

Direttiva ex Bolkenstein: ratio e portata

di Elettra Bianchi D'Urso (1)

Sommario: 1. Primi spunti di riflessione sulla normativa comunitaria tendente alla liberalizzazione del mercato dei servizi. – 2. Obiettivi e portata della direttiva. – 3. La gamma dei servizi inclusi: un privilegio per pochi. – 4. La ratio dell'esclusione di determinati servizi: motivi di ordine funzionale, materiale ed operativo – 5. Limiti rilevanti per ciascuno dei settori esclusi.

1. Primi spunti di riflessione sulla normativa comunitaria tendente alla liberalizzazione del mercato dei servizi.

L'Unione Europea, attraverso l'approvazione definitiva della direttiva 2006/123/CE relativa alla libera prestazione dei servizi nel mercato interno, meglio nota come "direttiva ex Bolkenstein" (2), ha avviato l'atteso e contrastato processo di liberalizzazione del mercato dei servizi, già prescritto dai Trattati di Roma del 1957, ma mai concretizzatosi.

Si è trattato di un iter legislativo caratterizzato da lunghi e accesi dibattiti che attraverso la procedura di codecisione, ha portato alla stesura definitiva di una direttiva quadro che mira a realizzare entro il 2010, un mercato interno dei servizi aperto e dinamico, per il quale vengono stabilite norme generali, volte a rimuovere gli ostacoli regolamentari che ingiustificatamente limitano la *libertà di stabilimento* dei prestatori di servizi e la *libera prestazione* degli stessi nel territorio dell' U. E. Il tutto con il fine di rinforzare ed aumentare la competitività e l'equilibrio dei mercati.

E' ben nota la distinzione tra *libertà di stabilimento* (artt. 43-48 del Trattato CE) e *libera prestazione di servizi* (artt. 49-55 del Trattato CE) che in questa sede va solo richiamata nel modo che segue.

Per *libertà di stabilimento c.d. principale* s'intende la libertà che ha un prestatore di servizi di stabilirsi sul territorio di uno Stato membro al fine di prestarvi in modo stabile e continuativo la propria attività .

La nozione testè richiamata, si differenzia da quella di *stabilimento c.d. secondario*(3) che, invece, riguarda le restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali e filiali " (art. 43 Trattato CE).

A tale ultimo proposito, la giurisprudenza comunitaria ha precisato che è sufficiente anche e solo *una presenza permanente* , mediante un ufficio dipendente dalla casa madre o anche attraverso una persona indipendente incaricata di agire in permanenza per conto di essa. (4)

La *libera prestazione di servizi*, invece, è la possibilità per un prestatore stabilito in uno Stato membro di offrire a terzi la propria attività di servizi, a titolo occasionale, in un altro Stato ed è concessa ai "cittadini degli Stati dell' U.E. stabiliti in un Paese membro che non sia quello del destinatario della prestazione" (art. 49 del Trattato).

Tale libera prestazione nel concretizzarsi, dunque, evidenzia un "*direct cross-border element*"(5) e pertanto presenta collegamenti con più Stati membri.

I benefici conseguenti alla libera prestazione sono riservati ai cittadini comunitari stabiliti in uno Stato membro e non soltanto a coloro che sono semplicemente cittadini dei due Stati interessati, come invece riconosciuto nell'ambito della libertà di stabilimento.

E' infine opportuno ricordare, che secondo quanto stabilito dall'art. 50 del Trattato, per servizi s'intendono " le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali , delle persone; i servizi comprendono in particolare 1) attività di carattere industriale ; 2) attività di carattere commerciale; 3) attività artigiane; 4) attività delle libere professioni".

2. Obiettivi e portata della direttiva.

Lo sviluppo armonico e coeso sotto un profilo strettamente giuridico delle due grandi *libertà* di cui sopra, rappresenta l'intento più vero della direttiva in esame, che rientra in quel progetto più ampio della "Strategia di Lisbona", la quale per creare un mercato unico, fissa obiettivi precisi da perseguire: rafforzare i diritti dei destinatari in quanto utenti dei servizi resi; stabilire una cooperazione amministrativa concreta tra gli Stati membri dell' U. E; promuovere la qualità dei servizi stessi e facilitare la libertà di stabilimento e la libertà di prestazioni di servizi nell' U.E.

Per raggiungere tali obiettivi, la direttiva individua alcuni punti chiave che dovranno essere sviluppati dagli Stati membri dell' U. E. a seguito del recepimento della stessa entro dicembre 2009. Tra questi, meritano specifica menzione: l'istituzione di sportelli unici; l'implementazione e lo sviluppo delle procedure amministrative per via elettronica; la cooperazione a livello comunitario; la semplificazione della normativa e delle procedure amministrative che regolamentano l'intera materia dei servizi; l'esame delle normative nazionali (legislative, amministrative e regolamentari) al fine di individuare i regimi di autorizzazione e i requisiti per l'accesso e l'esercizio delle attività, con conseguente revisione e modifica dell'ordinamento al fine di eliminare e/o attenuare le disposizioni non conformi alla direttiva stessa.

Gli accennati obiettivi, uniti ai principi posti dai precedenti interventi legislativi di carattere europeo sopracitati, rappresentano la base sui cui poggia l'intero impianto normativo della direttiva sui servizi nel mercato interno, che non appena approvata ha già provocato un intenso dibattito di natura dottrinale e giurisprudenziale.

