

L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA SERVIZI. UNA NOTA INTRODUTTIVA (*)

di Enzo Maria Tripodi
Coordinatore INDIS-Unioncamere

1. Premessa

Riflettevo su una circostanza singolare. Non ho memoria – e non so voi – di altre direttive che siano contrassegnate da un “nome”. Evidentemente è più facile trasformare in “nemico” una persona che un testo legislativo. “Bolkestein”, poi, con la sua assonanza con quel tale che intendeva costruire un organismo con parti di cadavere ed ecco che ... il nemico è contraddistinto da un’aura tutt’altro che positiva.

Ma che cosa voleva fare il nostro Fritz?

Ha preso la “cenerentola” del Trattato CE – il mondo dei servizi – fornendo come chiave di lettura l’agire generale delle imprese. L’ha assunto per applicarlo alla pubblica amministrazione, affinché anche questa fosse veramente caratterizzata da un comportamento efficiente. Del resto la PA crea e distribuisce servizi ma lo fa da una visuale in base alla quale l’“interesse pubblico” diventa un termine autoreferenziale e, quindi, ostacolo alla stessa attività della PA.

Paradossalmente, ma non troppo, anche alle imprese viene chiesto di non ragionare sulla base di un “loro” interesse “particolare” ma di misurarsi in una dimensione più vasta, più concorrenziale, di lanciarsi verso le potenzialità di un grande mercato.

Dopo una lunga attività preparatoria, la Direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno è stata recepita, anche nel nostro paese, con il D.Lgs. n. 59/2010.

L’obiettivo è a tutti noto, ma non guasta ripeterlo. Per favorire la crescita economica e lo sviluppo della competitività, l’Europa ha deciso – anche per il mondo dei servizi – di procedere all’eliminazione degli ostacoli di ordine giuridico (legislativo ed amministrativo) che si frappongono all’effettivo esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori e della libera circolazione dei servizi all’interno del territorio degli Stati membri.

(*) Si tratta, con alcune “contaminazioni”, dell’intervento predisposto per il Seminario “La semplificazione amministrativa per le attività d’impresa”, organizzato dalla Camera di commercio di Lecce, il 17 dicembre 2010.

Di particolare rilievo appaiono le indicazioni – “tradotte” nel recepimento – finalizzate alla radicale semplificazione delle prescrizioni amministrative relative all’avvio ed all’esercizio delle attività imprenditoriali. In questa direzione, il ricorso esteso alla dichiarazione di inizio di attività (ora, Scia) e precisi vincoli alle limitazioni allo svolgimento di dette attività che possono essere previsti (o mantenuti) solo se giustificati da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica o tutela dell’ambiente, con le ulteriori condizioni che ciò sia conforme ai principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità.

Gli ostacoli che l’Unione europea intende rimuovere, a ben vedere, non sono solo quelli normativi ma anche quelli di matrice culturale. Le norme si evolvono e si sviluppano, secondando quello che è l’humus posto alla base dell’oggetto della disciplina, sicché la “rivoluzione” attesa richiede che le imprese, in specie le PMI, maturino la condizione di dover “pensare” ad un mercato più vasto che, finora, era, per varie motivazioni, difficile da raggiungere. Ora, tali vincoli sono venuti a cadere e si apre un mondo di possibilità di competere, di misurare la propria idea imprenditoriale in un confronto sicuramente più stimolante.

L’essenza della Direttiva “Bolkestein” è questa. I mercati “domestici” non assicurano più prospettive di crescita o, quantomeno, le consentono in limiti economici ormai evidenti; servono le capacità di “ragionare” con le prospettive di andare a cercare mercati più profittevoli, con la spinta derivante anche dal fatto che le imprese degli altri paesi europei faranno altrettanto. Da una parte si avrà, dunque, che nostre imprese “mature” emergeranno all’esterno dei nostri confini in un agone ricco di dinamiche fertili mentre, quelle che riterranno di restare “in casa” dovranno, per forza di cose, ristrutturare le proprie attività (in termini di efficienza e di economicità), in vista dell’entrata nel nostro sistema di imprese europee.

Per accompagnare questo cambiamento, sono stati approntati alcuni strumenti, tra i quali – anche per il potenziale coinvolgimento del sistema delle Camere di commercio – è d’obbligo segnalare la revisione dello Sportello unico delle attività produttive. Il SUAP, come a tutti è noto, ha avuto una vita difficile, segnata da continue modifiche della sua disciplina, segno evidente di un sogno che sembrava dovesse restare tale. La Direttiva Servizi ha dato la ‘spinta’ propulsiva verso il cambiamento in cui il SUAP e le Agenzie per le imprese, diventeranno strumenti di semplificazione e di miglioramento del contesto in cui operano le nostre imprese, troppo spesso costrette ad attendere tempi “burocratici”, quasi che cercare di entrare nel mercato (e quindi produrre ricchezze per tutti) fosse un potenziale pericolo.

Tutte le evoluzioni sono, da sempre, accompagnate dal timore verso il futuro, da quello che succederà. Ma i dubbi e le incertezze debbono lasciare il posto alla speranza che le prospettive e le possibilità sono di fronte a noi. E’ ora giunto il momento di coglierle.

