse e le imposte; d) spese di consegna; e) modalità del pagamento, della consegna del bene o della prestazione del servizio e di ogni altra forma di esecuzione del contratto; f) esistenza del diritto di recesso o di esclusione dello stesso, ai sensi dell'articolo 55, comma 2; g) modalità e tempi di restituzione o di ritiro del bene in caso di esercizio del diritto di recesso; h) costo dell'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza, quando è calcolato su una base diversa dalla tariffa di base; i) durata della validità dell'offerta e del prezzo; l) durata minima del contratto in caso di contratti per la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ad esecuzione continuata o periodica.*”

La disposizione citata si prefigge lo scopo di evitare che l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza si possa tradurre in una sorta di perdita e/o diminuzione delle garanzie e delle informazioni che devono essere fornite al consumatore³⁰⁰. In questo modo viene imposto – e qui vi si ritrova quanto già detto in ambito di obblighi di informazione nella Direttiva Servizi – il rispetto di un “contenuto minimo di garanzia³⁰¹” così da contenere i rischi supportati dal consumatore nelle contrattazioni a distanza³⁰². In questi termini si viene a concretizzare quello che la dottrina maggioritaria ha da sempre sostenuto, la realizzazione del c.d. *neoformalismo negoziale*³⁰³.

L'articolo 52 prevede che il consumatore riceva le informazioni in tempo utile, prima della conclusione del contratto. È superfluo rilevare che l'identificazione

2. *Le informazioni di cui al comma 1, il cui scopo commerciale deve essere inequivocabile, devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile, con ogni mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza impiegata, osservando in particolare i principi di buona fede e di lealtà in materia di transazioni commerciali, valutati alla stregua delle esigenze di protezione delle categorie di consumatori particolarmente vulnerabili.*

3. *In caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto. In caso di utilizzo della posta elettronica si applica la disciplina prevista dall'articolo 9 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70.*

4. *Nel caso di utilizzazione di tecniche che consentono una comunicazione individuale, le informazioni di cui al comma 1 sono fornite, ove il consumatore lo richieda, in lingua italiana. In tale caso, sono fornite nella stessa lingua anche la conferma e le ulteriori informazioni di cui all'articolo 53.*

5. *In caso di commercio elettronico gli obblighi informativi dovuti dal professionista vanno integrati con le informazioni previste dall'articolo 12 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70”.*

³⁰⁰ 51 In particolare si v. anche quanto è stato precisato nel Considerando n. 11 della Direttiva 1997/7/CE.

³⁰¹ 52 Si v. G. ALPA, Commentario al Codice del Consumo, 2005, ESI, pagg. 389.

³⁰² È stato giustamente sostenuto che la l'imposizione “standardizzata” delle informazioni avrebbe l'ulteriore obiettivo di realizzare la trasparenza nel mercato in modo da implementare le diverse offerte sul medesimo bene o servizio. Sul punto di si v. De Poli M., Asimmetrie contrattuali informative e rapporti contrattuali, CEDAM, 2002, pagg. 48 e ss.

³⁰³ 53 54 Per un approfondimento sul punto si v. SICA, Atti che devono farsi per iscritto, in Il Codice Civile. Commentario a cura di SCHLRSINGER P. ora BUSNELLI F. D., Giuffrè Editore, 2008, pagg. 402 e ss.

La dottrina si è anche interrogata sull'eventualità che la previsione contenuta nell'articolo 52 del Codice del Consumo – unitamente all'articolo 12 sul commercio elettronico – assorba l'onere di conoscenza delle condizioni ex art. 1341 c.c.

La risposta negativa si fonda sulla distinzione tra le “clausole” e le “condizioni generali, in quanto le prime contengono i contenuti essenziali, le seconde, invece, si riferiscono al contenuto precettivo del contratto. Per un approfondimento si v. G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, Commentario breve al Diritto dei Consumatori, Cedam, Padova, 2010, pagg. 449 e ss.

del corretto lasso di tempo si inquadra nella circostanza di consentire al consumatore – e dunque anche al destinatario del servizio – l’accesso reale alle informazioni. Così dicendo, le informazioni devono raggiungere la controparte debole ovviamente prima della conclusione del contratto, ma comunque entro il compimento del primo atto precontrattuale a carico del consumatore. Pertanto tale lasso di tempo non può che dipendere dallo strumento di comunicazione utilizzato.

Si aggiunga che nell’ipotesi in cui professionista/prestatore utilizzi mezzi di comunicazione previsti per i contratti telematici, sebbene si riduca il lasso di tempo per la conoscenza delle informazioni precontrattuali, dall’altro l’articolo 52 comma 5 del Codice del Consumo impone al contraente forte l’obbligo di informare il consumatore anche su altre circostanze non espressamente previste nella disciplina dei contratti a distanza, ma ricompresa nella disciplina del commercio elettronico³⁰⁴.

Senza entrare nel dettaglio della varietà degli obblighi informativi, va da sé che ci si deve interrogare su quali siano le conseguenze contrattuali al mancato rispetto degli obblighi di informazione preliminare.

³⁰⁴ Nello specifico si v. l’articolo 12 del D. Lgs. n. 70 del 2003 che così recita:

“1. Oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi nonché a quelli stabiliti dall’articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell’inoltro dell’ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni :

- a. le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;*
- b. il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;*
- c. i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l’ordine al prestatore;*
- d. gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica;*
- e. le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all’italiano;*
- f. l’indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.*

2. Il comma 1, non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

3. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione.”

Stante la mancata specifica previsione di legge è necessario aggrapparsi ai differenti rimedi posti previsti dal codice civile. La soluzione al quesito dipende dalla tipologia di contratto concluso o comunque dalla tecnica utilizzata.

Per quanto riguarda i contratti a distanza le cui condizioni contrattuali siano state unilateralmente predisposte dal prestatore, la dottrina è concorde nel riconoscere l'applicazione necessaria dell'articolo 1341 comma 1 con la conseguenza che si dovrebbero ritenere inefficaci/nulle le clausole contrattuali non siano state fornire nei termini e modi richiesti dall'articolo 52 Codice del Consumo³⁰⁵.

Per altri³⁰⁶, il contratto potrebbe essere annullabile per errore o per dolo nel caso in cui le informazioni mancanti, o non conformi a quanto prescritto, siano idonee a configurare un vizio della volontà secondo quanto previsto dagli articolo 1428 e ss. e 1439 e ss.

Infine, c'è chi ha sostenuto che per l'ipotesi di violazione degli obblighi informativi, scatterebbe la sanzione della nullità del contratto, stante anche il carattere imperativo delle disposizioni contenute nell'articolo 52 Codice del Consumo³⁰⁷.