3. La gamma dei servizi inclusi: un privilegio per pochi.

Uno in particolare è il punto ancora oggetto di aperte e contrastate riflessioni : il campo di applicazione della direttiva è limitato solo a pochi servizi e/o settori.

Sotto tale profilo, occorre distinguere tra settori di servizi ai quali la direttiva si applica e settori di servizi ai quali la stessa non si applica.

I primi sono ampiamente descritti all'interno dei considerando della direttiva e sono tutti i settori previsti e disciplinati dall'art. 50 del Trattato, ai quali abbiamo fatto già cenno, ma ai quali, peraltro, la stessa direttiva non ha dedicato alcun articolo di riferimento.

E' infatti genericamente stabilito che essa si applica a tutti i servizi prestati dietro corrispettivo economico(6) e non esplicitamente esclusi dalla stessa, specificando che per servizio debba intendersi qualsiasi attività economica non salariata (fornita da un prestatore che non opera nel quadro di un rapporto di lavoro subordinato) prestata dietro retribuzione, quest'ultima intesa come mero corrispettivo della prestazione offerta.

Quindi, rientrano nel campo di applicazione della direttiva, secondo quanto esplicitato solo nei considerando(7) :

- i servizi ai consumatori (servizi nel settore del turismo, delle guide turistiche, centri sportivi, servizi ricreativi, servizi a domicilio, parchi divertimento);
- i servizi alle imprese (consulenza legale, fiscale, manageriale, gestionale, certificazione e collaudo, manutenzione degli uffici, gestione delle strutture);
- i servizi alle imprese e ai consumatori (agenzie immobiliari, edilizia, organizzazione e distribuzione di fiere, noleggio di auto e agenzie di viaggi).

La direttiva regola unicamente i requisiti che influenzano l'accesso all'attività di servizi o il suo esercizio. Secondo quanto disposto dall'art. 4, paragrafo 7, la nozione di *requisito* comprende qualsiasi obbligo, divieto o condizione o altro limite imposto ai prestatori o ai destinatari da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nonché le regole degli organismi e degli ordini professionali o le norme collettive adottate da associazioni o organizzazioni professionali nell'esercizio della loro autonomia giuridica.

4. La ratio dell'esclusione di determinati servizi: motivi di ordine funzionale, materiale ed operativo.

La direttiva in esame non incide sulla normativa degli Stati dell' U.E. in

materia di diritto penale, le cui norme non possono essere usate per aggirare o impedire l'applicazione delle regole previste e disciplinate all'interno della stessa.

Peraltro, va subito detto che la normativa in esame, come accade molto di rado, sebbene le istituzioni comunitarie non possano legiferare in materia penale, può comunque esplicare la sua "influenza" in tale settore, fornendo riflessioni che talvolta suggeriscono interventi normativi da parte del legislatore nazionale, il quale è pur sempre l'unico beneficiario della riserva di legge assoluta in materia penale.

Nel considerando 9 si evidenzia che la direttiva non si applica a quei requisiti che non disciplinano o influenzano specificamente l'attività dei servizi, ma che devono essere rispettati dai prestatori nello svolgimento della loro attività, alla stregua dei singoli che agiscono a titolo privato. Si pensi ad esempio alle norme riguardanti lo sviluppo e l'uso delle terre, la regolamentazione edilizia, le norme del codice della strada, la pianificazione territoriale, rurale ed urbana.

Inoltre la direttiva, secondo quanto previsto dal considerando 10, non riguarda i requisiti che condizionano l'accesso ai finanziamenti pubblici, fermo restando, comunque, il rispetto delle altre norme comunitarie, come ad esempio quelle in tema di concorrenza.

In questa sede interessa in particolar modo individuare i settori esclusi dal raggio d'azione della direttiva nonché le motivazioni di tali scelte che risultano giustificate da limiti funzionali, materiali ed operativi talvolta facilmente rilevabili e altre volte molto meno facilmente comprensibili sia in punto di fatto che di diritto.

Tra i settori esclusi rinveniamo :

- i servizi non economici di interesse generale;
- i servizi finanziari (esempio quelli bancari, di credito, titoli, fondi di investimento, leasing finanziario);
- i servizi di reti di comunicazione elettronica;
- i servizi nel settore dei trasporti;
- i servizi delle agenzie di lavoro interinale;
- i servizi sanitari;
- i servizi audiovisivi e radiofonici(8);
- le attività di azzardo intendendosi per tali i giochi e le scommesse;
- le attività collegate ai pubblici poteri;
- i servizi sociali relativi agli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno;
- i servizi di sicurezza privata;
- i servizi forniti da notai e ufficiali giudiziari nominati con atto ufficiale della pubblica amministrazione;
- il settore fiscale.

Preliminarmente va ricordato che tali settori, benché esclusi dalla direttiva in esame in forza di una giurisprudenza consolidata, restano comunque soggetti alle norme generali (artt. 43 e 49 in tema di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi) del Trattato e pertanto non sono del tutto al riparo da esigenze di liberalizzazione.