2. Il mercato dei servizi nella direttiva servizi e nell’attuazione

La rilevanza della liberalizzazione dei servizi, oltre che per questioni prettamente giuridico-regolamentari, ha una matrice di tipo economico: parliamo, infatti, di un giro di affari stimato dalla Commissione in una cifra che varia da 60 a 140 miliardi di euro a vantaggio del sistema delle PMI, un insieme di operatori che, solo nell'8% dei casi, operano al di fuori dei confini del proprio Stato di appartenenza. E non si fa difficoltà a comprenderlo, dopo il sostanziale fraintendimento collegato alla regola del "paese di origine" che ha generato più di un "sospetto" rispetto alla preoccupazione di vedersi "invasi" dall'idraulico polacco o dalla badante rumena (tanto per fare due esempi).

La direttiva "servizi" (2006/126/CE del 12 dicembre 2006) – meglio nota come "Bolkestein" – segna un passaggio fondamentale nel diritto comunitario. Anzitutto, come si diceva, fornisce una esplicitazione "generale" sulla circolazione dei servizi. In secondo luogo, costituisce, per molti aspetti, la vera partenza del mercato interno, dopo il sostanziale fallimento della strategia di Lisbona che non è stata in grado di conseguire gli obiettivi di rendere l'economia europea più competitiva ed efficiente.

Ciò, però, è un problema ormai "storico" dell'Unione europea che, ogniquale volta vi è un "allargamento" ad altri Stati, fatica a procedere in avanti, ma, piuttosto, tende ad irrigidirsi come a "difendersi" da un attacco. Per altro appare chiaro che un progetto politico ha una sua dinamica mentre, a livello di coesione economica con i *newcomers*, i problemi sono di ben altra e complessa matrice: non è sufficiente la sottoscrizione di un trattato per risolverli.

Un evidente segnale di una potenziale crisi di "rigetto" è stata palesata dalle resistenze alla stesura della direttiva, prima, ed al recepimento nazionale, poi. Ma, ormai, il cantiere appare aperto in quel sostanziale *work in progress* che la Commissione europea ha proiettato – superando il passo falso di Lisbona – nella nuova strategia "Europa 2020" per "Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" (Comunicazione del 3 marzo 2010 COM (2010) 2020).

In questa Comunicazione, la Commissione chiede agli Stati membri, tra le altre cose, di "ridurre gli oneri amministrativi per le imprese e migliorare la qualità della normativa applicabile alle imprese". Con riferimento ai servizi, "l'Unione dovrà garantire il corretto funzionamento e collegamento dei mercati, in modo da trasformare la concorrenza e l'accesso da parte dei consumatori in fattori di stimolo per la crescita e l'innovazione. Occorre creare un mercato unico aperto per i servizi in base alla direttiva sui servizi, garantendo al tempo stesso la qualità dei servizi forniti ai consumatori. La piena attuazione della direttiva sui servizi potrebbe aumentare gli scambi di servizi commerciali del 45% e gli investimenti esteri diretti del 25%, con un conseguente incremento del PIL compreso tra lo 0,5% e l'1,5%".

Occorre – prosegue la Commissione – migliorare l'accesso delle PMI al mercato unico e (...) Il coinvolgimento dei cittadini è necessario ai fini della loro piena partecipazione al mercato unico. In tal senso, occorre offrire loro maggiori possibilità e dare loro maggiori garanzie per quanto riguarda l'acquisto di beni e servizi oltrefrontiera, soprattutto *on line*.

Per eliminare le strozzature esistenti nel mercato unico, la Commissione proporrà, tra le altre, misure volte a: rafforzare le strutture affinché le misure del mercato unico, tra cui la regolamentazione delle reti, la direttiva sui servizi e il pacchetto sulla regolamentazione e la vigilanza dei mercati finanziari, siano attuate in modo tempestivo e corretto, garantirne un'applicazione efficace e risolvere rapidamente gli eventuali problemi.

Fin qui le intenzioni. Vediamo ora i fatti.

3. L'attuazione della direttiva. La parte prima.

La direttiva 2006/126/CE – dopo un lungo lavoro che ha visti impegnati lo Stato e le Regioni – è stata recepita con il D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, recante l'“Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno”.

Nella Relazione di accompagnamento al decreto si evidenzia come, nel caso di specie, non si trattasse della trasposizione nell'ordinamento italiano di disposizioni comunitarie ma di giungere ad una armonizzazione delle discipline nazionali “a compasso allargato” e, quindi, sulla base dell'applicazioni di alcuni principi generali a tutta la disciplina interna considerata toccata dagli obiettivi dell'azione comunitaria.

I capisaldi sono i seguenti:

a) armonizzazione dei regimi normativi concernenti l'*accesso* e l'*esercizio* dell'attività di prestazione dei servizi. Per quanto attiene all'accesso, la previsione di requisiti particolari è ammessa solo quando giustificata da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica o tutela dell'ambiente, fermi restando i noti principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in base ai quali i limiti sono ammissibili tenuto conto della non discriminazione, necessità e proporzionalità dell'intervento;

b) razionalizzazione delle relative procedure e semplificazione amministrativa;

c) eliminazione dei regimi autorizzatori, salve eccezioni motivate;

d) creazione di un sistema telematico comunitario per lo scambio delle informazioni tra gli Stati membri (e la Commissione), al fine “guidare” gli operatori al libero scambio di servizi.

