

ORMAI È PROSSIMA LA SCADENZA DELLA DIRETTIVA BOLKESTEIN

lunedì 14 settembre 2009

Ultimo aggiornamento lunedì 14 settembre 2009

di FRANCESCO VOLPE

Il 28 dicembre 2009 scadrà il termine entro il quale gli Stati membri dovranno conformarsi alla direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. Direttiva Bolkestein).

Sia che alla sua applicazione si giunga in via diretta, sia che l'Italia ne dia piena attuazione (la riforma dell'art. 19 della 241, portata dalla legge 69/2009, in effetti, ne costituisce un proto-esempio), gli spunti di novità che ne ricavano non sono pochi.

Mi limiterò qui a indicare quelli che mi si sono prospettati, ad una lettura meno superficiale di quanto non avessi fatto in passato, sperando che anche i Colleghi vogliano offrire sul punto alcune loro riflessioni.

Innanzitutto, la direttiva servizi è il primo atto di provenienza comunitaria, a quanto mi risulta, che incide direttamente sulla teoria generale degli atti amministrativi.

Essa, infatti (art. 13, comma III), prevede la figura generale del silenzio assenso, come in un certo senso vale già in Italia. Sicché, oggi, un revirement del legislatore nazionale sul punto sembrerebbe non essere più possibile. La cosa, inoltre, sembra porre un decisivo elemento, a favore della regola generale del silenzio assenso, che altrimenti potrebbe essere compromessa, nel diritto interno, dall'antinomia, almeno apparente, tra l'ultimo comma dell'art. 2 e il primo comma dell'art. 20 della 241.

Lo stesso art. 20 della 241, inoltre, pone tra le sue eccezioni proprio i procedimenti regolati dal diritto sovranazionale. Ma poiché oggi tutti i procedimenti "autorizzatori" (nel senso indicato dall'art. 4, n. 6, della direttiva) relativi al compimento di "attività economica non salariata di cui all'articolo 50 del trattato fornita normalmente dietro retribuzione" sono regolati appunto alla direttiva servizi, se ne deduce che l'eccezione indicata dall'art. 20 è oggi limitata ai casi in cui la stessa direttiva servizi intende non applicarsi (art. 2 della stessa).

In generale, la direttiva si applica a tutte le ipotesi di "controllo" pubblico sulle attività economiche dei privati, salve alcune categorie protette (banche, assicurazioni, reti, trasporti, agenzie di lavoro, sanità, intrattenimento, gioco d'azzardo, servizi sociali, servizi di sicurezza privata e notai). Dunque, l'ambito di applicazione della normativa è amplissimo e, come vedremo a riguardo di alcuni aspetti applicativi, vi ricadono anche le professioni, ivi compresa la nostra.

Un elemento significativo è il fatto che dette autorizzazioni, salvi casi molto particolari (casi di rinnovo automatico, casi in cui è necessario verificare il costante rispetto dei requisiti, numero chiuso delle autorizzazioni emanabili o casi giustificati da un "motivo imperativo di interesse generale"), non possono essere soggette a termine finale. Esse, cioè, non sono atti ad efficacia durevole.

Il che comporta, dunque, che esse non possono essere né revocate né sospese.

Particolarmente significativo — restando nei problemi di teoria generale dell'atto — è l'indicazione dei requisiti negativi o positivi a cui il legislatore nazionale può sottomettere il rilascio dell'"autorizzazione".

Viene escluso, in modo particolare, che siano previsti requisiti negativi per il rilascio del provvedimento, quando "l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva".

Insomma, il principio di proporzionalità passa dall'Amministrazione allo stesso legislatore e poiché la conformità della legge interna al diritto comunitario è direttamente verificabile dal giudice che decide sulla controversia, è prevedibile che i nostri T.A.R. potranno effettuare un controllo sul "merito" legislativo assai più incisivo di quello che è consentito alla stessa Corte costituzionale, nell'ambito, estesissimo come si è visto, di applicazione della direttiva.