Per tale motivo continueranno a provocare questioni interpretative da superare in sede giurisprudenziale in rapporto particolarmente alla compatibilità delle normative nazionali più restrittive che li caratterizzano, rispetto ai principi generali del Trattato con un evidente stato confusionale della normativa che ci occupa. Per questa via, in modo surrettizio potrebbe entrare dalla finestra ciò che resta fuori dalla porta.

E' dunque doveroso riflettere sul perché tali settori siano stati rigorosamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva in esame. La risposta sta in ragioni profonde che consentono di individuare attraverso un approccio logico-giuridico, in *limiti di carattere funzionale, materiale ed operativo* i veri motivi per cui tali settori non siano stati inclusi nell'ambito dell'operatività della direttiva in esame.

Ad avviso di chi scrive, *il limite funzionale* nasce da motivazioni che trovano origine nell'economia che ciascun paese intende adottare per sé, che in alcuni casi scoraggia la liberalizzazione di determinati settori e/o servizi in quanto *funzionalmente* rischiosa in termini di costi e ricavi per il mercato di riferimento; *il limite materiale*, come tale trova la sua massima espressione in normative ed atti preesistenti alla direttiva in esame, con la conseguenza che liberalizzare un settore e/o servizio già disciplinato da atti e norme ad hoc sarebbe stato *materialmente* inopportuno sicché è apparso preferibile evitare possibili conflitti di norme in un settore e/o servizio già di per sé fittamente regolamentato; *il*

limite operativo invece è rappresentato da ragioni di ordine pubblico, salute e sanità di matrice prevalentemente giurisprudenziale, sfavorevoli ad piena liberalizzazione di alcuni settori in quanto espressione del benessere sociale e della tutela della collettività.

5. Limiti rilevanti per ciascuno dei settori esclusi.

Alla luce di quanto sopra è necessario operare un'analisi dettagliata delle ragioni alla base dell'esclusione di ciascun settore con particolare riferimento ai limiti sopracitati.

I servizi non economici di interesse generale presentano un *limite operativo* rispetto a quelli economici di interesse generale (questi ultimi sono inclusi nella direttiva in esame) che rientrano nella definizione di servizi prevista dall'art. 50 del Trattato, in quanto sono prestati dietro corrispettivo economico. Quest'ultima caratteristica rappresenta il vero discrimine tra l'una e l'altra tipologia di servizi, in quanto i servizi d'interesse generale, non economici, sono servizi di grande rilievo per la collettività e come tali sono svolti senza una contropartita economica, di talché non si rinviene un interesse vero e proprio alla liberalizzazione, in quanto la sua attuazione sarebbe poco persuasiva in termini di circolarità economica. Per tale motivo essi sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva. Facendo salvo l'art. 16 del Trattato, la direttiva stabilisce che possono essere considerati servizi d'interesse economico generale solo quelli la cui fornitura costituisca adempimento di una specifica missione d'interesse pubblico, affidata al prestatore dallo Stato membro interessato. Essi quasi sempre sono correlati a compiti importanti e di rilievo nell'ambito della coesione sociale e territoriale e come tali non dovrebbero essere ostacolati nel loro realizzarsi.

I servizi finanziari comprensivi di servizi bancari, di credito, titoli, fondi di investimento, assicurazioni, riassicurazioni, pensioni professionali e individuali, i servizi di pagamento e quelli di consulenza nel settore degli investimenti, compresi i servizi di cui all'allegato I della direttiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14/06/2006, concernente l'accesso all'attività degli enti creditizi al suo esercizio(9) sono esclusi dall'operatività della direttiva in quanto già disciplinati da norme ad hoc. E' di tutta evidenza che l'esclusione di tali servizi sia collegata al *limite materiale* rappresentato da una normativa comunitaria specifica, volta a realizzare, al pari della direttiva in esame, un vero mercato dei servizi concorrenziale e competitivo.

Conseguentemente, l'opportunità di una tale esclusione è giustificata, altresì, dalla necessità di evitare conflitti tra norme, laddove il settore sia già regolato da regolamenti o direttive specifiche.

I servizi di reti di comunicazione elettronica la cui ratio di esclusione dalla direttiva in esame trova anch'essa la ragion d'essere in un *limite materiale*, in quanto già nel 2002 sono stati adottati una serie di atti normativi relativi a tali servizi e alle reti di comunicazione elettronica nonché alle risorse e ai servizi associati, che già hanno posto in essere una dettagliata disciplina (direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7/03/2002 relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e all'interconnessione delle medesime; direttiva 2002/20/CE del 7/03/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica). Quest'ultima è ovviamente volta ad agevolare l'accesso alle relative attività nel mercato interno grazie, in particolare, all'eliminazione della maggior parte dei regimi di autorizzazione individuale. (10)

Altri interventi nel settore sono riconducibili alla direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7/03/2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica ; alla direttiva 2002/22/CE del PE e del Consiglio sempre del 7/3/2002, relativa al servizio universale; alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento e del Consiglio del 12/7/2002, inerente il trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

I principi posti da tali direttive, peraltro, si applicano non solo alle situazioni specificamente individuate in dette direttive, ma anche a casi per cui le direttive accordano esplicitamente agli Stati membri la facoltà

di adottare talune misure a livello nazionale.