Il Decreto consta di tre partizioni. Nella prima, divisa in più Titoli, sono contenuti i profili generali della materia, senza particolari differenze con quanto previsto dalla Direttiva (che ha “inglobato” una summa di *dicta* della Corte di giustizia UE). La seconda parte attiene, invece, ai procedimenti nazionali che vengono “adequati” alla nuova disciplina di convergenza sovranazionale. Infine, la terza parte contiene alcune disposizioni finali, tra le quali la clausola di “cedevolezza” nei rapporti tra Stato e Regioni (art. 84).

Concentrando l'attenzione sulla prima parte, si segnaleranno, di seguito, le principali indicazioni per una breve “guida alla lettura”.

Il Decreto, invece di iniziare con le “definizioni” come da notorio stile nel *drafting* comunitario, si apre con una disposizione di livello generale, ossia l’ambito disciplinare che è collegato “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”. Si tenga conto che i servizi non economici non costituiscono “servizi” ai sensi del decreto.

Nonostante la rubrica dell’art. 1 si riferisca ad “Oggetto e finalità”, a ben vedere, appare più congegnato per delle indicazioni d’ordine politico-legislativo, ossia sulle competenze in capo allo Stato, con la salvaguardia dei principi generali contenuti nella parte prima del decreto nei confronti delle Regioni a statuto speciale. Nelle materia di competenza concorrente, le regioni e le province autonome esercitano la potestà normativa nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nelle norme del decreto.

Seguono poi le numerose ipotesi di esclusione (artt. 2-7) che sono:

a) le attività connesse con l'esercizio di pubblici poteri, quando le stesse implicino una partecipazione diretta e specifica all'esercizio del potere pubblico e alle funzioni che hanno per oggetto la salvaguardia degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche;

b) la disciplina fiscale delle attività di servizi;

c) i servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico;

d) 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 forniti da amministrazioni pubbliche, da prestatori da esse incaricati o da associazioni che perseguono scopi caritatevoli;

e) i servizi finanziari, ivi inclusi i servizi bancari e nel settore del credito, i servizi assicurativi e di riassicurazione, il servizio pensionistico professionale o individuale, la negoziazione dei titoli, la gestione dei fondi, i servizi di pagamento e quelli di consulenza nel settore degli investimenti;

f) gli altri servizi finanziari soggetti a mutuo riconoscimento;

g) i servizi di comunicazione (a parte quanto disposto ai titoli IV e V della parte prima del decreto);

h) i servizi di trasporto aereo, marittimo, per le altre vie navigabili, ferroviario e su strada, ivi inclusi i servizi di trasporto urbani, di taxi, di ambulanza, nonché i servizi portuali e i servizi di noleggio auto con conducente. Vi rientrano invece servizi come quelli di: a) scuola guida; b) trasloco; c) noleggio di veicoli e unità da diporto; d) pompe funebri; e) fotografia aerea, in quanto il trasporto è meramente strumentale alla prestazione del “vero” servizio richiesto;

i) i servizi di somministrazione di lavoratori forniti dalle agenzie per il lavoro, autorizzate;

l) i servizi sanitari e a quelli farmaceutici forniti direttamente a scopo terapeutico nell'esercizio delle professioni sanitarie, indipendentemente dal fatto che vengano prestati in una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione, di finanziamento e dalla loro natura pubblica o privata;

m) i servizi audiovisivi, ivi compresi i servizi cinematografici, a prescindere dal modo di produzione, distribuzione e trasmissione, e i servizi radiofonici;

n) il gioco d'azzardo e di fortuna comprese le lotterie, le scommesse e le attività delle case da gioco, nonché alle reti di acquisizione del gettito;

o) i servizi privati di sicurezza;

p) i servizi forniti da notai, in virtù delle attività connesse alla pubblica fede (diversamente da quanto concerne gli avvocati).

L'art. 8 contiene l'elenco delle definizioni. In particolare, come detto, la nozione di "servizio" concerne solo quelli di tipo economico (cioè prestati dietro corrispettivo) escludendosi quelli di interesse generale. Vi rientrano, al contrario, quelli di interesse generale che abbiano connotati economici (servizi postali, gas, elettricità) ma con un regime particolare, ossia qualora l'applicazione delle disposizioni del decreto non ostino all'adempimento della missione principale del servizio. In altre parole se non c'è un regime di concorrenza (lecito) le disposizioni non si applicano.