Infine, ma non da ultimo si ricorda che secondo un orientamento che oramai consolidandosi in dottrina e giurisprudenza, il fatto che il professionista non fornisca tutte le informazioni imposte dalla legge costituisce, senza ombra di dubbio, la violazione del parametro della buona fede. In tal modo il consumatore "tradito" avrà la

³⁰⁵ Tale impostazione è stata affrontata e sostenuta da G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, Commentario breve al Diritto dei Consumatori, Cedam, Padova, 2010, pagg. 453 e ss, per il quale un tale rimedio potrebbe valere per gli obblighi ex art. 52 lett. b), c), d), e), i), l).

³⁰⁶ Sul punto si v. L. ROSSI CARLEO, Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile, in Notariato, 2001, pagg. 632 e ss.

³⁰⁷ 58 Si v. G. TASSONI, *Trasparenza e ius poenitendi nella direttiva 94/47/CE in tema di acquisiti di multiproprietà*, in *I Contratti*, 1995, pagg. 98 e ss. Per un approfondimento sul punto si può vedere anche Alpa G., *I diritti dei consumatori*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, pagg. 285 e ss.

possibilità di ottenere il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale a prescindere dall'accertamento dell'invalidità³⁰⁸.

Se dunque questi rimedi trovano azione in relazione al singolo caso che propone, non vi può essere dubbio che tali rimedi possano trovare forza anche in quei contratti di servizi, seppur pochi, che sono disciplinati esclusivamente dalla Direttiva Servizi.

Pertanto, si può concludere dicendo che: per quanto riguarda i principi del mercato unico dei servizi, tali aspetti saranno specificamente disciplinati dalle disposizioni previste in tema di libera circolazione e prestazione comprese nella Direttive Servizi. Per quanto concerne invece la prestazione di servizio in concreto, la legge applicabile al contratto sarà quella prevista nel Regolamento Roma I fermo restando il dovere per il prestatore di fornire oltre le informazioni contrattuali che sono previste nella Direttive Servizi, anche quelle imposte dalle normative complementari non derogabili che si collegano alla Direttiva Servizi, con la pacifica conseguenza che anche i vari rimedi in caso di violazione degli obblighi informativi potranno essere liberamente utilizzati dai singoli destinatari.

³⁰⁸ Per alcuni riferimenti dottrinali si rimanda G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, Commentario breve al Diritto dei Consumatori, Cedam, Padova, 2010, pagg. 454 e ss. Per quanto concerne l'aspetto giurisprudenziale si v. Corte di Cassazione a sezioni unite n. 26724 e n. 26725 del 19 dicembre 2007, che nel paragrafo 4 di questo Capitolo sono state oggetto di approfondimento.

CAPITOLO VI

UNO SGUARDO CONCRETO ALL'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA NEI VARI SETTORI COMMERCIALI

Sommario: 1. La nuova figura del mediatore e l'abolizione dell'albo mediatori a seguito dell'introduzione del D. Lgs 59/2010 – 2. Segue: L'incidenza concreta della normativa di settore anche con riferimento alla recente sentenza dalla Corte di Cassazione dell'8 luglio 2010, n. 16147 – 3. Lo svolgimento delle attività commerciali in Italia a seguito del D. Lgs. 59/2010: la somministrazione di alimenti e bevande, si può parlare di un vero e proprio servizio? – 4. Considerazioni conclusive sull'attuazione in Italia della Direttiva Servizi

1. La nuova figura del mediatore e l'abolizione dell'albo mediatori a seguito dell'introduzione del D. Lgs 59/2010

Giunti a questo punto, risulta necessario dover affrontare il problema di come ed in quali termini la Direttiva Servizi, o meglio il D. Lgs. di attuazione, sia stato in concreto il motore che ha dato vita alla normativa di settore in ambito di servizi.

Data la complessità della materia e la difficoltà di poter valutare ogni singolo servizio interessato³⁰⁹, il presente elaborato non potrà che prendere in esame solamente quei servizi la cui normativa è stata sostanzialmente stravolta dall'introduzione del D. Lgs 59/2010, e che apparentemente ha visto nelle modifiche introdotte un'effettiva semplificazione all'accesso del mercato dei servizi, ma nel concreto le cose si presentano in maniera completamente diversa.

Pertanto l'attenzione si concentra sull'attività del mediatore, attività che senza ombra di dubbio deve ritenersi in tutto e per tutto quale servizio essendo tale attività finalizzata al soddisfacimento dell'interesse del creditore il quale, per il tramite dell'attività del mediatore, ricerca la conclusione di un affare a lui conveniente³¹⁰.

Secondo la definizione contenuta nel codice civile all'articolo 1754, si definisce "*mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*". Senza entrare ne dettaglio della natura giuridica della mediazione non essendo questa la sede deputata a tale valutazione³¹¹, va fin da

³⁰⁹ Si pensi che la seconda parte del D.Lgs. 59/2010 è composta da oltre 35 articoli ciascuno dei quali regola e si focalizza su di servizio diverso.

³¹⁰ Sul concetto di servizio in Italia, si rimanda a quanto già ampiamente esposto nel Cap. II, par. 8.

³¹¹ Per un'analisi sul punto di rinvia a S. CHITO, *In tema di contratto di mediazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, I, 1, pagg. 581 e ss. il quale sostiene la tesi contrattuale ove il rapporto di mediazione deve essere qualificato come un contratto. In contrapposizione alla citata tesi si osserva la tesi sulla natura non negoziale della mediazione secondo la quale "*il rapporto di mediazione nasce ogni qual volta vi sia*

subito osservato che la disciplina del rapporto di mediazione è regolato sia dal codice civile, per ciò che concerne i diritti e gli obblighi che sorgono nello svolgimento nel rapporto di mediazione, nonché dalle disposizioni speciali e, nello specifico, dalla Legge 3 febbraio 1989, n. 39 ed il nuovo articolo 73 del D. Lgs. 59/2010, recentemente modificato dal D. Lgs. 147/2012³¹² che disciplina i requisiti per l'accesso all'attività di mediatore.

Ciò che maggiormente interessa in questa sede è cercare di capire se le modifiche che sono state apportate dal D. Lgs 59/2010, siano in concreto da considerarsi modifiche che consento un accesso ed esercizio semplificato dell'attività di mediatore avendo l'articolo 73 D. lgs. 59/2010, soppresso il ruolo degli agenti di affari in

un'attività oggettivamente idonea a mettere in relazione le parti interessate ad un affare e strumentale alla conclusione dello stesso".