Tutto questo ha per ovvia conseguenza la necessità che tale settore sia escluso dall'ambito di applicazione della direttiva in esame di carattere esterno in quanto dovute ad elementi esterni ovvero atti e norme già esistenti e regolatrici del settore in esame, al fine di evitare ab origine possibili conflitti di norme.

I servizi nel settore dei trasporti. Nella suddetta esclusione rientrano i trasporti urbani, i taxi e le ambulanze nonché i servizi portuali(11). Nel settore tutt' al più può intravedersi un *limite di carattere funzionale* dovuto agli interessi sempre più economici e molto poco sociali che investono il mercato di riferimento delimitato altresì dalla evidente mancanza di infrastrutture idonee e concorrenziali per gli investitori. In particolare, nei considerando della direttiva tali servizi sono definiti servizi d'interesse economico generale, ma non sono esplicitate le ragioni vere e proprie di un simile esclusione. In proposito va fatto un breve cenno "al caso italiano della liberalizzazione dei taxi" tanto discusso e dibattuto negli ultimi tempi a seguito dell'approvazione del primo "Decreto Bersani" convertito nella Legge 248/2006 sino ad arrivare al Testo coordinato del secondo pacchetto con la Legge di conversione nr. 40 del 2007 che in base agli artt. 3, 11, 41 e 117 della Costituzione, relativo alle materie di competenza statale della tutela della concorrenza e alle misure che rendono necessario un intervento normativo al fine di garantire il rispetto degli artt. 43,49, 81,82 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità Europea.

Da un'attenta lettura di tali provvedimenti legislativi ardentemente voluti dal legislatore italiano -sia antecedenti che successivi all'entrata in vigore della direttiva "de qua"- è possibile evincere che seppur rientrano nell'ambito della legislazione concorrente tra Comunità e Stati membri, essi non costituiscono certo una compiuta attuazione della direttiva "ex Bolkenstein", bensì una incompleta e farraginoso applicazione dei principi generali del Trattato in quanto essi eliminano soltanto "red-tape" normativi relativi ad alcuni settori tra cui, ad esempio, quello dei taxi, peraltro escluso dalla direttiva sui servizi nel mercato interno.

Ancora, per comprendere meglio la portata dell' intervento normativo italiano si ricorda- ad esempio- che i parrucchieri, le estetiste e i barbieri sono liberi di scegliere il giorno della chiusura settimanale del proprio esercizio. E' evidente che il termine "liberalizzazioni" in Italia è stato usato impropriamente, atteso che tale intervento forse altro non è che un' accentuata semplificazione di carattere squisitamente amministrativo e null'altro di più. L' Italia è ancora lontana dall' attuare la direttiva in esame, azione programmata solo di recente, con la Legge Comunitaria 2008.

Ed invero da un'attenta lettura dei Decreti Bersani in materia, emerge con chiarezza l'unico vero obiettivo dell' intervento legislativo, consistente nell'aumento del numero e nella semplificazione delle procedure di rilascio delle licenze, tant'è che se i parametri di riferimento della liberalizzazione dei servizi sono *la libertà di stabilimento* e *la libera prestazione di servizi* come già ampiamente sopra descritti, da quando è entrato in vigore il decreto di cui si discute, sul mercato italiano dei taxi ancora non si intravede, ad esempio, un consistente incremento delle cooperative di taxi quali esistono in altri paesi europei .

Solo con la Legge Comunitaria 2008, l' Italia si prepara a recepire la direttiva in esame; ed allora ci si chiede opportunamente, cosa accadrà in tale contesto quando il legislatore nazionale si soffermerà da un lato sulla suddetta esclusione e dall'altro su di una normativa nazionale che invece ha fatto tutt' altro, liberalizzando anticipatamente e disorganicamente un settore che invece secondo la direttiva in esame non doveva necessariamente essere aperto al mercato.

I servizi delle agenzie di lavoro interinale. Anche qui non si rinviene nei considerando alcuna motivazione o chiara spiegazione dell'esclusione di tale settore. Se ne dovrebbe dedurre, forse un *limite è operativo* atteso che probabili ragioni di ordine pubblico potrebbero influire sul corretto svolgimento di tali attività laddove liberalizzate.

I servizi sanitari. Il considerando di riferimento, nel caso di specie, giustifica tale esclusione, includendo anche i servizi farmaceutici forniti da professionisti del settore sanitario ai propri pazienti per valutare, mantenere o ripristinare le loro condizioni di salute, laddove tali attività

sono riservate a professionisti del settore sanitario e sono specificamente regolamentate nello Stato membro in cui i servizi vengono forniti. (12)

Ciò, secondo quanto indicato nella direttiva in esame, non incide sul rimborso dei costi dei servizi sanitari prestati in uno Stato membro diverso da quello in cui il destinatario del servizio risiede. La Corte di giustizia in numerose sentenze ha già esaminato la questione e riconosciuto i c.d. *diritti del paziente*, tant'è che il legislatore europeo si è riservato di affrontare la questione in un altro atto giuridico comunitario ai fini di maggiore certezza e chiarezza giuridica, allo stato non ancora affrontato, nella misura in cui essa non sia già oggetto del regolamento CEE nr.1408/71 del Consiglio del 14/06/1971 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale dei lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

La grande esclusione del settore sanitario ad avviso di chi scrive, provoca effetti del tutto negativi sulla collettività, in quanto appare del tutto violativa del diritto alla salute, che deve essere garantito a ciascuno sempre e comunque. In tale diritto è certamente incluso anche con il diritto a scegliersi cure, medici e strutture sanitarie idonee e organizzate in modo più efficiente o dotate di maggiori specializzazioni.