Il "regime di autorizzazione" consiste in qualsiasi procedura, non inerente alle misure applicabili a norma del D.Lgs. 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 DIA (divenuta, come si dirà, Scia). Vengono quindi fatte salve le procedure relative alla c.d. direttiva sulle "qualifiche professionali"¹

Per "requisito" s'intende qualsiasi regola che imponga un obbligo, un divieto, una condizione o un limite al quale il prestatore o il destinatario debba conformarsi ai fini dell'accesso ed esercizio della specifica attività esercitata e che abbia fonte in leggi, regolamenti, provvedimenti amministrativi ovvero in disposizioni adottate da ordini, collegi e albi professionali; *non costituiscono requisiti le disposizioni in materia ambientale, edilizia ed urbanistica, nonché quelle a tutela della sanità pubblica, della pubblica sicurezza, della sicurezza dei lavoratori e dell'incolumità delle persone e che si applicano indistintamente ai prestatori nello svolgimento della loro attività economica e ai singoli che agiscono a titolo privato.*

¹ I rapporti tra la direttiva 2005/36/CE (c.d. Direttiva "professioni") sono indicati dall'art. 3, comma 1, della direttiva servizi, laddove si stabilisce che se disposizioni della direttiva stessa 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 rientra la Direttiva 2005/36/CE. Esiste quindi un rapporto di evidente complementarietà tra i due strumenti normativi: per ciò che attiene alla qualifica professionale (titoli di studio, equipollenza, ecc...), ossia al percorso formativo, si rientra nella direttiva 2005/36/CE mentre per ciò che riguarda l'iscrizione in albi professionali, elenchi e simili che condizionano l'esercizio della professione, si rientra nella direttiva 2006/123/CE.

In via di principio – ma nei limiti del decreto! – l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie. Qualora serva una “comunicazione” è la DIA di cui all'art. 19, comma 2, della legge n. 241/1990, come riformulato dal Decreto in commento.

L'art. 11 elenca i requisiti che non possono essere richiesti per subordinare l'accesso o l'esercizio delle attività di servizi.

In parziale contraddizione, l'art. 12 elenca una serie di requisiti limitativi che sono ammissibili qualora sussistano:

- a) motivi imperativi di interesse generale;
- b) sia rispettato il principio di proporzionalità;
- c) sia rispettato il principio di non discriminazione.

Tali limiti trovano applicazione ai servizi di interesse economico generale per i quali non sono previsti regimi di esclusiva, nella misura in cui ciò non sia di ostacolo alla specifica missione di interesse pubblico.

la previsione, da parte dello Stato, di disposizioni “limitate” ex art. 12 è soggetta alla previa notifica alla Commissione europea.

4. Il regime autorizzatorio

Il Capo II prevede le regole generali per i regimi di tipo autorizzatorio.

Tolte le disposizioni relativi alle professioni regolamentate (albi, ruoli e collegi professionali) e quelle di derivazione comunitaria (cioè soggette a disciplina di settore), sono previsti regimi autorizzatori solo con riferimento a motivazioni inerenti motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità. Le Regioni, nelle materie concorrenti, possono istituire o mantenere albi, elenchi, sistemi di accreditamento e ruoli, solo nel caso in cui siano previsti tra i principi generali determinati dalla legislazione dello Stato.

Il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi può essere limitato solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili².

Nella previsione di un regime autorizzativo (qualora ammissibile) è richiesta la predisposizione di condizioni:

- a) non discriminatorie;

² La giustificazione circa il mantenimento di regimi autorizzatori (ex art. 10) passa, dunque, attraverso alcuni momenti:

1) Motivi imperativi di interesse generale (art. 4, n. 8);

2) c.d. test di “Suitability” (adeguatezza);

3) Principio di proporzionalità, ossia deve essere spiegato nel dettaglio che l'obiettivo perseguito non può essere raggiunto tramite una misura meno restrittiva e nella relazione deve emergere che sono state valutate tutte le possibili alternative ma che, nonostante ciò, si è ritenuto impossibile far venire meno il regime autorizzatorio.

- b) giustificate da un motivo imperativo di interesse generale;
- c) commisurate all'obiettivo di interesse generale;
- d) chiare ed inequivocabili;
- e) oggettive;
- f) rese pubbliche preventivamente;
- g) trasparenti e accessibili.

Se il prestatore – sulla base della sua comunicazione o del suo Stato membro – hanno requisiti “assimilabili” viene considerata verificata l'idoneità del prestatore.

Se i titoli autorizzatori sono limitati è necessaria l'adozione di una procedura di selezione tra i candidati rispetto alla quale le autorità competenti possono tener conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario. Dette motivazioni devono però essere esplicitate chiaramente nei relativi provvedimenti.

I titoli legati a limitazioni derivanti dalla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili sono sempre rilasciati per una durata limitata e non possono essere soggetti a rinnovo automatico.

Di regola il procedimento autorizzatorio è “sostituito” dalla DIA immediata (ora Scia)³. non è richiesta l'adozione di un provvedimento espresso salvo che sussista un motivo imperativo di interesse generale. Ciò, data l'eccezionalità della previsione, vuol dire che dovranno essere giustificati sia la previsione di un regime autorizzatorio, sia la necessità che questo richieda la sua conclusione con un provvedimento espresso.

Secondo quanto segnalato dalla Relazione al decreto, non possono essere considerati regimi autorizzatori i procedimenti che permettono l'acquisizione di una qualifica professionale e, comunque, le disposizioni istitutive e relative ad ordini, collegi e albi professionali (v. l'art. 14).