³¹² Riprendendo quanto già esposto nel Cap. I par. 6, si evidenzia che il legislatore italiano ha uniformato la precedente disciplina della DIA con efficacia immediata, precedentemente applicabile ai soli servizi ricompresi nel D.Lgs. 59/2010, e DIA con efficacia differita, prevedendo l'introduzione della nuova SCIA, regolata dall'articolo 19 legge 7 agosto 1990, n. 241.

Pertanto, tali modifiche, che hanno necessariamente interessato anche il D. Lgs. 59/2010, hanno riscritto l'articolo 73 che ad oggi così si presenta:

"1. E' soppresso il ruolo di cui all'articolo 2 della legge 3 febbraio 1989, n. 39, e successive modificazioni.

2. Le attività disciplinate dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39, sono soggette a segnalazione certificata di inizio di attività, da presentare alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura per il tramite dello sportello unico del comune competente per territorio ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, corredata delle autocertificazioni e delle certificazioni attestanti il possesso dei requisiti prescritti.

3. La Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura verifica il possesso dei requisiti e iscrive i relativi dati nel registro delle imprese, se l'attività è svolta in forma di impresa, oppure nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA) previsto dall'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e dall'articolo 9 del decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 1995, n. 581, e successive modificazioni, assegnando ad essi la qualifica di intermediario per le diverse tipologie di attività, distintamente previste dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle attività di agente d'affari non rientranti tra quelle disciplinate dalla legge 3 febbraio 1989, n. 39. E' fatta salva per le attività relative al recupero di crediti, ai pubblici incanti, alle agenzie matrimoniali e di pubbliche relazioni, l'applicazione dell'articolo 115 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773.

5. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, e dal decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 1995, n. 581, le iscrizioni previste dal presente decreto per i soggetti diversi dalle imprese, sono effettuate in una apposita sezione del REA ed hanno effetto dichiarativo del possesso dei requisiti abilitanti all'esercizio della relativa attività professionale.

6. Ad ogni effetto di legge, i richiami al ruolo contenuti nella legge 3 febbraio 1989, n. 39, si intendono riferiti alle iscrizioni previste dal presente articolo nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (REA)."

mediazione previsto originariamente dall'articolo 2 della Legge 3 febbraio 1989, n. 39, a cui dovevano iscriversi obbligatoriamente i mediatori al fine di acquisire il diritto a pretendere la provvigione.

L'attività di mediazione, sino all'introduzione della l. 39 del 1989 era da sempre considerata come attività libera. Infatti, l'articolo 21, comma 1° della legge del 20 marzo 1913 n. 272, disciplinava che *“la professione del mediatore è libera”*, con la conseguenza che ciascun soggetto aveva la facoltà di poter esercitare tale attività.

Senonché, con la promulgazione della l. 39 del 1989, la citata libertà veniva completamente a scomparire, in quanto l'articolo 2, comma 1 prescriveva l'obbligo della preventiva iscrizione presso il ruolo degli agenti in affari in mediazione per coloro che avessero voluto svolgere tale attività. Pertanto, se l'iscrizione nell'apposito albo costituiva titolo abilitante per l'esercizio dell'attività di mediatore, (si v. l'art. 3, commi 1 e 2 della l. 39 del 1989), in virtù dell'articolo 6 della citata legge, *“Hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli”*, cioè, solamente chi fosse previamente iscritto nel ruolo dei mediatori poteva pretendere il pagamento della provvigione.

Sul punto la Corte di Cassazione è sempre stata univoca sul punto. Infatti, è stato pronunciato che *“in tema di mediazione, la necessità dell'iscrizione nell'albo professionale è prevista per l'insorgenza del diritto alla provvigione e costituisce un'innovazione introdotta dalla legge n. 39 del 1989 (art.6), finalizzata a porre in*

*risalto la natura professionale dell'attività del mediatore*³¹³». Ciò comportava che solamente coloro che fossero previamente iscritti negli Albi tenuti presso le Camere di Commercio, avevano diritto alla provvigione maturata sempre, s'intende, se vi fosse stata la conclusione dell'affare³¹⁴.

Come già più volte espresso nel corso del presente elaborato, con l'introduzione della normativa comunitaria in ambito di servizi, nonché grazie al recepimento della Direttiva 2006/123/CE grazie al D. Lgs. 59/2010, si voluto dare un impulso concreto ed efficiente alla difficile questione della libera circolazione e stabilimento dei servizi nel mercato comunitario.

I punti cardine della Direttiva servizi, nonché di tutta la normativa italiana di recepimento (D. Lgs. 59/2010), ruotano attorno al concetto di libertà di stabilimento e libertà di prestazione.

Con tale Direttiva si è dato vita, da un lato, ad un processo di semplificazione nei confronti di quelle procedure amministrative che tendevano a limitare o quanto meno ad inibire la libera circolazione dei servizi nel mercato unico europeo e, dall'altro, si è imposta la riduzione dei casi di autorizzazione necessari per poter esercitare quel tanto acclamato e tutelato diritto allo stabilimento nei vari Stati membri.

Anche l'attività di mediazione, considerata quale servizio, ha visto con l'introduzione del D. Lgs. 59/2010 un'apparente impulso di semplificazione. Infatti,

³¹³ Sul punto si v. la Corte di Cassazione Civ., 27 giugno 2002, n. 9380. Per un confronto giurisprudenziale sul punto si v. G. BORDOLLI, *La provvigione nella mediazione immobiliare*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile*, 6/2003, pagg. 509 e ss.

³¹⁴ Per quanto riguarda il concetto di affare si v. Corte di Cassazione, 16 febbraio 2002, n. 7400 in Mass. Foro it., 1992; Corte di Cassazione, 16 dicembre 1987, n. 9348 in Arch. Civ. 1988, pagg. 285; Corte di Cassazione, 8 agosto 2002, in Mass. Giust. Civ., 2002. Per quanto concerne il nesso di causalità tra l'attività del mediatore e la conclusione dell'affare, si v. G. BORDOLLI, *La provvigione nella mediazione immobiliare*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile*, 6/2003, pagg. 509 e ss.

con l'articolo 73, è stato previsto, da un lato l'abolizione del ruolo degli agenti in mediazione di cui all'articolo 2 della l. 39 del 1989 e, dall'altro, l'obbligo per i soggetti che intendono svolgere tale attività di presentare una segnalazione certificata di inizio di attività alla Camera di Commercio competente per territorio.

Da una semplicistica lettura del nuovo corpo normativo in materia, sembra pertanto che il legislatore italiano abbia in tutto e per tutto recepito il concetto di semplificazione amministrativa.

