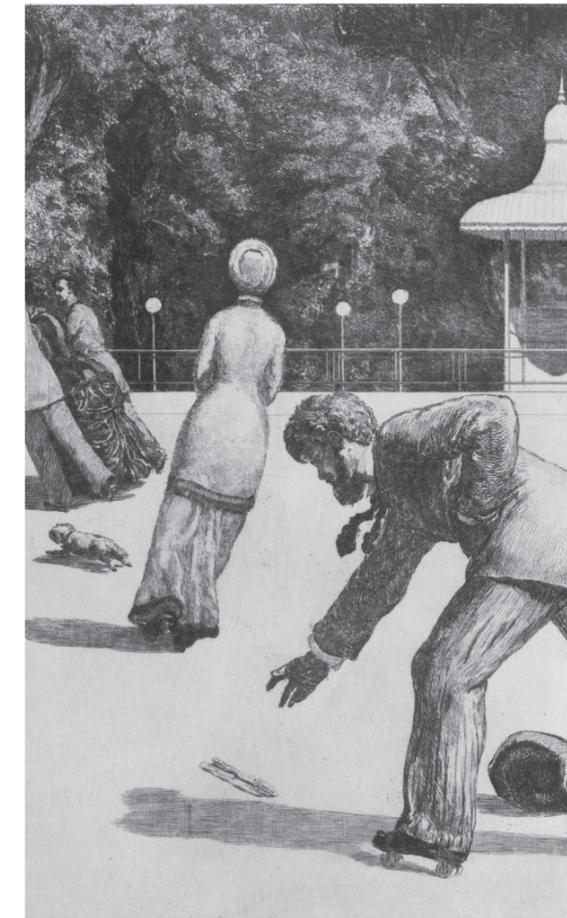


DAVIDE DIVERIO

# Limiti all'accesso al mercato dei servizi

Prospettive interne  
ed europee



**Davide Diverio**  è professore associato confermato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici della Facoltà di Scienze politiche, economiche e sociali dell'Università degli Studi di Milano, dove insegna Diritto del mercato unico e della concorrenza, Diritto dell'Unione europea e Diritto europeo della comunicazione.

Laureato in Giurisprudenza nell'Università degli Studi di Pavia (1999), dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bologna (2004), è stato ricercatore nella Facoltà di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria (2004-2011), dove ha tenuto i corsi di Diritto del mercato unico europeo e di Diritto dell'Unione europea ed è stato rappresentante eletto dei ricercatori in Senato accademico.

Membro del collegio docenti del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo dell'Università degli Studi di Milano, svolge (o ha svolto) attività didattica nelle Scuole di specializzazione per le professioni legali dell'Università commerciale "Luigi Bocconi" e Università degli Studi di Pavia e dell'Università degli Studi di Trento e di Verona, presso PoliS-Lombardia (Istituto regionale per il supporto alle politiche della Lombardia), per il quale ha altresì svolto attività di progettazione, e in Master e Corsi di specializzazione universitari e della Scuola Superiore della Magistratura. È stato componente esterno di vari gruppi di lavoro della DG Presidenza della Regione Lombardia.

Costituiscono i suoi principali interessi di ricerca il diritto del mercato interno, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi (anche con riferimento alle relazioni esterne dell'Unione europea), la disciplina degli aiuti di Stato alle imprese e dei servizi di interesse economico generale, le situazioni puramente interne, il ruolo delle regioni nella formazione e nell'attuazione del diritto dell'Unione europea.

DAVIDE DIVERIO Limiti all'accesso al mercato dei servizi

ISBN 978-88-6611-840-4



9 788866 118404

€ 22,00



CACUCCI EDITORE  
BARI



Il presente volume è stato pubblicato con il contributo finanziario del “Fondo finanziamento delle attività base di ricerca” (“FFABR”), di cui all’art. 1, commi 295 e seguenti, della Legge 11 dicembre 2016, n. 232, erogato dal DILHPS – Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico-Politici dell’Università degli Studi di Milano (FFABR18 DIVERIO).

In copertina: Max Klinger, *Il Guanto - stampa 2: Azione*, 1882. Kupferstichkabinett - Staatliche Museen zu Berlin. © 2019. Foto Scala, Firenze/bpk, Bildagentur fuer Kunst, Kultur und Geschichte, Berlin

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

32

DAVIDE DIVERIO

LIMITI ALL'ACCESSO AL  
MERCATO DEI SERVIZI

Prospettive interne ed europee



CACUCCI  
EDITORE  
2019

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

Ennio Triggiani Ugo Villani  
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio,  
Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno  
Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauero, Christian Tomuschat,  
Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico,  
Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro,  
Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Italo Garzia, Pietro  
Gargiulo, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella, Franca Papa,  
Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia S. Rossi, Girolamo  
Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2019 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

*ad Anita*



# INDICE

INTRODUZIONE

IX

## CAPITOLO I

### LIBERTÀ DI STABILIMENTO E DI PRESTAZIONE DEI SERVIZI: AMBITO DI APPLICAZIONE E CONTENUTO DEI DIRITTI

1. L'ambito di applicazione materiale del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi 1
2. La riserva *ex art. 51 TFUE* per le attività che partecipino ai pubblici poteri e le clausole generali di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica 8
3. L'ambito di applicazione soggettivo del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi 23
4. Gli artt. 49 e 56-57 TFUE: principio del trattamento nazionale, divieto di discriminazione e diretta applicabilità 28
5. (Segue) Oltre il trattamento nazionale: il divieto di misure indistintamente applicabili 34
6. Compatibilità e incompatibilità rispetto al diritto del mercato interno dei regimi nazionali di autorizzazione all'avvio e all'esercizio di un'attività economica 45

## CAPITOLO II

### ACCESSO AL MERCATO E PRINCIPI DI LIBERALIZZAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Le condizioni nazionali di esercizio di un'attività economica 53
2. Esiste un criterio *de minimis* nell'ambito delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi? 59
3. La *ratio* delle disposizioni del diritto dell'Unione sul diritto di stabilimento e sulla libera circolazione dei servizi 64
4. Il principio dell'accesso al mercato e la sua incidenza sull'ordinamento italiano: la rilevante giurisprudenza costituzionale 71
5. (Segue) Gli interventi di liberalizzazione del legislatore italiano 82

## CAPITOLO III

I LIMITI INTERNI LEGITTIMAMENTE AMMISSIBILI ALLE  
LIBERALIZZAZIONI: MOTIVI IMPERATIVI DI INTERESSE GENERALE  
E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

1. L'incidenza sulla discrezionalità della p.a. e l'irrelevanza dei motivi di natura economica	91
2. Esigenze di coerenza del sistema e tutela rafforzata delle disposizioni interne per il tramite del diritto dell'Unione europea	99
3. La salvaguardia di interessi generali e l'ammissibilità dei limiti al libero esplicarsi dell'attività economica	106
4. L'applicazione del principio di proporzionalità	117
CONCLUSIONI	129
BIBLIOGRAFIA	143
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	151

## INTRODUZIONE

Codificando la giurisprudenza della Corte di giustizia, la nozione di “mercato interno” appare per la prima volta nei Trattati istitutivi comunitari con la revisione degli stessi operata con l’Atto unico europeo<sup>1</sup>. Riferendosi all’art. 2 del Trattato CEE e, in particolare, allo scopo che tale disposizione assegna alla Comunità di instaurare il mercato comune, i giudici di Lussemburgo avevano affermato che quest’ultimo dovesse mirare “ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno”<sup>2</sup>. L’art. 8A del Trattato CEE, inserito appunto dall’Atto unico europeo nel Trattato istitutivo di Roma, conferendo alla CEE la competenza all’adozione delle “misure destinate all’instaurazione progressiva del mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992” qualificava così tale obiettivo come “uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”.