All'uopo va ricordato che l'attività medica in alcuni casi è esercitata senza vincoli di subordinazione, rientrando in tal modo tra le libere professioni sicché l'esclusione della stessa dal raggio d'azione delle liberalizzazioni delle libere professioni ex art. 50 del Trattato pone seri dubbi di uguaglianza, pari dignità e tutela che dovrebbe essere garantita a tutte le professioni, ancorché libere; e ciò sia in sede nazionale che comunitaria. Pertanto, tenuto conto delle considerazioni sopra dette, al caso di specie è possibile attribuire una ratio limitativa giustificata da *limiti funzionali, materiali ed operativi*.

I servizi audiovisivi e radiofonici. Qui entrano in gioco *limiti funzionali* dettati da motivi di ordine principalmente economico(13) e *limiti materiali* in quanto il considerando di riferimento, prevede l'esclusione al di là del modo di trasmissione(14), anche all'interno del cinema e non dovrebbe applicarsi agli aiuti erogati dagli stati membri nel settore audiovisivo oggetto delle norme comunitarie sulla concorrenza. (15)

Le attività di azzardo, intendendosi per tali i giochi e le scommesse. E' apparso opportuno escludere dal campo d'applicazione della direttiva i giochi con denaro, ivi comprese le lotterie e le scommesse, tenuto conto della natura specifica di tali attività, che comportano da parte degli Stati membri l'attuazione di politiche di ordine pubblico e di tutela dei consumatori. (16)

Alla luce delle motivazioni indicate dal legislatore europeo è significativo evidenziare che nel caso di specie emergono in pieno i *limiti operativi* che ostano ad una reale apertura del mercato dei servizi poc' anzi citato, come peraltro già evidenziato più volte dalla Corte di Giustizia della CE e dalla giurisprudenza italiana(17) che sono state chiamate a decidere sul punto e in particolare sulla compatibilità delle norme penali nazionali in tema di giochi e scommesse con le disposizioni del Trattato riguardanti la libertà di stabilimento.

Discorso diverso va fatto, ad esempio, in tema di libertà di stabilimento in caso di concessioni di servizi pubblici i quali, seppur esclusi, non sono esenti dal rispetto delle regole in tema di trasparenza e pubblicità in caso di rinnovo delle concessioni già esistenti. (18)

Con ciò si rileva un'evidente dilatazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi conseguente all'intervento della giurisprudenza comunitaria, poi compressa dalla produzione legislativa comunitaria e nazionale, frutto d'intese politiche ed economiche sempre meno attente ai caratteri istituzionali di uno Stato di diritto che innanzi alle motivazioni di cui sopra, frena e cede il passo a posizioni diverse a seconda delle esigenze, tranne gli interessi nazionali in grado di assicurarsi una salvaguardia efficace sul piano politico, e dunque a livello della legislazione statale.

Le attività collegate ai pubblici poteri. A tal proposito la direttiva chiarisce che le suddette attività sono quelle connesse con l'esercizio di pubblici poteri di cui all'art. 45 del Trattato. (19) Qui entrano in gioco *limiti funzionali* in quanto secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la valutazione di determinate attività, in particolare di quelle finanziate con fondi pubblici o esercitate da enti pubblici, deve essere

effettuata, per stabilire se costituiscono un "servizio", caso per caso alla luce delle loro caratteristiche, in particolare del modo in cui sono prestate, organizzate e finanziate nello Stato membro interessato. La Corte di giustizia ha ritenuto che la caratteristica fondamentale della retribuzione sia rappresentata dal fatto che essa costituisce un corrispettivo economico per i servizi prestati, ed ha riconosciuto che la caratteristica della retribuzione è assente nelle attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato senza corrispettivo economico nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario, quali i corsi assicurati nel quadro del sistema nazionale di pubblica istruzione o la gestione di regimi di sicurezza sociale che non svolgono un'attività economica. Il pagamento di una tassa da parte dei destinatari, ad esempio una tassa di insegnamento o di iscrizione pagata dagli studenti per contribuire in parte alle spese di funzionamento di un sistema non costituisce di per sé retribuzione in quanto il servizio continua ad essere essenzialmente finanziato con fondi pubblici. Queste attività non rientrano pertanto nella definizione di "servizio" di cui all'art. 50 del Trattato e sono pertanto escluse dal campo di applicazione della direttiva. (20)

I servizi sociali relativi agli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie e alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno. In tali settori si intravedono limiti operativi, in quanto essi sono essenziali per garantire i diritti fondamentali connessi con la dignità e l'integrità della persona e costituiscono una manifestazione dei principi di coesione e solidarietà sociale. (21) Inoltre, la direttiva in esame, in particolare non riguarda il finanziamento dei servizi sociali, né il sistema ad esso collegato. Essa non incide sui criteri o le condizioni stabilite dagli Stati membri per assicurare che tali servizi sociali effettivamente giovino all'interesse pubblico e alla coesione sociale. (22)

I servizi di sicurezza privata. L'esclusione di tali servizi dal raggio d'azione della direttiva in esame è giustificata dall'impegno legislativo europeo di regolamentare a breve con una normativa ad hoc il settore anche sulla spinta di numerosi interventi giurisprudenziali, che si sono susseguiti nel tempo(23) nonché da evidenti motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza.