Il termine per la conclusione del procedimento decorre dal momento in cui il prestatore ha presentato tutta la documentazione necessaria ai fini dell'accesso all'attività e al suo esercizio. Questi ha diritto ad una ricevuta che contenga:

- a) il termine previsto per la conclusione del procedimento e i casi in cui la sua decorrenza subisca un differimento o una sospensione;
- b) i mezzi di ricorso previsti;

³ Prima delle modifiche all'art. 19 della L. n. 241/1990 che hanno trasformato la DIA in Scia, si potevano distinguere due modalità di dichiarazione: a) la DIA *ad efficacia differita* equivalente ad un regime autorizzatorio, seppur semplificato (per la quale vale, rispetto alle discipline regionali, l'art. 84 del D.Lgs. n. 59/2010, c.d. *clausola di cedevolezza*); la DIA *immediata* che, dato il suo carattere, non rientra nel regime autorizzatorio e, quindi, non serve giustificazione né notifica alla Commissione UE, qualora sia indicata nelle discipline di avvio delle attività di servizio.

c) fatti salvi i casi in cui il procedimento si conclude con l'adozione di un provvedimento espresso, la menzione che, in mancanza di risposta entro il termine previsto, l'autorizzazione è considerata come rilasciata.

Quando la domanda è presentata per via telematica la ricevuta è inviata tramite posta elettronica (non si dice se certificata o meno).

L'autorizzazione – secondo quanto disposto dall'art. 19 - permette al prestatore di accedere all'attività di servizi e di esercitarla su tutto il territorio nazionale, anche mediante l'apertura di rappresentanze, succursali, filiali o uffici. Sono fatte salve le ipotesi in cui la necessità di un'autorizzazione specifica o di una limitazione dell'autorizzazione ad una determinata parte del territorio per ogni stabilimento sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale.

L'autorizzazione ha durata illimitata, salvo che non ricorra uno dei seguenti casi:

a) previsione di un rinnovo automatico, purché compatibile con le disposizioni del presente decreto;

b) previsione di una limitazione numerica dei titoli che possono essere rilasciati;

c) limitazione della durata giustificata da un motivo imperativo di interesse generale.

Restano salvi i casi in cui la decadenza dall'autorizzazione, la sospensione o la revoca conseguono al venir meno delle condizioni cui è subordinato il suo ottenimento.

Le autorità competenti possono periodicamente verificare la persistenza delle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, anche richiedendo al prestatore le informazioni e la documentazione necessarie.

E' consentita la previsione di un termine, anche a pena di decadenza, entro il quale il prestatore deve iniziare l'attività per la quale ha conseguito il titolo, salvo che non vi siano giustificati motivi per il mancato avvio.

5. La libera prestazione di servizi

Il Titolo III attua la libera circolazione dei servizi, ossia la “libera prestazione” occasionale e temporanea da parte di prestatori con sede in altri paesi comunitari. A questi si applicano le disposizioni nazionali solo se sussistono ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità.

L'art. 21 indica i requisiti che non possono essere chiesti ai prestatori di altri paesi comunitari, salve deroghe previste in quanto giustificate da motivi imperativi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, in conformità con i principi di non discriminazione e

proporzionalità. Quando viene prestato un servizio attraverso distacco di dipendenti che operano nel nostro paese di un soggetto stabilito in altro stato membro valgono, per il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori.

Non è ammessa la libera prestazione per una serie di servizi indicati all'art. 22, tra i quali i servizi postali, di fornitura elettrica, gas, etc.

L'art. 24 chiarisce che i prestatori di servizi stabiliti in Italia possono avvalersi, in caso di prestazione temporanea od occasionale, dei diritti e delle facoltà attribuite ai prestatori comunitari nell'esercizio del diritto della libera prestazione di servizi. La norma ha lo scopo di evitare le c.d. discriminazioni *a contrario* di soggetti nazionali, principalmente nel caso di spostamento sul territorio - ai fini di una prestazione temporanea od occasionale - del prestatore che disponga di un'autorizzazione territorialmente limitata. Attraverso il rinvio all'art. 20, comma 3, analoga facoltà viene riconosciuta nell'ipotesi di libera prestazione di servizi professionali, in relazione ai casi in cui il riconoscimento della qualifica professionale abbia un'efficacia territorialmente circoscritta. La disposizione chiarisce che, in tal caso, il prestatore nazionale può giovare delle norme sulla libera prestazioni di servizi contenute nel D.Lgs. n. 206/2007.

Il Titolo V prevede delle disposizioni anche a tutela dei destinatari dei servizi, tra le quali il diritto a non essere discriminato. Vi è poi un obbligo di *disclosure* informativa che grava sui prestatori che sono tenuti a rendere una serie di informazioni in modo chiaro e senza ambiguità, in tempo utile prima della stipula del contratto o in ogni caso prima della prestazione del servizio.