L’introduzione della nozione di “mercato interno”<sup>3</sup> e, soprattutto, delle disposizioni del Trattato CEE utilizzabili come nuove basi giuridiche per l’adozione di atti tesi alla sua realizzazione recepiva, in maniera del tutto evidente, anche le inequivoche indicazioni provenienti dal Consiglio europeo e dalla Commissione. A partire, in particolare, dalle riunioni del Consiglio europeo tenutesi a Copenhagen (3-4 dicembre 1982) e Bruxelles (29-30 marzo 1985), i Capi di Stato e di Governo degli Stati membri avevano fissato in modo chiaro il rafforzamento del mercato comune (e il suo completamento) quali obiettivi prioritari della strategia economica comunitaria invitando espressamente la Commissione a varare a tal

---

<sup>1</sup> In *GUCE* L 169 del 29 giugno 1987, p. 1 e ss.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1982, causa 15/81, *Schul*, EU:C:1982:135, punto 33.

<sup>3</sup> Sulla nozione di “mercato interno” e sul suo rapporto con le precedenti nozioni impiegate nei Trattati istitutivi, per tutti, L.S. ROSSI, *Il “buon funzionamento del mercato comune”*, Milano, 1990, pp. 26-32; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, I ed., p. 238; C. BOUTAYEB, *Droit matériel de l’Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, 2014, III ed., pp. 14-18; T.M. MOSCHETTA, *Il ravvicinamento delle normative nazionali per il mercato interno*, Bari, 2018, pp. 36-39; E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull’Europa*, Bari, 2019, II ed., pp. 37-39.

fine un “programma dettagliato con un calendario preciso”<sup>4</sup> per addivenire a un grande mercato unico entro il 1992. Fu il Libro bianco della Commissione del 14 giugno 1985 sul completamento del mercato interno<sup>5</sup>, documento determinante per imprimere un’accelerazione, come pure un mutamento di approccio, all’instaurarsi del mercato interno, a costituire la risposta a quelle sollecitazioni. Accolto con particolare favore dal Consiglio europeo di Milano (28-29 giugno 1985), tale Libro bianco ha poi costituito la base per l’azione concreta delle istituzioni comunitarie, in particolare del Consiglio e, dunque, della sua attività normativa, volta all’adozione di disposizioni che, anche attraverso le nuove basi giuridiche dell’Atto unico europeo, mirassero alla realizzazione del mercato interno privilegiando un metodo, espressamente invocato dal Consiglio europeo a partire dalle conclusioni cui era pervenuta la Commissione, costituito dalla combinazione di tre elementi: “fissazione di norme minime, riconoscimento reciproco, controllo da parte del paese d’origine”<sup>6</sup>.

In particolare, il Libro bianco evidenziava una sensibile differenza fra il livello di avanzamento della realizzazione della libera circolazione delle merci, senz’altro non definitivamente raggiunta ma evidentemente ben avviata, e quello del libero esplicarsi transnazionale delle attività economiche autonome; dunque, secondo il Trattato CEE, il diritto di stabilimento e, soprattutto, la libera prestazione dei servizi (allora disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 52-58 e dagli artt. 59-66). Occorre ricordare come lo stesso Trattato CEE avesse previsto, fin dal principio, una soppressione graduale delle restrizioni a tali due libertà economiche fondamentali durante il periodo transitorio. La differente natura degli ostacoli<sup>7</sup> che le normative degli Stati membri possono opporre a queste ultime rispetto a quelli che possono attentare alla libera circolazione delle merci aveva del resto imposto un simile approccio. Come noto, infatti, da un lato, rispetto alla circolazione delle merci vengono primariamente in rilievo ostacoli di natura fisica e tariffaria, per la maggior parte dei quali già le disposizioni del Trattato CEE erano risultate idonee a porre un freno, dall’altro lato, rispetto al diritto di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi, le limitazioni al libero esercizio dell’attività economica autonoma sono, invece, essenzialmente rappresentate dalle normative nazionali che disciplinano le concrete modalità di accesso e di esercizio di una data attività nel territorio nazionale<sup>8</sup>. Sugerendo di applicare una comune modalità di liberalizzazione per tutte le libertà del mercato interno, il Libro bianco invitava infatti ad adottare anche nell’ambito del diritto di stabilimento e, soprattutto, della libera circolazione dei servizi, quelle scelte che la Corte di giustizia aveva convintamente delineato con riferimento alla libera

<sup>4</sup> Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles (29-30 marzo 1985), reperibili in [https://www.consilium.europa.eu/media/20651/1985\\_marzo\\_-\\_bruxelles\\_\\_it\\_.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/20651/1985_marzo_-_bruxelles__it_.pdf), a p. 2.

<sup>5</sup> Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano 28-29 giugno 1985), 14 giugno 1985, COM (85) 310 final, reperibile (in lingua francese) in [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_fr.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_fr.pdf).

<sup>6</sup> Conclusioni del Consiglio europeo di Milano (28-29 giugno 1985), reperibili in [https://www.consilium.europa.eu/media/20644/1985\\_giugno\\_-\\_milano\\_\\_it\\_.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/20644/1985_giugno_-_milano__it_.pdf), a p. 6.

<sup>7</sup> Sul punto, per tutti, D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, 2013, V ed., alle pp. 307-308 e 318-321.

<sup>8</sup> In merito, in dottrina, A.F. LOWENFELD, *International Economic Law*, 2008, II ed., a p. 121.

circolazione delle merci: un'equilibrata e, per così dire, saggia commistione fra armonizzazione minima delle pertinenti disposizioni nazionali e principio del mutuo riconoscimento.

Una simile presa di posizione si era del resto resa in qualche misura obbligata. Originariamente, nelle intenzioni dei redattori del Trattato CEE, la piena realizzazione del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi si sarebbe dovuta realizzare, nella sostanza e proprio in virtù della appena descritta fisiologica differenza degli ostacoli (dunque anche delle regolamentazioni) opponibili a tali libertà rispetto a quelli relativi alla circolazione delle merci, attraverso un'azione congiunta delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri. Se alle prime sarebbe spettato adottare atti di portata generale sprovvisti di diretta applicabilità all'interno degli Stati membri, questi ultimi avrebbero dovuto dare esecuzione a tali atti con misure di carattere legislativo, amministrativo, regolamentare<sup>9</sup>. Secondo gli artt. 54 e 63 del Trattato CEE, il Consiglio avrebbe dovuto adottare, all'unanimità ed entro la fine della prima tappa del periodo transitorio (31 dicembre 1961), un "Programma generale per la soppressione delle restrizioni" al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Per specifiche e singole categorie di attività sarebbero state così fissate le "condizioni generali" per l'attuazione delle due libertà e un calendario di tale liberalizzazione. Il legislatore comunitario (sulla base della procedura legislativa specificamente prevista ex artt. 54, par. 2 e 63, par. 2 del Trattato CEE: ancora il Consiglio, all'unanimità fino al termine della prima tappa e successivamente a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale) avrebbe poi adottato direttive al fine di realizzare progressivamente tali programmi generali. Agli Stati membri, invece, sarebbe stato posto un duplice obbligo: da un lato, l'attuazione di quelle direttive; dall'altro, il rispetto di due clausole di *standstill* (artt. 53 e 62 del Trattato CEE<sup>10</sup>) ai sensi delle quali essi avrebbero dovuto astenersi dall'introdurre nuove restrizioni al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi<sup>11</sup>.