Infatti, come già esposto, il legislatore comunitario ha cercato di imporre alle amministrazioni degli Stati membri l'obbligo di conformarsi al criterio di equivalenza³¹⁵, attraverso il quale queste ultime non potranno più pretendere, nei confronti dei soggetti prestatori di servizi, la produzione di documenti abilitativi alla professione in originale o comunque in copia conforme all'originale, ma sarà sufficiente una semplice autodichiarazione o, come nel caso italiano, la semplice presentazione di una segnalazione di inizio attività.

³¹⁵ Si v. Corte di Giustizia CE, 21 marzo 2002, *Commissione/Italia*, C-298/99 con la quale l'Italia è stata condannata perché aveva imposto una serie di limitazioni alla libera circolazione degli architetti.

2. Segue: L'incidenza concreta della normativa di settore anche con riferimento alla recente sentenza dalla Corte di Cassazione dell'8 luglio 2010, n. 16147.

È tuttavia necessario chiedersi se l'apportata abrogazione dell'articolo 2 della l. 39 del 1989 e dunque del ruolo dei mediatori, abbia come conseguenza che il diritto al compenso per l'attività di mediazione prestata sorga indipendentemente dal fatto che il prestatore di servizi sia o meno iscritto all'albo di riferimento.

La questione è di non poco conto, se si tiene in considerazione il fatto che il requisito della preventiva iscrizione all'albo costituiva una sorta di condizione sine qua non affinché potesse maturare e potesse essere richiesta la provvigione.

Tale modifica legislativa avrebbe dunque due rilievi importi: il primo, consisterebbe nel fatto che per poter esercitare l'attività di mediatore non sarà più richiesta alcuna preventiva iscrizione all'albo, realizzando in questi termini una vera e propria apertura al mercato con la possibilità per ciascun soggetto di potervi accedere senza alcuna difficoltà; in secondo luogo, ciò dovrebbe determinare una semplificazione, seppur indiretta, sui presupposti determinanti il diritto alla provvigione. Infatti, ad una semplicistica lettura della riforma legislativa, il diritto alla provvigione sorgerebbe esclusivamente nel momento in cui vi è la sola conclusione dell'affare, senza dunque ulteriori elementi preliminari.

Ma tutto questo appare difficile da poter condividere. Infatti, è necessario leggere con attenzione quelle che sono state le modifiche apportate dal D. Lgs. 59/2010.

Infatti, l'articolo 73 del D. Lgs. 59/2010 che ha in tutto o per tutto abolito il ruolo dei mediatori precedentemente disciplinato dall'articolo 2 della legge 3 feb-

braio 1989 n. 39, non ha però abrogato tale legge nel suo complesso. Infatti, ad oggi rimane pienamente in vigore l'articolo 6 della citata legge, il quale, come già sopra accennato, stabilisce che *“hanno diritto alla provvigione i soli mediatori iscritti nei registri”*.

Pertanto, così come ha avuto modo di statuire anche una recente giurisprudenza di legittimità³¹⁶, la quale in questo modo ha fatto emergere la criticità dell'impianto normativo di recepimento italiano, il diritto alla mediazione sorge in conseguenza dell'iscrizione all'albo e a seguito della conclusione dell'affare.

A tale conclusione si giunge anche con un'attenta lettura del nuovo articolo 75 del D. Lgs. 59/2010, si può concludere dicendo che di vera e propria semplificazione non si può parlare.

Infatti, la parziale abrogazione dell'articolo 2 della l. 39 del 1989 non assume di per se stesso alcun valore di innovazione ed agevolazione nello svolgimento dell'attività di mediatore. Infatti, ciò che cambia rispetto al passato è il fatto che l'attività di intermediazione può essere iniziata immediatamente dalla data di presentazione di una Segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) al Registro Imprese della Camera di Commercio di competenza, ma che in ogni caso il nominativo del mediatore deve essere inserito nel registro tenuto dalle singole Camere di Commercio.

Per ovvia conseguenza, dunque, il diritto al compenso per la mediazione svolta rimane in ogni caso condizionato alla preventiva iscrizione nell'apposito albo.

³¹⁶ Si v. Corte di Cass., 8 luglio 2010, n. 16147. Per un confronto ed un'analisi delle predetta sentenza si può leggere M. ROSSI, *D.Lgs 59/2010: per la provvigione del mediatore non cambia nulla. Sempre necessaria l'iscrizione anche per il procacciatore d'affari*, in www.supermercato.it

Per concludere, dunque, se la Direttiva Servizi ha voluto imporre la semplificazione nello svolgimento delle attività di servizi, dall'altro il legislatore italiano, nell'attuazione della normativa comunitaria, non ha fatto lo stesso.

Infatti, quest'ultimo si è semplicemente limitato a riformulare le sole modalità di accesso all'attività di mediazione senza tuttavia tenere in debita considerazione le ricadute concrete di tali parziali modifiche, soprattutto nel campo del diritto privato.

In questi termini, dunque, si può prevedere che nell'ipotesi in cui fosse riconosciuto che la preventiva iscrizione nell'albo della Camera di Commercio determini un'effettiva limitazione alla libera prestazione del servizio del prestatore, i mediatori italiani potranno ricorrere alla Corte di Giustizia per far valere l'illegittimità della normativa italiana di attuazione rispetto alle libertà fondamentali riconosciute nel trattato ed attuate per mezzo della Direttiva Servizi.

3. Lo svolgimento delle attività commerciali in Italia a seguito del D. Lgs. 59/2010: la somministrazione di alimenti e bevande, si può parlare di un vero e proprio servizio?

Ciò che lascia alquanto perplessi leggendo gli articolo 54 e seguenti del D. Lgs. 59/2010 è il fatto che in tale normativa, che apparentemente dovrebbe disciplinare solamente attività riconducibili nella categoria dei servizi, vengono fatte rientrare attività che propriamente servizi non sono.

Un esempio lampante è quanto risulta dalla lettura dell'articolo 64 del D. Lgs. 59/2010. Tale articolo disciplina in maniera alquanto dettagliata, le modalità per *“l'apertura o il trasferimento di un esercizio finalizzato alla somministrazione di alimenti e bevande”*.

Ad una prima breve analisi, sembra lampante che la somministrazione di alimenti e bevande non possa essere considerata né come un servizio inteso secondo la normativa comunitaria, né come servizio secondo la nozione italiana di servizio, ma si riferisca ad attività che hanno per oggetto lo scambio di un bene tendenzialmente dietro corrispettivo.