Le informazioni sono le seguenti:

a) nome, status e forma giuridica, indirizzo postale al quale sono stabiliti e tutti i dati necessari per entrare rapidamente in contatto e comunicare con i prestatori direttamente e, se del caso, per via elettronica;

b) ove siano iscritti in un registro commerciale o altro registro pubblico analogo, la denominazione di tale registro e il numero di immatricolazione o mezzi equivalenti atti ad identificarli in tale registro;

c) ove l'attività sia assoggettata ad un regime di autorizzazione, i dati dell'autorità competente o dello sportello unico;

d) ove esercitino un'attività soggetta all'IVA, il numero di partita IVA;

e) per quanto riguarda le professioni regolamentate, gli ordini professionali, albi o collegi presso i quali sono iscritti, la qualifica professionale e lo Stato membro nel quale è stata acquisita;

f) eventuali clausole e condizioni generali applicate dal prestatore;

g) esistenza di eventuali clausole contrattuali utilizzate dal prestatore relative alla legge applicabile al contratto o alla giurisdizione competente;

h) esistenza di un'eventuale garanzia post vendita, non imposta dalla legge;

i) prezzo del servizio, laddove esso è predefinito dal prestatore per un determinato tipo di servizio;

l) principali caratteristiche del servizio, se non già apparenti dal contesto;

m) eventuale assicurazione o le garanzie per responsabilità professionale, in particolare il nome e l'indirizzo dell'assicuratore o del garante e la copertura geografica.

I prestatori scelgono le modalità, attraverso le quali fornire al destinatario *prima della stipula del contratto* o, in assenza di contratto scritto, *prima che il servizio sia prestato*, le informazioni di cui al comma precedente, tra le seguenti:

a) comunicandole di propria iniziativa;

b) rendendole facilmente accessibili sul luogo della prestazione del servizio o di stipula del contratto;

c) rendendole facilmente accessibili per via elettronica tramite un indirizzo comunicato dal prestatore;

d) indicandole in tutti i documenti informativi che fornisce al destinatario per presentare dettagliatamente il servizio offerto.

L'art. 31, comma 3, prevede anche delle informazioni supplementari che il destinatario può richiedere.

Sono poi previste disposizioni sulle modalità di soluzione delle controversie (art. 32), la non necessità di una assicurazione di responsabilità professionale (se il prestatore dispone di una copertura analoga nel suo paese di provenienza) (art. 33). Le comunicazioni commerciali – per le quali, se *on line*, si applica il decreto sul commercio elettronico – non possono essere limitate per le professioni regolamentate salvo se non ricorrano giustificazioni legate a motivi imperativi di interesse generale nel rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità.

6. Complicazioni e semplificazioni: dalla Dia alla Scia

Il D.Lgs. n. 59/2010 non aveva ancora cominciato a diventare *effettivo* che l'art. 19 della L. n. 241/1990, veniva nuovamente modificato, il che la dice lunga sulla coordinazione degli atti legislativi, soprattutto quando riguardano la certezza e la rilevanza di “situazioni” che possiamo collegare ad un diritto – l'art. 41 – garantito dalla Costituzione.

Il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, recante “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica”, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, ha riformulato l'art. 19 della L. n. 241/1990, sostituendo la DIA (Dichiarazione di inizio di attività) con la Scia (Segnalazione certificata di inizio di attività). Un altro cambio di direzione, quando ancora non era certa la natura giuridica della stessa DIA, ora intesa quale succedaneo di un provvedimento (che seguiva al silenzio della PA), ora – al contrario – quale mero atto privatistico, improduttivo di un implicito assentimento da parte della P.A. e non avente, pertanto, alcuna valenza

provvedimentale. Due ipotesi piuttosto distanti – quanto ad effetti e tutela – rispetto alle quali il legislatore ha mantenuto una certa ambiguità, utilizzandoli – d’occasione – quali mezzi al fine di propagandare una miglioria nella capacità delle imprese di iniziare delle attività, grazie alla “semplificazione”.

La Scia, pur restando immutati gli ambiti in cui non può essere impiegata rispetto alla DIA, reca una vistosa novità. L’attività oggetto della “segnalazione” può essere iniziata sin dalla data della presentazione all’amministrazione competente, sicché la soluzione “bifronte” della DIA ad effetto immediato e della DIA ad effetto differito, benché fresca di “codifica” con il D.Lgs. n. 59/2010, è stata soppressa. La Scia è sempre e solo immediata.

Vengono poi riportati a 60 giorni i termini entro i quali l’Amministrazione può esercitare i suoi poteri di verifica e controllo e di inibizione (e rimozione, laddove possibile) degli effetti. Il decorso del termine, comunque, non consente lo svolgimento delle attività “segnalate”, qualora: a) i documenti allegati alla Scia siano frutto di reati, ovvero, b) nel caso di pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l’ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale, previo motivato accertamento dell’impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell’attività dei privati alla normativa vigente.

L’art. 49, comma 4-ter, della L. n. 122/2010, stabilisce inoltre che:

a) le espressioni “*segnalazione certificata di inizio attività*” e “*Scia*” sostituiscono, rispettivamente, quelle di “*dichiarazione di inizio attività*” e “*Dia*”, ovunque ricorrano, anche come parte di un’espressione più ampia;

b) la disciplina contenuta nel nuovo art. 19 della L. n. 241/1990 si applica ai regimi di DIA presenti in qualsiasi normativa statale e regionale.

Tuttavia, l’intervento normativo, frutto di un emendamento e, quindi, non previamente meditato nella presentazione della legge di conversione, crea qualche problema⁴, il primo dei quali concerne l’applicazione della Scia alle fattispecie di attività previste dal Testo unico dell’edilizia (DPR n. 380/2001).