Il Consiglio ha effettivamente adottato, il 18 dicembre 1961, due programmi generali, uno dedicato al diritto di stabilimento<sup>12</sup>, l'altro alla libera prestazione

---

<sup>9</sup> D. VIGNES, *Établissement et services*, in J. MÉGRET (dir.), *Le droit de la Communauté économique européenne*, Bruxelles, 1971, pp. 117-172, alle pp. 140-141.

<sup>10</sup> Con esplicito riferimento all'art. 53 del Trattato CEE, relativo al diritto di stabilimento, è opportuno ricordare come la Corte di giustizia ne abbia sancito fin da subito la diretta applicabilità. Essa ha infatti ricordato come l'obbligo posto da tale disposizione non fosse accompagnato da alcuna condizione né subordinato, quanto alla sua esecuzione o ai suoi effetti, all'emanazione di provvedimenti da parte degli Stati o della Commissione. L'obbligo in parola, dunque, doveva ritenersi "completo, giuridicamente perfetto e, di conseguenza, atto a produrre effetti diretti nei rapporti fra gli Stati membri ed i loro cittadini" ai quali attribuiva "dei diritti individuali che i giudici nazionali devono tutelare" (sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66).

<sup>11</sup> In dottrina, per tutti, A. TIZZANO, *La libera circolazione dei servizi nella CEE. Profili generali*, in A. TIZZANO (a cura di), *Professioni e servizi nella CEE*, Padova, 1985, pp. 1-81, alle pp. 56-60.

<sup>12</sup> In *GUCE* P2 del 15 gennaio 1962, p. 36 e ss.

dei servizi<sup>13</sup>. Oltre a prevedere, per un lungo elenco di attività economiche autonome (esplicitate nei cinque allegati<sup>14</sup>), un dettagliato scadenziario per l'eliminazione delle restrizioni a queste due libertà fondamentali, tali documenti indicavano, con estrema chiarezza e, soprattutto, con una completezza che li rendono tuttora straordinariamente attuali, una ricca esemplificazione degli ostacoli vietati dal Trattato CEE. In una prospettiva che, come si dirà, troverà conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia, espressamente il Consiglio sanciva ad esempio l'incompatibilità con le disposizioni del Trattato anche delle restrizioni che, "quantunque applicate senza riguardo di nazionalità, ostacolano soltanto o prevalentemente la prestazione [dei] servizi da parte di stranieri"<sup>15</sup>. Similmente, esso prevedeva l'illegittimità di disposizioni o pratiche restrittive nazionali che subordinassero l'esercizio di un'attività economica "ad una autorizzazione o al rilascio di un documento, quale ad esempio una tessera di commerciante straniero o una tessera professionale per stranieri", ovvero "ad un soggiorno o ad un tirocinio preventivi nel paese ospitante" o, ancora, imponeva l'eliminazione di normative interne che rendessero onerosa la prestazione di servizi attraverso l'imposizione di oneri fiscali "o di altra natura, quali la costituzione di un deposito o il versamento di una cauzione nel paese ospitante"<sup>16</sup>. Sulla base delle previsioni fondamentali dello stesso Trattato, inoltre, i due programmi generali definivano le categorie dei beneficiari delle libertà in discorso, il contenuto essenziale del trattamento da riservare a chi intendesse svolgere attività economiche autonome oltre frontiera costituendo essi stessi, infine, basi giuridiche per l'adozione di specifiche direttive in tema, in particolare, di ingresso, uscita e soggiorno dei cittadini degli Stati membri e di reciproco riconoscimento dei titoli e dei diplomi, ambiti evidentemente funzionali alla piena realizzazione delle due libertà in discorso.

Come noto, le direttive previste dai programmi generali e necessarie per il pieno esplicarsi del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi non sono tuttavia state adottate dal legislatore comunitario entro la fine del periodo transitorio (31 dicembre 1969). Non essendo così stato attuato, se non "in minima parte"<sup>17</sup>, il programma di soppressione delle restrizioni auspicato, ruolo decisivo al concreto avvio del mercato unico delle attività economiche autonome è stato assunto, di fatto, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, a partire

---

<sup>13</sup> In *GUCE* P2 del 15 gennaio 1962, p. 32 e ss.

<sup>14</sup> Gli allegati ai citati Programmi generali individuano specifiche attività riconducibili, ad esempio, all'ambito dell'industria tessile (come la filatura e tessitura e la maglieria), dell'industria della gomma, dell'edilizia e dei lavori pubblici, del commercio all'ingrosso e al minuto (con riguardo, fra i tanti, ai settori del tessile e dell'abbigliamento, del legname da lavoro e dei materiali da costruzione, dei generi alimentari, delle bevande e del tabacco), delle industrie alimentari, della fabbricazione delle bevande, dei servizi forniti alle imprese (consulenza giuridica, contabilità, servizi tecnici), dei servizi ricreativi, dei servizi personali (ristoranti e spacci di bevande, alberghi, terreni per campeggio).

<sup>15</sup> Così il Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi, *cit.*, a p. 33.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Così L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2016, III ed., p. 105.

dalla metà degli anni '70, ha riconosciuto diretta efficacia alle disposizioni del Trattato CEE in tema di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi<sup>18</sup>.

Successivamente all'adozione del Libro bianco del 1985, il metodo, suggerito dalla Commissione e ispirato alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle merci, che coniuga armonizzazione minima delle pertinenti normative nazionali e conseguente loro mutuo riconoscimento diviene progressivamente centrale nella realizzazione del mercato interno (anche) della libera circolazione delle attività economiche autonome. Se tale schema, come del resto già espressamente indicato nello stesso Libro bianco, a prima vista pare idoneo soprattutto alla realizzazione del mercato interno di peculiari servizi quali quelli bancari e assicurativi, dando infatti luogo all'adozione di direttive specifiche fondate su tale schema<sup>19</sup>, anche in virtù delle pronunce dei giudici di Lussemburgo dei primi anni '90<sup>20</sup> si rivela ben presto efficace pure come metodo generale per la compiuta realizzazione, in senso più ampio, della libera circolazione dei servizi.