Ciò che lascia perplessi, dunque è il motivo secondo il quale il legislatore italiano, in sede di attuazione delle Direttiva Servizi abbia voluto estendere il campo di applicazione della normativa di settore dei servizi, sebbene questo molto probabilmente non gli fosse precluso stante il carattere di armonizzazione minima della normativa comunitaria, ad attività che si riferiscono alla fornitura di beni e dunque non alla prestazione di un servizio.

La confusione generata dal legislatore emerge a chiare lettere dal confronto testuale dell'articolo 1 del D. Lgs. 59/2010 in quale prescrive che *“Le disposizioni*

del presente decreto si applicano a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale” e dall’articolo 8 lett. il quale, nelle varie definizioni proposte, nulla prescrive in ambito di beni, ma si limita a dare una definizione di servizio inteso come *“qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione; i servizi non economici non costituiscono servizi ai sensi del presente decreto”*.

Pertanto, se da un lato il legislatore italiano definendo l’oggetto e la finalità del D. Lgs. 59/2010 (art. 1 sopra cit.) non accenna al termine di servizio ma prevede quale oggetto regolamentato lo *“scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione”*, nel momento in cui definisce gli elementi della normativa di settore (art. 8 sopra cit.) non considera i beni.

Rifacendoci alla definizione contenuta nell’articolo 3 della legge Regionale del 21 settembre 2007, n. 27 (BUR 84/2007) della Regione Veneto, la *“somministrazione di alimenti e bevande”* viene intesa come *“la vendita per il consumo sul posto, effettuata nei confronti di chiunque ne faccia richiesta oppure riservata a cerchie determinate di persone, che comprende tutti i casi in cui gli acquirenti consumano i prodotti in locali o superfici all’uopo attrezzati”*.

Ciò posto, dunque, difficile è poter considerare l’attività di somministrazione, come vera e propria attività di servizi.

Tuttavia, è bene tenere a mente che una recente pronuncia del TAR di Venezia, ha indirettamente considerato la somministrazione di alimenti e bevande come attività di servizi. Infatti, la pronuncia precisa che *“in riferimento alla materia del commercio la disciplina degli esercizi pubblici di somministrazione di alimenti e bevande ha storicamente sempre avuto una rilevanza autonoma: per la diversa natura della prestazione ricevuta dal consumatore che non si esaurisce nell'attività di rivendita di merci precedentemente acquistate, ma in un più complesso servizio, ove le materie prime sono spesso soltanto una componente talvolta marginale, che è ordinariamente usufruito in appositi locali dotati di attrezzature idonee a consentire la consumazione sul posto; per le peculiari problematiche legate alla natura dei prodotti venduti, atteso che dagli alimenti e dagli alcolici possono derivare diverse criticità per la sicurezza dei consumatori, per il contesto urbano o per l'ordine pubblico; per la funzione di aggregazione sociale svolta da tale tipologia di esercizi, cui si riconnettono le norme volte ad assicurare la sorvegliabilità dei locali e una speciale disciplina degli orari volta anche a prevenire pregiudizi per la quiete pubblica. Tali elementi di specialità hanno impedito (ed impediscono tutt'ora) di ritenere il settore della somministrazione alimenti e bevande interamente sovrapponibile alla materia del commercio”*³¹⁷

Pertanto, il giudice amministrativo, con la richiamata sentenza, ha voluto precisare che ciò che conta nell'individuazione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, non è tanto l'oggetto che viene contrattato tra il prestatore e l'utente, ma quanto il servizio nel suo complesso, inteso come insieme di elementi

³¹⁷ Si v. T.A.R. Veneto Venezia Sez. III, 04/08/2011, n. 1346.

che consentono al soggetto richiedente di ricevere un *quid pluris* rispetto alla mero e semplice scambio di beni dietro corrispettivo, che acquista un valore residuale e circostanziato rispetto al complesso di servizi offerti dal prestatore.

Tale impostazione era già stata sostenuta anche da una passata pronuncia della Corte di legittimità³¹⁸, la quale aveva disposto che “*deve escludersi la qualificazione d’impresa artigianale in presenza di servizi commerciali, d’intermediazione nella circolazione dei beni e di somministrazione al pubblico di alimenti o bevande, a meno che abbiano carattere strumentale ed accessorio*”

Per concludere, dunque, sebbene il legislatore italiano abbia generato nell’interprete che legge la normativa contenuta nel D. Lgs. 59/2010 il dubbio sul campo d’azione e sulle definizioni *ivi* contenute, dall’altro non vi può essere dubbio che i servizi presi in esame fino a questo punto, seppur il *nome iuris* tragga in inganno, costituiscano servizi nel vero senso della parola.

In ogni caso sarebbe stato preferibile, quanto meno per un profilo di maggiore armonizzazione non solo testuale ma anche di contenuto, che il legislatore italiano utilizzasse terminologie più vicine ai concetti espressi dal legislatore europeo.

Molto probabilmente, l’attuazione della normativa comunitaria ad opera del legislatore italiano si è dimostrata come un’occasione mancata per cercare di dare definizione, non solo ad un campo che nel corso degli ultimi cinquant’anni è sempre stato al centro di forti discussioni giurisprudenziali e dottrinali, ma anche per identificare in maniera puntuale quelle attività che, all’apparenza si inquadrano come

³¹⁸ Si v. Corte di Cass., 4 aprile 2003, n. 5260.

scambio di beni (la somministrazione di alimenti e bevande ne è una dimostrazione),
ma che in realtà sarebbero meglio definibili come servizi.

4. Considerazioni conclusive sull'attuazione in Italia della Direttiva Servizi

L'esame sino a questo punto svolto ha permesso di delineare, seppur in relazione ai soli elementi presi in considerazione, quali sono le luci e le ombre della Direttiva Servizi nonché della normativa italiana di riferimento.

Di certo, l'intento del legislatore comunitario di creare un vero e proprio mercato unico dei servizi non può che essere degno di nota.

Infatti, il mercato europeo è sempre stato, fin dalla sua nascita, prevalentemente indirizzato a considerare come vero e proprio motore dell'economia europea, lo scambio di beni.

Lo sviluppo delle tecnologie, l'avvento di un mercato sempre più pronto ai cambiamenti, l'intervento di normative finalizzate a tutelare la libera concorrenza nonché i nuovi strumenti informatici, hanno permesso l'apertura ad un nuovo mercato, quello dei servizi.

Ovviamente, la tendenza del mercato dei servizi, soprattutto negli ultimi 30 anni, è stata quella di una crescita continua e costante, capace di raggiungere la soglia del 70% del PIL europeo.

È per tale ragione che il legislatore europeo non poteva rimanere a guardare un mercato che cresceva senza un'effettiva regolamentazione. La Direttiva Servizi è servita proprio a questo.