⁴ La Regione Emilia-Romagna ha proposto la questione di incostituzionalità, tra l’altro, dell’art. 49 della legge n. 133/2010 sulla base dei seguenti rilievi:

a) la dettagliata previsione dei moduli procedurali della Scia (che, ai sensi del comma 4-ter del medesimo art. 49 l. 122/2010, sono destinati a sostituire automaticamente tutte le discipline regionali in materia di Dia) finisce – con riferimento agli ambiti non edilizi – per invadere la competenza regionale in molti ambiti di legislazione residuale regionale ex art. 117, comma 4, cost.: in particolare con riferimento a commercio, artigianato, turismo e attività produttive in genere;

b) con riferimento specifico alla Dia edilizia, la previsione per cui la Scia consente in ogni caso l’immediato avvio dell’attività rappresenta una regola di dettaglio, in quanto tale preclusa allo Stato in una materia – quella del governo del territorio (cui, come noto, è riconducibile l’edilizia) – demandata alla potestà legislativa concorrente: con conseguente limitazione della potestà statale alla sola fissazione dei principi. Nell’imporre non solo la Dia - ora Scia - in luogo del permesso edilizio, ma nel disciplinare le modalità stesse di funzionamento della Scia, il momento nel quale il “segnalante” può realizzare il progetto (più che iniziare una attività, come la denominazione dovrebbe far pensare), nel disciplinare i tempi ed i limiti del potere o dovere di controllo dell’amministrazione, lo Stato ha chiaramente superato i limiti della propria potestà legislativa concorrente di principio in materia di governo del territorio, come posta dalla Costituzione e precisata dalla giurisprudenza costituzionale;

c) Il comma 4-ter stabilisce che: 1) la disciplina della Scia, nella sua integralità, attiene alla tutela della concorrenza e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. e) ed m), Cost.; 2) la medesima disciplina “sostituisce direttamente [...] quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale”. L’indicazione dei pretesi

Detto Testo unico, normativa speciale rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo, prevede alcune ipotesi di “denuncia” di inizio di attività (che, quindi, non sono “dichiarazioni”), con relativo apparato sanzionatorio. Nonostante l'improprietà “definitoria” e “lessicale” del Legislatore e pur tenendo conto del dato formale (che ha, comunque, una sua rilevanza), siamo dell'avviso che il nuovo “modello” di DIA immediata, ora divenuta Scia, si applichi anche per le attività del settore edilizio, data la chiara l'intenzione di procedere ad uno “snellimento” dei tempi e delle procedure concernenti l'attività di impresa.

Qualche perplessità, al contrario, resta in piedi sul regime sanzionatorio della Scia. L'ultimo comma dell'art. 19, come riformulato, prevede che “chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni”, ove, formula di rito, “il fatto non costituisca più grave reato”. Nel mentre è rimasto tale è quale l'art. 21, comma 1, che prevede una sanzione fino a due anni, collegata all'art. 483 cod. pen.

Va bene l'attenzione alla semplificazione del procedimento ma anche le disposizioni sanzionatorie richiedono la giusta considerazione. L'art. 76 del

“titoli” della disciplina, e degli effetti sulla normativa precedente, anche di fonte regionale, rende palese l'intendimento del legislatore statale di dettare una normativa completa, autosufficiente, non derogabile dai legislatori locali. Ma ciò ne determina l'illegittimità costituzionale.

Premesso che la autoqualificazione operata dal legislatore non è vincolante è da contestare anzitutto che la disciplina sulla Scia attenga effettivamente ai “livelli essenziali delle prestazioni” di cui alla lettera m) dell'art. 117, comma 2, Cost. La giurisprudenza costituzionale ha in effetti precisato, in positivo, che la lettera m) consente allo Stato solo di fissare “standard strutturali e qualitativi delle prestazioni da garantire agli aventi diritto” (sentt. 10/2010, 207/2010). Con le disposizioni sulla conferenza di servizi e sulla Scia non si stabilisce invece alcuno standard quantitativo o qualitativo di prestazioni determinate, attinenti a questo o a quel “diritto” civile o sociale garantito dalla stessa Costituzione (sentenze 387/2007 e 10/2010). Al contrario, viene regolato in un certo modo lo svolgimento della attività amministrativa, in settori vastissimi ed indeterminati, alcuni di indiscutibile competenza regionale, quali il governo del territorio, la tutela della salute, l'ordinamento degli uffici regionali, l'artigianato, il turismo, il commercio ..., materie spettanti alla Regione in forza dell'art. 117, commi 3 e 4 Cost. Con ciò però si violano le norme costituzionali citate, per cui la disciplina delle funzioni amministrative di regola non può che spettare allo Stato o alla Regione secondo il riparto delle competenze per materia. Ed è evidente che lo Stato non può, semplicemente appellandosi alla fissazione dei livelli essenziali, riservarsi la regolamentazione di interi settori materiali: come codesta ecc.ma Corte costituzionale ha espressamente escluso con la sentenza 371/2008);