Alla spinta, inequivoca, soprattutto da parte della Commissione, al definitivo completamento del mercato interno delle attività economiche, le cui basi giuridiche nell'ordinamento dell'Unione devono ormai dirsi consolidate e chiare nella prima metà degli anni 2000, si è però ben presto opposto un contesto storico, quello concomitante o immediatamente successivo all'allargamento del 2004, nel quale rispetto a tale obiettivo appaiono evidenti le diffidenze di parte dell'opinione pubblica e, soprattutto, di alcuni Stati membri, preoccupati in particolare delle possibili ripercussioni negative, eminentemente di ordine sociale, fatalmente determinate da un maggior tasso di apertura dei mercati del lavoro nazionali.

Esemplificativo tanto del clima sociale e politico del momento quanto, tuttavia, anche del concreto impulso, da parte delle istituzioni dell'Unione, alla definizione di una disciplina sempre più completa del mercato interno dei servizi è il tormentato *iter* di approvazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno (ben più nota come "direttiva *Bolkestein*" o, più semplicemente, "direttiva servizi")<sup>21</sup>. Se, infatti, nelle intenzioni della Commissione tale

<sup>18</sup> In merito, si rinvia al Capitolo I, paragrafo 4.

<sup>19</sup> In merito, per tutti, A. TIZZANO, *La «seconda direttiva banche» e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *Foro italiano*, IV, 1990, pp. 423-436.

<sup>20</sup> Fra le quali, *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*, EU:C:1991:331; sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, EU:C:1993:125. Sul punto, si rinvia in particolare alle considerazioni svolte al Capitolo I, paragrafo 5.

<sup>21</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, in *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 e ss., sulla quale, *ex multis*, R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein, in Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, pp. 1880-1893; M. FALLON, A.-C. SIMON, *La directive "services": quelles contributions au marché intérieur?*, in *Journal de droit européen*, 2007, pp. 33-42; C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *Common market law review*, 2008, pp. 323-394; S. D'ACUNTO, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009; C. BUZZACCHI, *Il panorama dei servizi in Europa: in attesa della libera circolazione*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il mercato dei servizi in Europa*, Milano, 2014, pp. 1-24.

direttiva avrebbe dovuto rappresentare un significativo momento di approfondimento e, quasi, di definitiva edificazione del complesso normativo relativo alla libera circolazione dei servizi improntato su scelte e metodi (in particolare un impiego generalizzato del principio del paese d'origine) chiaramente orientati alla piena liberalizzazione, il Parlamento europeo ha invece (insieme al Consiglio nell'ambito della procedura di codecisione) attenuato in parte tale impostazione della proposta della Commissione<sup>22</sup>. Esso ha infatti accolto molte delle perplessità espresse dagli Stati membri e, soprattutto, dagli operatori economici e dalle parti sociali, riformulando la proposta iniziale della Commissione e portando all'approvazione di un atto che, in ogni caso, rappresenta il più rilevante tentativo legislativo dell'Unione in materia di disciplina transfrontaliera delle attività economiche autonome. Pur presentando un ambito di applicazione materiale limitato e costituendo, in larga parte, una codificazione piuttosto fedele della rilevante giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, la "direttiva *Bolkestein*" non può non considerarsi un tassello ormai imprescindibile nella ricognizione della disciplina sostanziale europea sull'esercizio delle attività economiche autonome. In particolare, coordinando le rilevanti normative degli Stati membri e prevedendo una significativa collaborazione amministrativa fra le autorità nazionali competenti, essa ha inciso infatti in modo molto sensibile sugli ordinamenti degli Stati membri, chiamati nella complessa (e non ancora del tutto conclusa) procedura di suo effettivo recepimento.

Lo stesso Trattato di Lisbona, ovvero la più recente revisione dei Trattati istitutivi dell'Unione, proprio nella disposizione dedicata al "mercato interno" quale obiettivo dell'Unione (art. 3, par. 3, TUE) è del resto efficace rappresentazione della attuale e complessa fase di sviluppo del processo di integrazione europea. Tale obiettivo, infatti, va perseguito accanto a quello, più generale, dello "sviluppo sostenibile dell'Europa" che deve basarsi sulla crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, "su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva" volta alla piena occupazione e al progresso sociale, così come anche sulla tutela dell'ambiente<sup>23</sup>. Emerge dunque in maniera evidente come la liberalizzazione delle attività economiche nell'Unione debba realizzarsi sempre più in accordo e in coerenza con i principi su cui l'Unione si fonda (e sui valori che essa afferma di perseguire) nella sua politica sociale, nella sua politica ambientale e nella ricerca della piena tutela della salute umana. Allo stato attuale, in altri termini, la costruzione del mercato interno, attraverso la disciplina delle sue libertà economiche di circolazione, non dovrebbe più prescindere dalla considerazione di valori di altra natura di cui ora, in maniera espressa, l'Unione si

<sup>22</sup> In dottrina, per tutti, V. HATZOPOULOS, *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, pp. 299-358, alle pp. 302-318.

<sup>23</sup> Per un commento, *ex multis*, P. CRAIG, *The Lisbon Treaty*, Oxford, 2010, pp. 311-313; G.L. TOSATO, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in M. FRIGESSI di RATTALMA, P. DE CESARI (a cura di), *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di Stato nell'Unione europea. Convegno interinale SIDI, Brescia, 10 febbraio 2012*, Napoli, 2013, pp. 1-9; M. PEDRAZZI, *Art. 3 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, pp. 8-13, alle pp. 10-11; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, V ed., pp. 27-33.

dichiara portatrice<sup>24</sup>. In questo senso, l'intensità da assicurare, all'interno degli Stati membri, alla stessa libera prestazione dei servizi dovrebbe poter essere modulata sulla base dell'interpretazione da conferire a quelle disposizioni di diritto primario che sanciscono un'adeguata protezione, ad esempio, ai valori di natura sociale e, in generale, alla tutela da garantire alla salute umana<sup>25</sup>. Fra le norme, e i principi, cui ci si riferisce devono ora inevitabilmente includersi anche quelli contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione considerato, *ex art. 7, par. 1, TUE*, che essa dispone dello stesso valore giuridico dei Trattati<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Pare interessante evidenziare come autorevole dottrina (R. MONACO, *Art. 2*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Milano, 1965, pp. 34-39) avesse del resto attribuito già al "mercato comune" dell'originario Trattato CEE una, seppur implicita, connotazione sociale. In effetti, tale mercato comune "si avvicina, anzi si identifica, con un'unione economica, la quale peraltro non va intesa come strumento tecnico a sé stante, ma deve essere veduta in tutte le sue attinenze col quadro istituzionale del Trattato. Questo non solo contempla il confluire nel mercato comune di tutti i fattori della produzione, sia strumentali, sia materiali, ma sottintende [...] il raggiungimento di una finalità politica generale" (p. 35). Ancora, e forse ancor più esplicitamente, "se il mercato comune fosse un'impresa avulsa da contenuto sociale e se in definitiva non risultasse a favore di tutta la popolazione comunitaria, migliorandone la condizioni di vita, si tratterebbe di un'iniziativa che esaurirebbe in sé stessa la capacità di maggiore attività economica, perdendo di vista l'obiettivo finale, il quale non può essere altro che la persona umana [...] la Comunità è un ente il quale ha anche un'alta vocazione sociale e che perciò è destinato a praticare una sua politica sociale" (p. 38).