A tal fine è opportuno ricordare il significato di ordine pubblico (chiarito dalla direttiva che ricalca in pieno l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza comunitaria) esso "comprende la protezione contro una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività e può includere, in particolare, questioni legate alla dignità umana. Analogamente, la nozione di pubblica sicurezza comprende le questioni di incolumità" (24), per cui nel caso di specie è possibile dedurre sia *limiti materiali che limiti operativi*.

Di talché emerge, altresì, un'evidente contraddizione tra le vedute del legislatore europeo, che ha escluso in modo rigoroso dalla direttiva il suddetto servizio lasciandolo, seppur temporaneamente, disciplinato da una normativa nazionale possibilmente restrittiva e quelle della giurisprudenza comunitaria, che dal canto suo, invece, considera incompatibile la normativa nazionale con i principi del Trattato, in quanto limitativa del diritto di stabilimento per le imprese che intendano offrire servizi di sicurezza privata.

I servizi forniti dai notai e ufficiali giudiziari nominati con atto ufficiale della pubblica amministrazione. L'esclusione di tale settore non è motivata in alcun modo considerando la direttiva né negli articoli di riferimento e forse l'unica e vera ragione sta in *limiti funzionali* volti a tutelare i settori economici di riferimento. Ed invero l'apertura del mercato in tali settori, avrebbe forse comportato solo il beneficio di minori costi, ma non di maggiore efficienza ed affidabilità ai consumatori e alla collettività tutta.

Il settore fiscale. La ragione dell'eliminazione dal campo di applicazione della direttiva sta nel Trattato che prevede basi giuridiche specifiche in materia fiscale rispetto alle norme comunitarie già adottate in questo ambito(25). Con ciò si evidenziano, quindi, limiti materiali che giustificano la scelta.

A conclusione della disamina fin qui citata occorre precisare che –

secondo la direttiva - tali servizi possono essere oggetto di esclusione solo in quanto ricorrano "*motivi imperativi di interesse generale*". Riguardo a quest' ultima nozione, la direttiva ha colto in pieno i suggerimenti forniti di volta in volta dalla giurisprudenza comunitaria chiamata ad esprimersi con riferimento agli artt. 43 e 49 del Trattato, la quale peraltro ha stabilito che essa fa riferimento all' ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica nonché -ai sensi degli artt. 46 e 55 del Trattato-, al mantenimento dell' ordine sociale, agli obiettivi di politica sociale, alla tutela dei destinatari di servizi, alla tutela dei consumatori, alla tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale degli stessi, al benessere degli animali, alla salvaguardia dell' equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, alla prevenzione della frode, alla prevenzione della concorrenza sleale, alla protezione dell' ambiente in generale e in particolare a quello urbano e rurale, alla tutela dei creditori, alla salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, alla sicurezza stradale ed infine alla tutela della proprietà intellettuale.

I settori oggetto delle suddette esclusioni sono conseguentemente assoggettati ad una limitata ed ibrida liberalizzazione che incide solo esclusivamente sui settori più deboli dell' economia con evidenti aspetti di contrasto con le norme riguardanti la tutela e la dignità della persona umana.

La loro ratio sembra poi porsi in risoluto contrasto con quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia nelle sentenze pronunciate di recente e già suesposte, che cercano di ampliare il raggio d'azione della liberalizzazione, censurando le norme nazionali incompatibili con la libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi prevista dal Trattato e colmando talvolta le lacune poste dalla direttiva.

E' infatti valido anche nella materia "de qua" il principio "*non licet venire contra factum proprium*", secondo il quale lo stato membro non può vanificare i diritti e le posizioni giuridiche che hanno la loro origine nel diritto soprannazionale attraverso l'inadempimento di precisi obblighi giuridici ad esso imposti dal diritto comunitario. Ne deriverebbe il mancato ottemperamento ad un imperativo morale, per dirla con Kant, strumentale alla piena attuazione delle direttive comunitarie e al compiuto sviluppo della personalità dei cittadini europei.

NOTE

(1) Dottoranda di ricerca in "Formazione del Diritto Europeo-Fondamenti Storico-Filosofici ed evoluzione del diritto positivo"; Facoltà di Giurisprudenza- Università degli Studi di Cassino

(2) Fritz Bolkenstein , commissario europeo per la concorrenza e il mercato interno dell' ex commissione Prodi , nel lontano anno 2003 ha avviato i lavori per l' approvazione della direttiva in esame , conclusi successivamente nel mese di novembre 2006 con il voto contrario della sinistra europea, dei verdi e 12 astensioni.

(3) Tito Ballarino – Manuale Breve di Diritto dell' Unione Europea – Seconda Edizione- Cedam 2007 – pagg. 315 e ss.

(4) Corte di Giustizia CE - Causa 205/84 , 4 –XII-1986 .

(5) CGCE 24-X-1978, causa 15/78 in Tito Ballarino – Manuale Breve , op. già cit. – pagg. 316 e ss.