d) Il comma 4-ter dichiara come proprio fondamento costituzionale anche la “tutela della concorrenza”, oltre ai livelli essenziali delle prestazioni. Ma esso, in realtà, non può essere ricondotto nemmeno alla lettera e) dell'art. 117 Cost. A parte la palese estraneità a tale materia delle norme penali e di quelle relative ai rimedi giurisdizionali, la cui adozione la Regione certo non rivendica, è evidente la estraneità alla “tutela della concorrenza” del comma in esame anche nelle parti in cui non riguarda attività imprenditoriali e professionali, e nelle parti in cui concerne (limitandoli) i poteri di controllo e repressivi delle amministrazioni preposte alla tutela dei molteplici interessi pubblici e privati, che sono stati presi in considerazione dalle singole leggi di settore quando hanno previsto le autorizzazioni, licenze, pareri, nulla osta e simili. Con riferimento a queste ultime norme limitatrici, anzi, la disposizione può avere l'effetto di far rimanere “sul mercato” imprese o professionisti con requisiti (in senso lato) non del tutto conformi agli schemi legali, con conseguente alterazione della concorrenza “leale” tra i diversi operatori. Ma, anche con riferimento alle attività imprenditoriali e professionali, il comma 4-ter non è espressione della “tutela della concorrenza” nel senso della Costituzione, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte. Esso non riguarda i requisiti per l'accesso al mercato, o le condizioni di offerta dei beni e dei servizi, o la parità di trattamento tra gli operatori, o misure di liberalizzazione dei mercati (sentt. 401/2007, 431/2007, 452/2007, 326/2008): esso incide direttamente e principalmente sullo svolgimento dell'attività amministrativa e sui relativi procedimenti.

DPR n. 445/2000, nel sanzionare la falsità ideologica e materiale nella documentazione, si limita ad un rinvio al codice penale ed alle leggi speciali, ossia anche all'art. 19 e 21 della L. n. 241/1990, creando un cortocircuito circa l'individuazione, in concreto, della norma che sanziona il reato "più grave", minando quella certezza del diritto che sulle norme incriminatrici non dovrebbe ammettere eccezioni causate da "improvvisazioni" legislative dell'ultima ora.

7. Qualche dubbio conclusivo sull'attuazione della Direttiva: un passo avanti o indietro?

Per concludere questo scritto mette conto tenere presente che una delle maggiori novità, per quanto riguarda la disciplina del commercio, consiste nelle nuove modalità di "organizzazione" delle regole di programmazione commerciale. In uno slogan semplice, quanto difficilmente traducibile, "urbanistica, ambiente e indici di qualità" sono i punti cardine della nuova modalità di programmazione territoriale.

Tutta la disciplina commerciale confluirà nelle mani degli urbanisti? Lo "stato" dei luoghi (e delle "costruzioni"), dunque, sostituirà la valutazione relativa agli insediamenti di matrice economico-produttiva?

La risposta – a nostro avviso – deve essere decisamente negativa. Le valutazioni sullo sviluppo delle attività economiche sono altra cosa rispetto allo "stato dei luoghi" così come, del resto, c'è nel tessuto legislativo una condovisa valutazione di "prevalenza" verso le attività che recano benessere collettivo rispetto a quelle che concernono valutazioni "egoistiche". Naturalmente, il tutto va inteso *cum grano salis*, giacché salendo sulla graduatoria, anche costituzionale, dei "beni della vita" non si trova una soluzione sempre soddisfacente.

Un altro profilo problematico, restando in tema di programmazione commerciale, riguarda la possibilità di porre dei limiti all'esercizio delle attività.

Secondo, le indicazioni pro-concorrenziali dei c.d. decreti Bersani del 2006-2007 (in particolare il D.L. n. 223/2006, convertito con modificazioni, dalla L. n. 248/2006)⁵, non sono più ammessi "contingenti", distanze minime obbligatorie tra attività commerciali, limitazioni delle merceologie vendibili, etc. Tuttavia, la Direttiva Servizi non esclude affatto il ricorso a tali limitazioni da parte del legislatore nazionale (in questo caso, le Regioni) ma chiede solo che vi sia una adeguata (e pregnante) motivazione, secondo quanto si è esposto in precedenza.

I decreti Bersani, conseguentemente, sembrano essere stati – per questi profili – implicitamente abrogati dal D.Lgs. n. 59/2010, che consentirebbe, pertanto, l'introduzione di siffatti vincoli, a condizione che sussistano le "giustificazioni" imperative sufficienti a motivarne il loro utilizzo.

⁵ Sui decreti Bersani di "liberalizzazione" v. E.M. TRIPODI, *Le attività economiche liberalizzate dai decreti Bersani*, II ed., Rimini, 2007.

Si tratterebbe, però, di un evidente rischio di compiere un passo indietro che difficilmente potrebbe essere privo di conseguenze a livello europeo. In materia di concorrenza, così come nell'*acquis communautaire*, le “conquiste” in termini di aperture pro-concorrenziali vengono considerate come acquisite e non più “negoziabili”, sicché – nonostante una possibilità formalmente ammissibile – utilizzare il D.Lgs. n. 59/2010 quale leva per un ritorno disciplinare “a ritroso” non si configura quale scelta di maturità regolamentare, ma quale metodo semplice per non voler prendere atto del cambiamento di orizzonte.

Cambiare mentalità è difficile ma è comunque doveroso quando le sfide lo richiedono.