<sup>25</sup> Considerazioni sul punto sono efficacemente svolte dall'Avvocato generale P. CRUZ VILLALÓN nelle conclusioni del 5 maggio 2010 relative alla causa C-515/08, *Santos Palhota e a.*, EU:C:2010:245, punti 51-54.

<sup>26</sup> Sull'efficacia giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nella sconfinata dottrina, B. FAVREAU (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, 2010; K. LENAERTS, *The EU Charter of Fundamental Rights: Scope of Application and Methods of Interpretation*, in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO, V. PLACCO (dirs.), *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins. Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruxelles, 2013, pp. 107-143; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, pp. 23-31; L.S. ROSSI, "Stesso valore giuridico dei Trattati"? *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 329-356.

Va, tuttavia, ben messo in luce come l'efficacia giuridica vincolante ora attribuita alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non abbia al momento attuale ancora avuto implicazioni rilevanti nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle libertà economiche di circolazione oggetto di specifico approfondimento nel presente lavoro, ovvero sia il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi. In effetti, la disposizione della Carta rilevante per tali citate libertà di circolazione, l'art. 15, «libertà professionale e diritto di lavorare», in particolare il suo par. 2, secondo cui "ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro", non ha (né, verosimilmente, avrà neppure in futuro) autonoma portata applicativa nel contesto di quella giurisprudenza (e del tutto analogamente occorre concludere con riguardo all'art. 16, dedicato alla "libertà d'impresa"). Ciò in ragione, essenzialmente, dell'indicazione, contenuta nelle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", ai sensi della quale il citato art. 15, par. 2, "riprende le tre libertà garantite dagli articoli 26, 45, 49 e 56 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ossia libera circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi". Su tale base e in considerazione della duplice constatazione per cui, da un lato, quando pone le condizioni per la previsione di limiti all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute

Secondo la riforma di Lisbona, inoltre, ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. a), il "mercato interno" costituisce, ora espressamente, materia di competenza concorrente fra l'Unione e gli Stati membri. Tale considerazione, unita a quelle appena precedenti, induce a ritenere che la portata e il contenuto concreto dei "nuovi" valori assunti dal mercato interno debbano necessariamente essere determinati in modo più possibile condiviso fra l'Unione e i suoi Stati membri<sup>27</sup>. Ne deriverebbe, almeno in linea di prima approssimazione, un obbligo di cooperazione nel quale sarebbe l'Unione a porre tali valori alla base di ciascuna propria azione mentre gli Stati membri dovrebbero (e potrebbero) configurare, a partire da quegli stessi valori, limiti legittimamente opponibili all'azione della prima.

Negli anni più recenti, successivi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in presenza dell'accennata evoluzione giurisprudenziale e di quella normativa, essenzialmente costituita dalla "direttiva *Bolkestein*", e a partire da esse la Commissione ha adottato una serie di atti con i quali ha inteso privilegiare, in una duplice prospettiva, tanto specifiche attività economiche quanto peculiari modalità di prestazione di determinate attività. In proposito, risultano significative, in particolare, le due Comunicazioni espressamente relative al mercato interno, l'"Atto per il mercato unico" del 13 aprile 2011<sup>28</sup> e l'"Atto per il mercato unico II" del 3 ottobre 2012<sup>29</sup> e la successiva Comunicazione, nota come "Strategia per il mercato unico", del 28 ottobre 2015, dedicata a "migliorare il mercato unico: mag-

---

dalla Carta, l'art. 52, par. 1, richiede un giudizio di proporzionalità e adeguatezza nella sostanza identico a quello su cui la giurisprudenza della Corte di giustizia ha fondato l'ammissibilità di limiti ai diritti derivanti dagli artt. 49 e 56-57 TFUE, dall'altro lato, espressamente l'art. 52, par. 2, afferma che "i diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti", le pronunce dei giudici di Lussemburgo, pur facendo esplicito riferimento anche, soprattutto se così richiesto dal giudice del rinvio, all'art. 15, par. 2, non fanno che applicare pedissequamente i precedenti fondati esclusivamente sulle corrispondenti norme del TFUE. Sul punto, da ultima, sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2019, causa C-230/18, *PI*, EU:C:2019:383. Identico discorso, poi, va condotto con riguardo all'art. 16 della Carta, relativo alla libertà di impresa; disposizione che è stata la Corte di giustizia stessa (e non le citate "Spiegazioni") a ritenere "fa[r] riferimento, in particolare, all'articolo 49 TFUE, che garantisce l'esercizio della libertà fondamentale di stabilimento" (così, ad esempio, sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 2014, causa C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, EU:C:2014:68, punto 22).

In dottrina, sugli artt. 15 e 16 della Carta, *ex multis*, É. DERMINE, *Art. 15*, in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2018, pp. 325-348; T. LEONARD, J. SALTEUR, *Art. 16*, in F. PICOD, S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *op. cit.*, pp. 349-368.

<sup>27</sup> Sul punto, R. CAFARI PANICO, *Le nuove politiche dell'Unione europea*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, vol. III, t. II, Torino, 2011, pp. 423-463.

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, "L'atto per il mercato unico – Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – 'Insieme per una nuova crescita'", COM(2011) 206 def., in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0206&id=1>.

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «L'atto per il mercato unico II – Insieme per una nuova crescita», COM(2012) 573 def., in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0573&id=1>.

giori opportunità per i cittadini e per le imprese”<sup>30</sup>. Tutti questi atti evidenziano, seppure con accenti differenti, sia la costante preoccupazione per una adeguata ed effettiva attuazione completa della “direttiva *Bolkestein*” da parte degli Stati membri, sia la necessità di completare la liberalizzazione per peculiari attività di servizi, quali ad esempio il trasporto ferroviario passeggeri e la navigazione aerea, nonché di realizzare, a esplicita garanzia di tutela per i cittadini (tanto consumatori quanto imprese) un mercato interno dei servizi *on line* nel quale sia effettivamente assicurato il principio di non discriminazione<sup>31</sup>.

Come efficacemente evidenziato in più occasioni anche dal Parlamento europeo, per quanto possa forse destare qualche sorpresa dato il termine di recepimento del 28 dicembre 2009, il mercato interno dei servizi pare essere tuttora lontano dalla sua effettiva realizzazione (anche) a causa di un’attuazione inadeguata della “direttiva *Bolkestein*” da parte degli Stati membri. Sottolineando la necessità di migliorare, in linea generale, la prestazione transfrontaliera dei servizi, evitando al contempo di incoraggiare fenomeni di *dumping* sociale, il Parlamento europeo ha infatti ricordato come a tal fine sia fondamentale garantire “un quadro normativo chiaro e uniforme che consenta lo sviluppo dei servizi in un mercato che tuteli i lavoratori e i consumatori e garantisca che gli operatori esistenti e quelli nuovi del mercato unico dell’UE non incontrino ostacoli normativi privi di senso, a prescindere dal tipo di attività che essi svolgono”<sup>32</sup>. Si tratta, come evidente, degli stessi obiettivi che il legislatore di diritto derivato dell’Unione mirava espressamente a conseguire e che avevano fondato la sua azione normativa. Il considerando 6 della “direttiva servizi”, infatti, ricorda molto chiaramente come, una volta riscontrata l’impossibilità di rimuovere gli ostacoli al libero esercizio delle attività economiche transfrontaliere soltanto grazie all’applicazione diretta degli (attuali) artt. 49 e 56 TFUE, principalmente per mezzo di procedure di infrazione ai sensi degli artt. 258 e ss. TFUE, la via maestra non possa che essere quella che conduce al “coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali”, anche nella prospettiva di istituire un’efficace cooperazione amministrativa fra le autorità competenti degli Stati membri<sup>33</sup>. Il

---

<sup>30</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese», COM(2015) 550 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0550&qid=1530280929699&from=IT>.