I presupposti positivi di rilascio delle "autorizzazioni", in ogni caso, debbono essere "non discriminatori, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale, commisurati all'obiettivo (ancora la proporzionalità), chiari e inequivocabili, oggetti, resi pubblici preventivamente, trasparenti e accessibili" (art. 10).

Ma (art. 14), questi requisiti, ancora una volta, oltre a non essere collegati ad una particolare cittadinanza o stabilimento, non debbono reggersi su ragioni di incompatibilità tra più attività che il cittadino intende svolgere, non devono essere subordinati a valutazioni sulla convenienza economica dell'attività che si intende porre in essere e, in genere, non debbono essere condizionati alla presentazione di garanzie o al possesso di una determinata esperienza professionale.

Passiamo ora, sempre considerando le cose molto genericamente, ad aspetti applicativi più particolari.

L'attività edilizia ricade a pieno titolo nel regime applicativo della direttiva? Le eccezioni alla sua applicazione trovano spesso fondamento sull'esistenza di “motivi imperativi d'interesse generale”, la cui definizione, però, è assai ambigua.

La direttiva (art. 4, n. 8) sembra darne un'elencazione e nell'elenco compare l'ambiente (incluso “l'ambiente urbano”), ma non compaiono l'urbanistica e le ragioni dell'edilizia. Può l'edilizia essere ricondotta sempre nella tutela dell'ambiente?

L'individuazione dei motivi d'interesse generale è, d'altronde, assai meno tassativa di quel che si crede, perché alla loro enucleazione concorre, oltre all'elencazione di cui ho detto, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia. Il ruolo normativo delle sentenze di quel “giudice” è ormai affermato, ma è chiaro ora che la Corte, con i propri atti, potrà “inventarsi” nuove eccezioni alla Bolkestein.

Senonché il piano delle fonti viene a confondersi ulteriormente ove si consideri chi può concorrere alla determinazione degli stessi “requisiti” per il rilascio delle “autorizzazioni”. Accanto alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri (art. 4, n. 7) troviamo anche i requisiti “derivanti dalla giurisprudenza, dalle prassi amministrative, dalle regole degli organismi o ordini professionali o dalle regole collettive di associazioni o organizzazioni professionali”.

Ebbene sì: potrebbe esserci di mezzo anche l'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti, la quale potrebbe porre dei limiti (ma non so come materialmente potrebbe fare) all'esercizio della professione forense.

Non meno stupisce, tuttavia, che i presupposti possano essere posti dalla giurisprudenza e addirittura dalla prassi.

Qui è forse in gioco lo stesso principio di legalità. La norma sta, infatti, a significare che, in caso di attività amministrativa vincolata, il giudice può “prevedere” presupposti di rilascio delle “autorizzazioni” ulteriori rispetto a quelli indicati dalla legge? E che ruolo finirebbe per avere il giudice negli Stati (come il nostro) in cui esso è soggetto alla legge e non può (non potrebbe) innovare l'ordinamento?

Non meno sorprendente è il richiamo alla prassi amministrativa. Qui non occorre che mi soffermi per evidenziare le perplessità che la disposizione suscita. L'impressione è che, nel vasto ambito degli atti amministrativi favorevoli ad incidenza economica, la direttiva abbia sottratto il giudice e la stessa amministrazione dal rigido rispetto della legge.

Termino con alcune digressioni a riguardo di noi avvocati.

Se qualcuno di noi pensava che l'ingiustissima norma che ha abolito i minimi tariffari (e che ha recato danno, anziché sollievo all'avvocatura giovane) potesse essere a sua volta abrogata, è meglio che si rassegni.

Non tanto perché la direttiva Bolkestein vieti i tariffari, quanto perché essi potrebbero essere reintrodotti solo in limitati casi (art. 15).

È stata ampliata la possibilità di propaganda in generale (e dunque anche per le professioni liberali: art. 24), ma l'unica cosa che forse si doveva rendere obbligatoria (e cioè imporre agli avvocati di dotarsi di un'assicurazione professionale) non è stata prevista (art. 23).

Tutte queste sono semplici spigolature: la direttiva merita ben altro approfondimento e chissà che non sia proprio il caso di dedicare una delle maggiori iniziative dell'Associazione ad un tema tanto importante.