(6) Considerando 17 della direttiva ex Bolkenstein.

(7) Considerando 33 della direttiva ex Bolkenstein.

(8) In particolare, la Corte di Giustizia ha ritenuto che il regime italiano di assegnazione delle frequenze per le attività di trasmissione radiotelevisiva è contrario alle pertinenti disposizioni del diritto comunitario, in quanto non rispetta il principio della libera prestazione dei servizi e non segue criteri di selezione obiettivi, trasparenti, non discriminatori e proporzionati. Il Consiglio di Stato, quale giudice del rinvio pregiudiziale, aveva sottolineato che nel nostro ordinamento il piano nazionale di assegnazione delle frequenze non è stato mai attuato, consentendosi agli occupanti di fatto delle frequenze di continuare le loro trasmissioni, nonostante i diritti dei nuovi titolari di concessioni. La Corte di Giustizia ha osservato, a tale riguardo, che l'applicazione in successione dei regimi transitori previsti dalla normativa nazionale a favore delle reti esistenti ha avuto come effetto quello di impedire l'accesso al mercato degli operatori privi di radiofrequenze, cristallizzando in tal modo le strutture del mercato nazionale e proteggendo la posizione degli operatori nazionali già attivi

su tale mercato. L' assegnazione in esclusiva, e senza limiti di tempo, delle frequenze ad un numero limitato di operatori, senza tener conto dei criteri generali su enunciati, è contraria ai principi del Trattato sulla libera prestazione di servizi. – (Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 31/1/2008 nel procedimento C- 380/05).

(9) GU L. 177 del 30/06/2006 pag. 1 in considerando nr. 18. Tali servizi sono esplicitamente esclusi ai sensi dell'art.2 e del considerando 18

(10) Considerando 19 e 20 della direttiva ex Bolkenstein.

(11) Considerando 17 e 21 della direttiva ex Bolkenstein.

(12) Considerando 22 della direttiva ex Bolkenstein.

(13) A tal proposito è interessante riportare brevemente le conclusioni dell' avvocato generale della Corte di Giustizia, in relazione alla domanda di interpretazione pregiudiziale dell' art. 11 della Direttiva 97/13/CE, promossa dal Tar Lazio nell' ambito del procedimento instaurato dalla Telecom Italia Spa per ottenere il rimborso delle somme versate nel 1998 come canone per licenza individuale per l'esercizio di servizi di telecomunicazione. La questione sottoposta alla Corte attiene alla legittimità della proroga stabilita da uno Stato membro fino al 1° gennaio 1999 della controprestazione pecuniaria a carico dei vecchi concessionari in esclusiva. Secondo l'avvocato generale, la Telecom Italia ha ragione ad affermare che, avendo cessato di essere l'unica prestatrice di servizi di telecomunicazione in Italia al 1° gennaio 1998, a quella data si è estinto il suo obbligo di pagare allo Stato un canone di concessione, e che nulla, de lege data o de lege ferenda, ne giustificerebbe la proroga.- (Conclusioni dell' Avvocato Generale della Corte CEE J. Kokott presentate il 25/10/2007 nella Causa C- 296/06).

(14) Secondo la Corte, una trasmissione, o parte di trasmissione, in cui un'emittente televisiva offre ai telespettatori la possibilità di partecipare, componendo immediatamente un numero telefonico speciale- e quindi a pagamento- ad un gioco a premi, rientra nella definizione di "televendita" ai sensi della Direttiva 89/552 CEE quando tale trasmissione costituisce una vera e propria offerta di servizi, tenuto conto dello scopo della trasmissione in cui si colloca il gioco, dell' importanza di quest'ultimo in termini di tempo e di ricadute economiche attese rispetto a quelle previste complessivamente per la detta trasmissione, nonché dell' orientamento dei quesiti posti ai candidati. La stessa trasmissione rientra invece nella definizione di "pubblicità televisiva" se, alla luce della finalità e del contenuto di tale gioco, nonché delle condizioni in cui sono presentati i premi in palio, esso consiste in un messaggio diretto ad incitare i telespettatori ad acquistare i beni e i servizi presentati come premio, o volto a promuovere indirettamente, in forma di autopromozione, le qualità dei programmi dell' emittente in questione- (Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 18/10/2007 nel procedimento C-195/06).

(15) Considerando 24 della direttiva ex Bolkenstein.

(16) Considerando 25 della direttiva ex Bolkenstein.