<sup>31</sup> Sul punto, si vedano, ad esempio, l’adozione del Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell’ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE (in *GUUE* L 60I del 2.3.2018, p. 1 e ss.) e la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, COM(2018) 238 final, del 26 aprile 2018 (in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0238&qid=1530282020753&from=IT>).

<sup>32</sup> Parlamento europeo, risoluzione del 26 maggio 2016 sugli ostacoli non tariffari nel mercato unico, 2015/2346(INI), in *GUUE* C 76 del 28.2.2018, p. 105 e ss., paragrafo 29.

<sup>33</sup> Il considerando successivo, il numero 7, individua nell’istituzione di un “quadro giuridico generale” la principale finalità della direttiva, affermando che tale quadro deve realizzarsi attraverso “una combinazione equilibrata di misure che riguardano l’armonizzazione mirata, la

Parlamento europeo “esorta” perciò espressamente questi ultimi “a garantire un’attuazione adeguata e più efficace della direttiva sui servizi, evitando nel contempo una sovraregolamentazione”<sup>34</sup>. Ma, più in generale, gli Stati membri sono invitati a “recepire le norme sul mercato interno in modo coerente e compatibile e [ad] attuare pienamente e correttamente le norme e la legislazione sul mercato interno”<sup>35</sup>, considerato che, “ai fini di un’attuazione più omogenea della legislazione vigente relativa al mercato unico, sono urgentemente necessarie un’applicazione coerente e uniforme delle norme unionali e il loro adeguato rispetto, abbinati a un monitoraggio e una valutazione sistematici sulla base di indicatori qualitativi e quantitativi, di parametri di riferimento e della condivisione delle migliori prassi”<sup>36</sup>.

Come nelle fasi iniziali della costituzione del mercato unico, come *supra* ricordato, anche ora appare perciò necessario un pieno coordinamento fra l’Unione e i suoi Stati membri, in vista del raggiungimento di un obiettivo dell’Unione, il mercato interno, del resto di esplicita competenza concorrente UE/Stati membri. Ma se, rispetto ai “Programmi generali” del ’61 e, in senso più ampio, alla corretta e tempestiva attuazione delle direttive sul mercato interno, incombevano agli Stati membri obblighi di (semplice) adeguamento degli ordinamenti interni ai principi di liberalizzazione dell’Unione, oggi il quadro è mutato e, se possibile, ancora più complesso. Come ben evidenziato, ancora, dal Parlamento europeo, con particolare riguardo alle disposizioni nazionali che pongono ostacoli di natura non tariffaria alla libera circolazione delle merci e dei servizi, gli Stati membri restano certamente destinatari di specifici obblighi contenuti in atti dell’Unione come, da ultimo, il sovente “trascurato”<sup>37</sup> obbligo di notifica preventiva, ai sensi dell’art. 15, par. 7, della “direttiva *Bolkestein*”, delle disposizioni nazionali che subordinano l’accesso a un’attività di servizi o il suo esercizio al rispetto di determinati requisiti non discriminatori<sup>38</sup>. Ma proprio con riferimento

---

cooperazione amministrativa, la disposizione sulla libera prestazione di servizi e che promuovono l’elaborazione di codici di condotta su determinate questioni”. Secondo il legislatore dell’Unione, inoltre, tale coordinamento delle legislazioni nazionali “dovrebbe garantire un grado elevato d’integrazione giuridica comunitaria ed un livello elevato di tutela degli obiettivi d’interesse generale, in particolare la tutela dei consumatori”, tenendo tuttavia nel contempo in considerazione anche altri obiettivi di interesse generale quali, ad esempio, la protezione dell’ambiente, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica e la necessità di rispettare il diritto del lavoro.

<sup>34</sup> Parlamento europeo, risoluzione del 26 maggio 2016 sulla strategia per il mercato unico, 2015/2354(INI), in *GUUE* C 76 del 28 febbraio 2018, p. 112 e ss., paragrafo 85.

<sup>35</sup> *Ivi*, paragrafo 69.

<sup>36</sup> *Ivi*, paragrafo 70.

<sup>37</sup> *Ivi*, paragrafo 32.

<sup>38</sup> Si tratta, peraltro, di una procedura rivelatasi, nella realtà, ben poco efficiente e per la quale la Commissione ha avviato una procedura di riforma (si veda la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2016) 821 final, concernente l’applicazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, che istituisce una procedura di notifica dei regimi di autorizzazione e dei requisiti relativi ai servizi, e che modifica la direttiva 2006/123/CE e il regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno, reperibile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0821&qid=1558007888580&from=IT>, relativa al procedimento COD(2016) 821).

a tali generi di ostacoli (e dunque di normative interne) – pacificamente da eliminare sulla base di un’evoluzione giurisprudenziale cui lo stesso legislatore di diritto derivato dell’Unione, ove ha agito, si è uniformato – tenuto conto della natura concorrente della materia di cui si discute e, soprattutto, delle interferenze, cui si accennava, che essa, a partire dal Trattato di Lisbona, subisce per l’operare di valori e interessi di matrice non propriamente economica, il ruolo degli Stati membri nel definitivo completamento del mercato interno appare ora ancora più essenziale e, proprio per questo motivo, difficilmente scrutinabile nella sua coerenza con l’ordinamento dell’Unione. Oltre, infatti, a dover evitare la prassi del c.d. “*gold-plating*”, consistente nell’aggiungere, in fase di recepimento, norme ulteriori rispetto a quelle direttamente derivanti dalla direttiva di volta in volta da attuare, e, evidentemente, ritardi e incoerenze nelle attuazioni, nell’esercizio autonomo del proprio potere normativo lo Stato membro deve motivare, sulla base degli obiettivi dell’Unione *ex art. 3, par. 3, TUE*, l’adozione o il mantenimento in vigore di ostacoli al completamento del mercato interno. In questo senso, come si tenterà di porre in evidenza, da un lato, appare pacifico che gli Stati membri mantengano in astratto ancora (e la revisione dei Trattati di Lisbona ha forse accentuato tale prospettiva) una propria competenza a disciplinare anche in senso restrittivo, rispetto alle libertà di circolazione sancite dal Trattato, l’accesso alle attività economiche autonome e il loro svolgimento nel proprio territorio; dall’altro lato, la definizione concreta del contenuto di tale disciplina, nell’applicazione di un principio di proporzionalità fatalmente costruito su base europea, va rigidamente giustificato per il perseguimento di valori sempre più condivisi fra gli Stati membri e l’Unione stessa.