Con tale normativa di settore, si è voluto dare concreta valorizzazione al concetto di mercato unico dei servizi, disciplinando concretamente la possibilità per cia-

scun operatore del mercato di poter accedere allo stesso senza difficoltà o preclusioni.

Le linee guida sono sempre state imposte dal Trattato, il quale è rimasto assieme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il faro che ha permesso di trovare la strada lungo un cammino tortuoso e complicato quale è stato quello della realizzazione di uno strumento giuridico: la Direttiva Servizi³¹⁹.

Pertanto, attraverso la concreta attuazione e regolamentazione dei principi di libera circolazione e stabilimento, è nato il mercato unico dei servizi.

Ovviamente il legislatore italiano non si è potuto limitare ad osservare tale “innovazione”. È stato chiamato ad un intervento importante che si è dimostrato, in una prima analisi, attento ma che al suo interno nasconde molte difficoltà ed incongruenze.

L’attuazione in Italia della Direttiva comunitaria sui servizi attraverso il già riformato D. Lgs. 59/2010, ad avviso dello scrivente, non ha ottenuto l’effetto sperato.

Le ragioni per cui non si è riusciti ad ottenere un’effettiva liberalizzazione del mercato dei servizi, nonché un’effettiva semplificazione sulle modalità che determinano l’accesso al mercato, dipende in gran parte sulla copiosità delle normative italiane che regolano i vari settori.

Come già più volte è stato fatto notare, il D. Lgs. 59/2010 ha un contenuto che in alcune circostanze si presenta del tutto contraddittorio rispetto alle finalità ed agli obiettivi imposti dalla Direttiva Servizi.

³¹⁹ Si pensi a quanto è stato esposto nel capito I in merito al lungo iter di attuazione della Direttiva.

Le circostanze dubbie, sono molteplici.

Riprendendo quanto è stato esposto in chiusura del precedente paragrafo, si pensi al contenuto della definizione di servizio contenuta nel D. Lgs. 59/2010, definizione tanto ampia quanto generica, che messa in relazione con l'articolo 1 del D. lgs. 59/2010, genera più dubbi che certezze.

Si pensi, inoltre, alla semplificata procedura di accesso al mercato attraverso lo strumento della Scia, alla difficoltà di far operare con efficienza gli sportelli unici tra gli Stati, nonché, si pensi alla difficoltà, con possibili interferenze, tra i controlli che dovranno essere attuati dagli SUAP comunali e dalle Camere di Commercio competenti, dato che i vari servizi del mercato sono soggetti al controllo di due soggetti differenti.

Tutto ciò per dire che la realizzazione di un mercato unico europeo non può essere concretizzato se all'interno degli Stati membri sussistono difficoltà applicative relative alle procedure per garantire, la definizione dei contenuti della normativa, il libero accesso e l'effettivo riconoscimento delle libertà del Trattato.

Inoltre, anche più difficoltà si riscontrano quando ci si ferma a pensare che il contenuto della normativa di cui al D. Lgs. 59/2010 ha ripercussioni, sia nel campo del diritto privato, sia nel campo del diritto amministrativo.

Questo perché l'oggetto della D. Lgs. 59/2010 sono i servizi, intesi quali elementi di diritto privato che trovano la loro regolamentazione nel codice civile, sebbene lo stesso non ne fornisca una definizione puntuale (si potrebbe quasi dire che il D. Lgs. 59/2010 vada a coprire un vuoto creato dal legislatore del 1942, data la definizione contenuta nell'articolo 8 del D. Lgs. 59/2010).

Tuttavia, il D. Lgs. 59/2010, attiene per *traslato* alla regolamentazione dei rapporti contrattuali che abbiamo per oggetto servizi.

La disciplina di settore incide, in prevalenza, sulle modalità attraverso cui i servizi possono essere forniti e/o usufruiti ovvero sulle modalità attraverso cui un prestatore può accedere al mercato per offrire i propri servizi, modalità che vengono attuate attraverso normative di diritto amministrativo.

Tuttavia, non vuol dire che tale disciplina nazionale di settore non incida nel campo del diritto privato. Infatti, come è stato dimostrato nei paragrafi 1 e 2 del presente Capitolo, una mera modifica ad una disposizione che apparentemente determina l'accesso al mercato dei servizi (nello specifico all'articolo 2 della l. 39 del 1989), comporta conseguenze importanti soprattutto nel campo del diritto privato (essendo sempre questo il vero campo d'azione), tali da poter generare non solo conflitti interpretativi, ma anche conflitti concreti tra i vari operatori del mercato ed i destinatari.

Per concludere, dunque, sarà solo il tempo a determinare con certezza se il legislatore italiano ha correttamente recepito quelli che sono stati gli orientamenti espressi in sede di adozione della Direttiva Servizi e sarà anche grazie all'intervento della Suprema Corte di legittimità, che si potrà cercare di fare un piccolo passo in avanti verso un inquadramento sistematico della nozione di servizio.

BIBLIOGRAFIA

- ❖ Alpa G., Commentario al Codice del Consumo, 2005, ESI.
- ❖ Baratta R. *Norme comunitarie sui movimenti di capitali e legislazione valutaria italiana*, in *Rivista di Dir. Un. Europ.*, 1996, pagg. 443 e ss.
- ❖ Bianca M., *Obbligazioni e contratti, responsabilità*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.
- ❖ Biondi A., *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in *Bestagno F., Radicati di Brozolo L. G. (a cura di), Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
- ❖ Bordolli G., *La provvigione nella mediazione immobiliare*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile*, 6/2003, pagg. 509 e ss.
- ❖ Boschiero R., *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in *Picone G., Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004, 319.
- ❖ Cafari Panico R., *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2006, pagg. 1880 e ss.
- ❖ Camilli E. L., *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 12, pagg. 1239 e ss.
- ❖ Castellaneta M., *La Bolkestein riveduta e corretta cancella il principio del Paese d'origine*, in *Guida dir. Il Sole 24 ore*, marzo-aprile 2006, pagg. 86 e ss.
- ❖ Caringella F., De Marzo G., *I contratti dei consumatori*, 2007, pag. 273
- ❖ Chito S., *In tema di contratto di mediazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.
- ❖ Colacino A., Pittau M., *La libera prestazione di servizi in regime occasionale e l'attività professionale in regime di stabilimento a seguito del D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 : "attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno"*, C.N.I., Roma, 2010