(17) Tra le tante questioni affrontate dalla giurisprudenza di cui sopra, una delle più dibattute riguarda la disciplina italiana relativa ai giochi d'azzardo e le scommesse, modificata dalla Legge nr. 388/2000 che ha introdotto gli artt. 4-bis e 4-ter della Legge 401/89, la cui compatibilità è stata criticata, segnatamente in punto di rispetto dei principi stabiliti dal Trattato in tema di libertà di stabilimento. In breve, la questione è stata risolta in prima battuta dalla Corte di Cassazione la quale ha ritenuto applicabile il nuovo sistema sanzionatorio e lo ha dichiarato compatibile con il diritto comunitario (Cassazione penale Sezione III, 14-V/4-VI-2002 sentenza nr. 21549). La vicenda tuttavia è stata portata innanzi alla Corte di Giustizia CE dal Tribunale di Fermo, nel procedimento *Gabelli* e altre 137 persone per violazione dell'art. 4 della Legge 401/89 come questione pregiudiziale. In particolare, il Tribunale di Fermo ha proposto alla Corte di Giustizia CE il seguente quesito " se vi sia incompatibilità, con conseguenti effetti nell' ordinamento giuridico interno, degli artt. 43 e ss. e 49 del Trattato CE in materia di libertà di stabilimento ed i libera prestazione di servizi transfrontalieri con una normativa nazionale, quale quella italiana di cui all' art. 4 nr. 1-4, 4-bis e 4-ter della Legge 401/89 (come da ultimo modificata dall' art. 37 nr. 5 Legge 388/2000), contenente divieti penalmente sanzionati di svolgimento delle attività , da chiunque o ovunque effettuate, di raccolta, accettazione, prenotazione e trasmissione di proposte di scommesse, in particolare su eventi sportivi, in assenza di presupposti concessori e autorizzatori prescritti dal diritto interno. La Corte di Giustizia CE a tal proposito ha affermato che in linea di principio vi è un' incompatibilità tra la normativa nazionale e quella

comunitaria anzidetta, ma trattandosi di questione pregiudiziale, ha assegnato al giudice italiano il compito di verificare se la normativa in questione “risponda realmente ad obiettivi tali da giustificarla e se le restrizioni che essa impone non risultino sproporzionate rispetto a tali obiettivi (Causa C- 243/01 decisa dalla Corte il 06/11/2003). Di seguito al Suprema Corte nel caso di specie ha confermato nuovamente la compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria e in particolare nella sentenza *Gesualdi* nr. 111/04 del 26/4/2004 ha sostenuto che l'art. 4 della Legge 401/89, e in particolare l'art. 4 bis in relazione all'art. 88 del TULPS, non sono incompatibili con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi. Va comunque specificato che tale compatibilità delle due normative è ampiamente giustificata, secondo la giurisprudenza recepita poi dalla direttiva sui servizi nel mercato interno, laddove vi siano altresì motivi imperativi di interesse generale volti a garantire ordine pubblico, sicurezza, salute e sanità.

(18) Benvero, la suddetta riflessione di recente è stata oggetto di una pronuncia significativa da parte della Corte di Giustizia della CE, sempre in tema di giochi e scommesse, la quale ha previsto che *“la Repubblica italiana, avendo rinnovato 329 concessioni per l'esercizio delle scommesse ippiche senza previa gara d'appalto, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 43 CE e 49 CE, e in particolare ha violato il principio generale di trasparenza nonché l'obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità. La Corte ha osservato che l'attribuzione della gestione e della raccolta di scommesse ippiche in Italia costituisce una concessione di servizio pubblico (in tal senso è la recente sentenza del 6 marzo 2007, Placanica) e benché i contratti di concessione di pubblici servizi, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 92/50, ciò nondimeno le pubbliche amministrazioni che stipulano sono tenute a rispettare le norme fondamentali del Trattato , ed in particolare il divieto di discriminazione in base alla cittadinanza”.* (sentenza nr. 0 del 13/09/2007- causa C-260/04)

(19) L'art. 45 comma 1 del Trattato “ sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri”.

(20) Considerando 34 della direttiva ex Bolkenstein

(21) Considerando 27 della direttiva ex Bolkenstein.

(22) Considerando 28 della direttiva ex Bolkenstein.

(23) A tal proposito, “ La Commissione europea ha addebitato alla Repubblica italiana di aver adottato una normativa nazionale in materia di servizi di vigilanza privata non compatibile con la libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento. La Corte di Giustizia ha accolto i rilievi della Commissione, censurando, in quanto contrarie al diritto comunitario, le disposizioni contenute nel TULPS che stabiliscono che : l'attività di guardia particolare possa essere esercitata solo previa prestazione di un giuramento di fedeltà alla Repubblica italiana; l'attività di vigilanza privata possa essere esercitata dai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro solo previo rilascio di un'autorizzazione del Prefetto con validità territoriale, senza tener conto degli obblighi cui tali prestatori sono già assoggettati nello Stato membro di origine; la detta autorizzazione abbia una validità territoriale limitata ed il suo rilascio sia subordinato alla considerazione del numero e dell'importanza delle imprese di vigilanza privata già operanti nel territorio in questione; le imprese di vigilanza privata debbono avere una sede operativa in ogni provincia in cui esse esercitano la propria attività; il personale delle suddette imprese debba essere individualmente autorizzato ad esercitare attività di vigilanza privata, senza tenere conto dei controlli e delle verifiche già effettuati nello Stato membro di origine; le imprese di vigilanza privata debbano utilizzare un numero minimo e/o massimo di personale per essere autorizzate; le imprese di cui trattasi debbano versare una cauzione presso la Cassa depositi e prestiti; i prezzi per i servizi di vigilanza privata siano fissati con autorizzazione del Prefetto nell'ambito di un determinato margine d'oscillazione. (Sentenza nr. 0 del 13/12/2007 – causa C- 465/05)”.

(24) Considerando 41 della direttiva ex Bolkenstein.

(25) Considerando 29 della direttiva ex Bolkenstein.