All’insieme delle premesse poste fin qui è infine opportuno aggiungerne un’ulteriore, ora però di carattere essenzialmente metodologico.

È noto come l’incidenza del diritto dell’Unione, qui, in particolare, del diritto del mercato interno e delle libertà di circolazione, renda necessario un ripensamento delle tradizionali categorie del diritto nazionale, in specie, per quanto più specificamente ci concerne, del diritto amministrativo<sup>39</sup>.

Il diritto del mercato interno, in effetti, non distingue, ai fini della individuazione del proprio ambito di applicazione, fra mere “autorizzazioni” amministrative e “concessioni”. Tanto il diritto primario, dunque le disposizioni del TFUE sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi (rispettivamente, artt. 49 e ss. e 56 e ss. TFUE), quanto le norme del diritto derivato dell’Unione trovano infatti applicazione alle fattispecie che il legislatore italiano qualifica appunto in maniera differente, perché riconducibili a situazioni differenti, nelle quali il ruolo dell’amministrazione e, di conseguenza, il rapporto fra essa e l’operatore economico si atteggiavano in maniera effettivamente diversa<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> In dottrina, *ex multis*, M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell’interesse pubblico o barriere all’accesso al mercato?*, in *Il diritto dell’economia*, 2015, pp. 9-21, a p. 20.

<sup>40</sup> Non può qui certamente riproporsi in maniera esaustiva il dibattito che si è sviluppato all’interno della dottrina e della giurisprudenza italiane in merito all’individuazione di un criterio idoneo a distinguere, con precisione il più possibile oggettiva, l’“autorizzazione” dalla “concessione”. In linea generale, con un’approssimazione che si ritiene possa giustificarsi in considerazione della rilevanza che tale distinzione assume nel contesto dell’approfondimento che si intende svolgere nel presente lavoro, per quanto oggetto, nel corso del tempo, di critiche e revisioni, pare

Sono, in maniera esplicita, le normative di armonizzazione adottate dal legislatore di diritto derivato dell'Unione a sancire l'irrilevanza, ai fini della loro sottoposizione in linea generale ai principi del diritto del mercato interno, della diversa qualificazione (e disciplina) interna dei citati istituti. La "direttiva servizi", infatti, afferma esplicitamente che devono ritenersi incluse nella lata nozione di "regime di autorizzazione" le procedure amministrative applicate dagli Stati membri per il rilascio di "autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni", confermando che il diritto del mercato interno, sia primario che derivato, considera allo stesso modo "autorizzazioni" e "concessioni". Tali istituti, invero differenti nella disciplina loro dedicata dal nostro legislatore in quanto riconducibili a situazioni ben distinte, sono fra loro accomunati nella prospettiva della realizzazione del mercato interno posto che ad assumere rilievo, in tale contesto, è soltanto "la giustificabilità del condizionamento dell'iniziativa privata per mezzo dei regimi amministrativi (che sono visti come barriere all'entrata al mercato)"<sup>41</sup> sotto il profilo della riduzione della discrezionalità pura dell'amministrazione in vista della liberalizzazione delle attività economiche. Ancora, la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione<sup>42</sup> dichiara di non ritenersi applicabile, dunque di non qualificare come "concessioni" ai sensi della direttiva stessa, "determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi"<sup>43</sup>. Agli atti di siffatta natura, lo stesso legislatore della direttiva 2014/23/UE conferma l'applicabilità della "direttiva servizi" riservandosi invece espressamente quale proprio dominio di operatività

---

costituire un adeguato punto fermo la distinzione, peraltro tuttora proposta in dottrina e riferibile, *ab origine*, a O. RANELLETTI (*Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, XLVI, IV, 1894, pp. 7-83), fra l'"autorizzazione" che rimuove un limite all'esercizio di un diritto (di chi quell'autorizzazione richiede) preesistente e la "concessione" che, invece, conferisce *ex novo* un diritto o una situazione di vantaggio al concessionario (si vedano, *ex multis*, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, I ed., a p. 161; P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2017, alle pp. 338-340; B.G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2018, alle pp. 213-214; per una recente critica a questa ricostruzione, ad esempio, si veda F. VOLPE, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, 2018, alle pp. 9-11).

Con specifico riguardo alla struttura dei procedimenti autorizzatori in ordine alle attività economiche, va evidenziato come parte della dottrina, rivedendo l'assetto della materia come tradizionalmente concepito e stratificatosi nel corso del tempo nell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, fosse peraltro già giunta a conclusioni che, nella sostanza, sono le medesime alla base dell'indifferenza manifestata dal diritto dell'Unione rispetto alla distinzione fra "concessione" e "autorizzazione" (si rinvia a R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974).

<sup>41</sup> Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, XVI ed., a p. 332.

<sup>42</sup> Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014, p. 1 e ss.

<sup>43</sup> *Ivi*, considerando 14.

quel contratto di concessione che stabilisce “obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l’esecuzione di [...] lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva”<sup>44</sup>.

Il diritto del mercato interno non distingue, dunque, fra i possibili effetti dell’intervento dell’amministrazione: costituisce o trasferisce una situazione giuridica in capo al singolo (“concessione”) ovvero si limita a esercitare un ben più limitato potere discrezionale quando, su richiesta del singolo, acconsente allo svolgimento di un’attività economica (“autorizzazione”) ? Entrambe tali situazioni sono, come detto, incluse nell’unica nozione di “regime di autorizzazione” e sono sottoposte all’applicabilità della “direttiva servizi” in quanto, ancora prima, delle libertà economiche di circolazione di cui al diritto di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi come sanciti dal diritto primario dell’Unione.

Il recente e ben noto caso *Promoimpresa e a.*<sup>45</sup> relativo alla dichiarata incompatibilità con il diritto del mercato interno della disciplina italiana che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative costituisce un esempio altamente significativo della ricordata necessità di rivedere le tradizionali categorie definitorie del nostro diritto amministrativo. Quelle che, per l’ordinamento interno e, dunque, per i giudici dei due rinvii pregiudiziali, sono chiamate “concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica”<sup>46</sup> o, più semplicemente, “concessioni del demanio marittimo, di rilevanza economica”<sup>47</sup>, sono qualificate “come ‘autorizzazioni’, ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”<sup>48</sup>.

Vero è, tuttavia, che proprio il caso *Promoimpresa e a.* evidenzia in maniera chiarissima la difficoltà di ogni operazione di qualificazione, ai sensi del diritto dell’Unione, di tradizionali istituti di diritto interno. In effetti, pur incluse nella lata categoria delle “autorizzazioni” ai sensi della “direttiva servizi” e dunque soggette all’operare di tale atto, per essere conformi alle libertà economiche di circolazione le concessioni demaniali marittime e lacuali *de quibus* devono essere

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e a.*, EU:C:2016:558.

<sup>46</sup> Così si esprime il T.A.R. Lombardia nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale del 5 marzo 2014 nella causa C-458/14.

<sup>47</sup> In questi termini recita l’ordinanza di rinvio pregiudiziale del 28 gennaio 2015 del T.A.R. Sardegna nella causa C-67/15.