- ❖ Colucci M., *L'Unione Europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *DRI*, 2008, 1.
- ❖ Com(2003)747 del 4/12/2003, *Concorrenzialità dei servizi connessi alle imprese e il loro contributo al rendimento delle imprese europee* in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0747:FIN:IT:PDF>
- ❖ Com/2010/0134, *Relazione della Commissione sulla formazione e sugli scambi di funzionari incaricati dell'applicazione della mutua assistenza prevista nella direttiva 2006/123/CE*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0134:FIN:IT:PDF>
- ❖ Com/2011/0020, *Verso un migliore funzionamento del mercato unico dei servizi – basarsi sui risultati del processo di valutazione reciproca previsto dalla direttiva servizi*, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0020:FIN:IT:PDF>
- ❖ Commissione Europea, *Manuale per gli utenti. Il sistema d'informazione del mercato (IMI) e la direttiva sui servizi*, in http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/IMI_SD_handbook_it.pdf - Lussemburgo, 2009
- ❖ Commissione Europea, *Manuale per l'attuazione della direttiva servizi*, in http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_it.pdf - Lussemburgo, 2007
- ❖ Condinanzi M., Nascimbene B., *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, Tizzano A. (a cura di), Giappichelli Editore, 2006, pagg. 330 e ss.
- ❖ Condinanzi M., *La libertà di stabilimento*, in *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, a cura di Strozzi, Giappichelli Editore, Torino, 2006.
- ❖ Contaldi G., *Commento all'articolo 48 CE*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità Europea*, a cura di Tizzano A., Giuffrè Editore, Milano, 2004, pagg. 398-401.

- ❖ Contaldi G., Libertà di stabilimento delle società e norme nazionali di conflitto, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Tizzano A. (a cura di), Giappichelli Editore, Torino, 2006.
- ❖ Costamagna F., *Direttiva “servizi” e servizi di interesse economico generale: analisi di un rapporto difficile*, in *Dir. com. e degli scambi inter.*, 2009, pagg. 111 e ss.
- ❖ D’Acunto S., *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.
- ❖ D’Acunto S., *La proposition de directive su services dans les marché intérieur*, in *Revue de droit de l’Union européenne*, 2004, 2 pagg. 201 e ss.
- ❖ Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.
- ❖ De La Quadra T., *La direttiva sui servizi e la libertà d’impresa*, in *Foro Amm. TAR* 2010, 5, pagg. 1904 e ss.
- ❖ De Santis C., *Società e associazioni tra professionisti : associazioni e società tra professionisti e società multidisciplinari con professionisti di un altro Stato UE : aggiornato con il D. Lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.
- ❖ Derruine O., *De la proposition Bolkestein à la directive services*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2007, n. 1962-1963;
- ❖ Diverio D., *La libera prestazione dei servizi fra comunità europea e omc*, Giuffrè Editore, Milano, 2007
- ❖ Diverio D., *Liberalizzazione dei servizi: approvata la direttiva Bolkenstein*, in *Guida al lavoro, Il Sole 24 ore*, n. 13, 2006, pagg. 36 e ss.
- ❖ Dony M. *Les Notions de “service d’intérêt général” et “services d’intérêt économique général”* a cura di Louis J. V., Rodriguez St., *Les services d’intérêt économique general*, Bruylant, 2006.
- ❖ Fabiano N., *Ruolo del certificatore europeo e firme elettroniche. Certificati qualificati tr contesto nazionale e mercato interno comunitario: interoperabilità e globalizzazione*, in *Dir. Internet*, 2008, 6, pagg. 621 e ss.

- ❖ Facchini C., *L'impatto della "Direttiva servizi" sull'attività degli enti locali*, in *Azienditalia*, 2009, 9, pagg. 601 e ss.
- ❖ Facchini C., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Azienditalia* n. 11/2011, pagg. 3 ss.
- ❖ Ferrari F., *Il diritto oggettivamente applicabile ex art. 4 della Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, in *Giur. it.*, 2007, 6, pagg. 533 e ss.
- ❖ Franzina P., *La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, II, pagg. 730 e ss.
- ❖ Gallo D., *I servizi di interesse economico generale: stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, Padova, 2011.
- ❖ Garabiol-Furet M. D., *Plaidoyer pour le principe du pays d'origine*, in *Rev. marché commun et de l'Union europ.*, 2006, pagg. 82 e ss.
- ❖ Garadiol-Furet M.-D., *Vrais et faux del la "directive service"* in *Revue de Marché unique Européenne*, 2006, pagg. 219 e ss.
- ❖ Giglioni F. *L'accesso al mercato dei servizi di interesse generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- ❖ Giubboni S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura della Carta di Nizza*, in *Dir. Un. Europ.*, 2003, pagg. 325 e ss.
- ❖ Gobbato S., *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Dir. UE*, 4/2005, 797 ss.
- ❖ Hatzopoulos V., *Que reste-t-il de la directive sur les services*, in *Cahier de Droit Européen*, 2007, pagg.
- ❖ Hellner F., *The country of origin principle in the E-Commerce Directive – A conflict with Conflict of law?*, in *Eur. Rev. Priv. Law.*, 2004, pagg. 193 e ss.
- ❖ Idot L., *La proposition de directive sur les services: le retour...*, in *Europe*, mars 2006, pagg. 1 e ss.
- ❖ Liberatore F., *I servizi della società dell'informazione tra la direttiva sul commercio elettronico e la direttiva servizi: un'occasione mancata per chiarire*

- l'applicazione del principio del paese d'origine*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2007, pagg. 1038 e ss.
- ❖ Libro Bianco del 12 maggio 2004 COM(2004)374 in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2004/com2004_0374it01.pdf
 - ❖ Libro Verde del 21 maggio 2003 COM(2003)270 in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2003/com2003_0270it01.pdf
 - ❖ Lo Faro A., *“Turisti e vagabondi”*: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini, in *Lav. e Dir.*, 2005, pagg. 437 e ss.
 - ❖ Lugato M., Commento agli artt. 49-55 CE, in Trattati dell'Unione europea e della Comunità Europea, in Tizzano A. (a cura di), Giuffrè Editore, Milano, 2004, pagg. 403-416.
 - ❖ Luzzato M. nella *nota introduttiva* in Bestagno F., Radicati di Brozolo L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
 - ❖ Malatesta A., *Principio dello Stato d'origine e norme di conflitto alla luce della direttiva sui servizi nel mercato interno*, in Bestagno F., Radicati di Brozolo L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
 - ❖ Malatesta A., *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, pagg. 293 e ss.
 - ❖ Mancaloni M., *Note sulla direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno nel quadro della tutela del consumatore*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2007, pagg. 981 e ss.
 - ❖ Mastroianni R., *La libera prestazioni di servizi*, in Strozzi G. (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea, parte speciale*, Giappichelli Editore, 2010, pagg. 221-272.
 - ❖ Mastroianni R., *La libertà di prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali* in Bestagno F., Radicati di Brozolo L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
 - ❖ Meli M., *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, pagg. 59 e ss.

- ❖ Meli, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa dir. priv.*, 2008, pagg. 59 e ss.
- ❖ Merola M. Medina C., *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou re-versement dans l'approche du financement des services public*, in *Cahier de Droit Eur.* 2003, n. 5 e 6 pagg. 639 e ss.
- ❖ Milanese E. M., *I servizi d'interesse generale e d'interesse economico generale*, in Bestagno F., Radicati di Brozolo L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007
- ❖ Moretti S., *La disciplina europea sulla discrezionalità amministrativa nel settore dei servizi*, in Battini S., Vesperini G. (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, Quaderno n. 4, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- ❖ Munari F., *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pagg. 929 e ss.
- ❖ Nascimbene B., *Le eccezioni ai principi. Interesse generale di ordine pubblico*, in Bestagno F., Radicati di Brozolo L. G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
- ❖ Niro R. Art. 41, in *Commento alla Costituzione*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.
- ❖ Nitti D., *Autorizzazioni e limiti alla prestazione di servizi nel mercato interno: i motivi imperativi di interesse generale*, in *Contr. e Impr./Europ.*, 2007, pagg. 1050 e ss.
- ❖ Pallini M., *La liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di "dumping" sociale nell'Unione Europea*, in *Diritto pubb. comp. ed Europeo*, 2007, 1, pagg. 379-412
- ❖ Pallini M., *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea*, in *Dir. Pub. Comparato ed Europeo*, 2007, I, pagg. 379 e ss.
- ❖ Pedrazzi M., *Potrà l'applicazione della "direttiva Bolkenstein" ledere i diritti fondamentali?*, in *Dir. Pub. Comparato ed Europeo*, 2006, IV, pagg. 1894 e ss.

- ❖ Piraino F., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in Europa e dir. priv., 2008, pagg. 59 e ss.
- ❖ Piroddi, *Legge dello stato di residenza del venditore se la parte non sceglie le norme applicabili*, in *Guida Dir, Diritto comunitario e internazionale*, 2008, 5 pagg. 15 e ss.
- ❖ Presto A., *La direttiva 2006/123/CE: dal principio del paese d'origine alla libera prestazione di servizi*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2007, pagg. 245 e ss.
- ❖ Prosser T., *Public services Law: Privatization's Unexpected Offspring*, in *Law and Contemporary problems*, 2000.
- ❖ Rossi Carleo L., *Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile*, in *Notariato*, 2001, pagg. 632 e ss.
- ❖ Ruggiero C. P., *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkenstein*, in *Dir. Pub. Comparato ed Europeo*, 2006, IV, pagg. 1880 e ss.
- ❖ Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene Editore, Bologna, 1997.
- ❖ Sorace D. *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.* 2010, 1, pagg. 1 e ss.
- ❖ Tassoni G., *Trasparenza e ius poenitendi nella direttiva 94/47/CE in tema di acquisiti di multiproprietà*, in *I Contratti*, 1995, pagg. 98 e ss
- ❖ Tesauro G., *Diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2010.
- ❖ Testo a fronte tra l'A.G. n. 171 e il decreto legislativo n. 59 del 2010 "Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno" in http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2010/Dossier_218.pdf
- ❖ Tonetti A., *Armonizzazione ed equivalenza nella disciplina europea dei servizi*, in Battini S., Vesperini G. (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

- ❖ Trabucchi A., Istituzioni di diritto civile, CEDAM, Padova, 2009.
- ❖ Ubertazzi B., Il regolamento Roma 1 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- ❖ Uyen Do T., *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors services*, in *Revue de Marché unique Européenne*, 2006, pagg. 111 e ss.
- ❖ Valeri F. *La norma che abroga l'albo dei mediatori non ha effetto retroattivo ed in ogni caso, per il futuro, avranno diritto alla provvigione solo i mediatori iscritti nei registri o repertori tenuti dalla Camera di commercio*, in *Diritto e giust.* 2010, pagg. 370 e ss.
- ❖ Villani L., *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina* in Aa.Vv., Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I", Atti del convegno della Fondazione Italiana del notariato, tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007, in Quaderni FIN, Roma, 2007, pagg. 56 e ss.
- ❖ Vinci P., *La "modernizzazione" della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali: la scelta del diritto applicabile*, in *Contratto e Impr.*, 2007, 4-5, pagg. 1223 e ss.
- ❖ Wils W.P.J., *The undertaking as a subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal person*, in *European Law Review*, 2000, pagg. 101 e ss.

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

Studente: **Enrico SINIGAGLIA**

matricola: 955810

Dottorato: **Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro**

Ciclo: 26°

Titolo della tesi:

Abstract: **L'attuazione della direttiva 2006/123/CE: aspetti privatistici della libera circolazione dei servizi**

La tesi prende ad oggetto l'analisi e la discussione sulla Direttiva Servizi introdotta dal legislatore comunitario, nonché della disciplina italiana che ne ha dato attuazione. La citata Direttiva si prefigge l'obiettivo primario di realizzare il mercato unico dei servizi. Dopo una breve introduzione sull'iter che ha portato all'adozione della citata Direttiva, l'attenzione si sposta su quelli che si sono rilevati i punti di maggior interesse del testo normativo comunitario.

L'analisi si concentra sulla nozione di servizio sia a livello comunitario sia a livello interno, in ragione anche dei recenti interventi giurisprudenziali, per passare poi a valutare le problematiche afferenti alla libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi nella realizzazione del mercato unico dei servizi.

La trattazione si è poi concentrata sull'incidenza della Direttiva Servizi rispetto al diritto privato, con specifica concentrazione al contratto di mediazione e alla somministrazione di bevande ed alcolici, rispetto alla normativa italiana di attuazione.

The thesis handles the analysis and the debate on the Services Directive introduced by the EU legislator, as well as the Italian rules which have implemented it. The said Directive sets the primary object to achieve the Services Single Market. After a short front matter on the process which has lead to the adoption of the said Directive, the attention shifts to those which has been revealed the most attractive points of the Communitarian law text.

The analysis focuses on the notion of service both at Communitarian level and at domestic level, also according to the latest case law, passing then to examine the problems on the services' freedom of establishment and movement within the achievement of the Services Single Market.

The dissertation then focuses on Services Directive bearing on the private law, with a particular focus on the mediation contract and the supply of drinks and alcohol, according to the Italian implementation rules.