<sup>48</sup> Sentenza *Promoimpresa e a.*, *cit.*, punto 41.

Molto efficacemente, in dottrina si mette in luce come, nel contesto definitorio nazionale della “concessione di beni pubblici”, quale quello della appena citata pronuncia della Corte di giustizia, l’interesse del diritto dell’Unione (dunque la sua idoneità ad applicarsi a una fattispecie siffatta) non è determinato da una generica fruibilità del bene pubblico di cui gode il concessionario ma dall’accesso alle attività economiche da svolgersi su tale bene pubblico che quest’ultimo può vantare in conseguenza dell’attribuzione della concessione (A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2017, alle pp. 55-56).

disciplinate secondo principi differenti da quelli che, in generale, la “direttiva servizi” riserva ai regimi autorizzatori (a loro volta, peraltro, ancora differenti da quelli previsti dalla citata direttiva 2014/23/UE per i contratti di concessione).

Dato che le concessioni in parola concernono risorse naturali ai sensi dell’art. 12 della “direttiva servizi”, in ragione della loro scarsità esse possono essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni e il legislatore di diritto derivato dell’Unione impone infatti per queste l’espletamento di una “procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un’adeguata pubblicità dell’avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”<sup>49</sup>. Seppure, dunque, differente da una concessione di servizi (cui sarebbe appunto applicabile la direttiva 2014/23/UE), quella che il nostro ordinamento considera una concessione di beni<sup>50</sup> è da qualificare, ai sensi del diritto del mercato interno, quale un “regime di autorizzazione” volto al rilascio di “autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni” di cui alla “direttiva servizi”. Tale “concessione” è tuttavia sottoposta all’operare di una disciplina specifica (sempre prevista dalla stessa “direttiva servizi”) in quanto la scarsità delle risorse naturali e, dunque, il numero finito di autorizzazioni ottenibili dall’amministrazione conferiscono a quest’ultima la discrezionalità, ben più rilevante, propria, secondo le categorie del nostro ordinamento, di un regime concessorio. Se è vero, come si diceva, che il diritto dell’Unione non distingue formalmente fra le nostre “autorizzazioni” e “concessioni”, la disciplina che esso detta può, però, variare proprio in considerazione delle differenze delle situazioni sostanziali cui i due istituti rinviano. Nel regime che il legislatore di diritto derivato dell’Unione chiama comunque “di autorizzazione” ma in cui disciplina le modalità di selezione dei candidati da parte dell’amministrazione è ben evidente, come anticipato, la più ampia discrezionalità di quest’ultima (e, anzi, l’art. 12 della “direttiva servizi” mira proprio a limitare tale discrezionalità) e, dunque, una situazione, per l’ordinamento italiano, tipicamente concessoria in cui l’accesso al mercato è a priori e per definizione limitato e dove, in altri termini, “la restrizione all’ammissione è la regola”<sup>51</sup>.

L’elemento che consente (e del resto contestualmente impone) di distinguere i due istituti è perciò, come noto, la maggiore o minore discrezionalità dell’amministrazione: essa si limita a autorizzare, per l’appunto, lo svolgimento di un’attività economica che è libera in sé ovvero a concedere uno *status* o una posizione giuridica prima assente e che si crea a partire dall’atto dell’amministrazione e ciò per, ad esempio e come nella causa *Promoimpresa e a.*, esiguità delle risorse naturali oggetto della “concessione”?

In ogni caso, e in definitiva, pur nell’indifferenza in ordine alla loro qualificazione, entrambi gli istituti restano soggetti all’operare del diritto del mercato

<sup>49</sup> Così l’art. 12, par. 1, della “direttiva servizi”.

<sup>50</sup> In dottrina, sul punto, l’autorizzazione a esercitare un’attività economica in un’area demaniale di cui alla causa *Promoimpresa* viene infatti (e anzi) definita “l’anacronistica figura della concessione di beni” (così M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell’ordinamento giuridico nazionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, pp. 27-61, a p. 43).

<sup>51</sup> Così, delineando i tratti caratteristici delle “concessioni”, M. D’ALBERTI, *Introduzione*, in M. D’ALBERTI (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Roma, 1998, pp. 13-18, a p. 15.

interno (anche se non sempre con un'unica disciplina)<sup>52</sup>. Oggetto di approfondimento del presente lavoro è tuttavia rappresentato soltanto dal regime delle mere autorizzazioni, quello nel quale la discrezionalità dell'amministrazione pare, in linea di principio, apparentemente limitata a priori e, se confrontata con quella di cui essa gode nel contesto concessorio, decisamente ridotta. Pur non mancando, evidentemente, applicazioni pratiche dei principi di liberalizzazione di matrice europea anche in tale ultimo contesto<sup>53</sup>, è sembrato infatti qui meritevole di maggiore attenzione limitare lo studio all'ambito delle semplici fattispecie autorizzatorie proprio in ragione del fatto che, pur in un contesto in cui la pubblica amministrazione non è soggetta al rispetto di procedure di selezione e, come detto, gode di un margine di apprezzamento a prima vista quasi nullo, nella realtà limiti legittimamente apponibili all'avvio e all'esercizio di un'attività economica autonoma sono, tuttavia, possibili e relativamente frequenti. Ne deriva l'esigenza di tentare di chiarire nel rispetto di quali basi giuridiche ciò avvenga.

---

<sup>52</sup> In dottrina si evidenzia come “il diritto europeo, più che da un'indistinzione tra le categorie ricordate, sembra muovere da un'attenuazione di quella loro tradizionale netta differenziazione, che riceve, tuttavia, anche una nuova legittimazione, idonea a differenziare quantitativamente – più che qualitativamente – tali atti” (V. FERRARO, *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la “specialità” del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, pp. 259-311, a p. 291).

<sup>53</sup> Nella giurisprudenza amministrativa, si veda, *ex multis*, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, del 3 settembre 2018, n. 5157, con cui sono stati censurati, per eccesso di potere, specificamente per difetto di istruttoria, carenza di motivazione e disparità di trattamento, i provvedimenti dirigenziali con cui il Comune di Milano ha deciso di non rinnovare alcune concessioni demaniali aventi a oggetto tre locali commerciali, di proprietà del Comune, all'interno della galleria Vittorio Emanuele II. Vale la pena mettere in evidenza come il Consiglio di Stato abbia molto chiaramente affermato che il generale principio di evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni demaniali (e dunque l'illegittimità del loro rinnovo automatico) può essere eccezionalmente derogato in presenza di “esigenze imperative connesse alla tutela di un interesse generale” di matrice comunitaria (*ivi*, punto 18). Fra queste ultime esigenze imperative, esso ha, nell'occasione, ritenuto astrattamente sussistente “la tutela della tradizione storico-culturale di una città, la quale si realizza anche attraverso la salvaguardia e la conservazione dei c.d. locali storici, ovvero di quegli esercizi commerciali che, oltre a qualificare spesso in maniera determinante il tessuto urbano del centro cittadino, costituiscono un importante elemento di memoria e connotazione storica ed una preziosa testimonianza di tradizione e cultura” (*ibidem*).