

AL VIA LA LEGGE COMUNITARIA 2008, NUMEROSE LE NOVITÀ: DAI SERVIZI NEL MERCATO INTERNO, AGLI APPALTI PUBBLICI, ALLE FIGURE PER LA COOPERAZIONE TRANSFRONTALIERA.

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 3, 2009]



Legge 7 luglio 2009, n. 88 (cd. legge Comunitaria 2008) recante Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee, pubblicata sulla Gazz.Uff. del 14 luglio 2009, n. 161

La legge Comunitaria è lo strumento giuridico che il legislatore italiano si è dato per facilitare l'adeguamento del diritto nazionale al diritto comunitario. Possiamo definire la legge Comunitaria come un contenitore nel quale annualmente sono indicate sia le modifiche da apportare direttamente alle leggi nazionali (per conformarle alle disposizioni comunitarie), sia le deleghe al Governo perché adottati, mediante decreti legislativi o regolamenti, gli obblighi imposti dalle direttive comunitarie o dai principi stabiliti nelle sentenze della Corte di giustizia¹. Di qui l'importanza di questo strumento: attraverso la legge Comunitaria, infatti, transitano nell'ordinamento nazionale le sollecitazioni del diritto comunitario che spesso delineano scenari giuridici nuovi e segnano, in tempi brevissimi, trasformazioni profonde. L'ultima legge Comunitaria (l. 7 luglio 2009, n. 88) è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale lo scorso 14 luglio 2009 e 'prepara il terreno' per il recepimento di 50 direttive, di queste ne segnaliamo tre che affrontano temi di grande interesse.

Direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva servizi)

La "direttiva servizi" (nota anche come direttiva *Bolkestein*) è stata approvata dal Parlamento europeo il 16 novembre 2006 dopo quasi tre anni

¹ Tra il 1990 e il 2009 sono state emanate 16 leggi comunitarie (di cui una a valenza triennale): l. n. 428/1990 (legge comunitaria per il 1990); l. n. 142/1992 (legge comunitaria per il 1991); nel 1992 la legge comunitaria non è stata emanata, con un procedimento anomalo si è approvata la l. n. 489/1992, per "l'attuazione di direttive comunitarie relative al mercato interno"; l. n. 146/1994 (legge comunitaria per il 1993); l. n. 52/1996 (legge comunitaria per il 1994); l. n. 128/1998 (legge comunitaria 1995-1997); l. n. 25/1999 (legge comunitaria per il 1998); l. n. 526/1999 (legge comunitaria per il 1999); l. n. 422/2000 (legge comunitaria per il 2000); l. n. 39/2002 (legge comunitaria per il 2001); l. n. 14/2003 (legge comunitaria per il 2002); l. n. 306/2003 (legge comunitaria per il 2003); l. n. 62/2005 (legge comunitaria per il 2004); l. n. 29/2006 (legge comunitaria per il 2005); l. 13/2007 (legge comunitaria per il 2006); l. 34/2008 (legge comunitaria 2007); l. 88/2009 (legge comunitaria 2008); è in fase di discussione la legge comunitaria 2009 (9 aprile 2009).

di discussioni² ed oggi costituisce la base giuridica di riferimento per l'accesso e lo svolgimento dei servizi nell'Unione europea a 27. I considerando introduttivi illustrano *ratio* e obiettivi della direttiva la quale, pur mitigata nella versione finale, segna una delle novità più rilevanti degli ultimi dieci anni nella disciplina comunitaria dei servizi³, ponendo una serie di regole che vietano discriminazioni e ostacoli sia alla libertà di stabilimento dei prestatori, sia alla libertà di circolazione dei servizi, in tal modo offrendo certezze giuridiche quanto all'attuazione di queste due libertà fondamentali del Trattato⁴. La direttiva conferma il principio della *libera circolazione dei servizi* mentre non viene accolto il *principio del Paese di origine*. Quest'ultimo (presente nella prima stesura della direttiva) avrebbe stabilito la possibilità per il prestatore di fornire i servizi in uno Stato diverso da quello di appartenenza unicamente in base alla legislazione dello Stato membro di provenienza. Secondo la Commissione europea l'applicazione del principio realizza la libera circolazione dei servizi e consente la coesistenza delle regolamentazioni degli Stati membri con le rispettive specificità e particolarità, le quali non possono essere utilizzate per imporre restrizioni al prestatore stabilito in un altro Stato membro⁵.

² V. la proposta di direttiva presentata dalla Commissione, COM/2004/ 2def., il 25 febbraio 2004.

³ Per un commento sulla direttiva si rinvia diffusamente a BESTAGNO F., RADICATI DI BRNZOLO L. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007; v. anche NOGLER L. (a cura di), *Le attività autonome*, VI vol., in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da BENACCHIO G. A., AJANI G., Torino, 2006, 71 e ss.

⁴ Nel considerando 6 il legislatore comunitario osserva che “*non sarebbe possibile eliminare questi ostacoli soltanto grazie all'applicazione diretta degli articoli 43 e 49 del Trattato in quanto, da un lato, il trattamento caso per caso mediante l'avvio di procedimenti di infrazione nei confronti degli Stati membri interessati si rivelerebbe estremamente complesso da gestire per le istituzioni nazionali e comunitarie, in particolare dopo l'allargamento e, dall'altro lato, l'eliminazione di numerosi ostacoli richiede un coordinamento preliminare delle legislazioni nazionali, anche al fine di istituire una cooperazione amministrativa*”.

⁵ In sede di dibattito parlamentare si fece rilevare che il principio del Paese di origine avrebbe potuto: (a) discriminare i prestatori del Paese in cui si svolge il servizio (operazione legittima sotto il profilo giuridico, ma politicamente non auspicabile ... al riguardo si rinvia ai dibattuti occorsi sulle principali testate giornalistiche che portavano l'esempio dell'idraulico polacco il quale, svolgendo un servizio in Germania, avrebbe dovuto limitarsi a rispettare la normativa fiscale, ambientale, di protezione dei lavoratori, vigente in Polonia, con tutti i rischi di *dumping* sociale, reale o potenziale, che ne sarebbero derivati); (b) incentivare i prestatori di servizi ad aprire sedi negli Stati in cui i livelli di protezione sono più bassi, creando così il rischio di una corsa al ribasso tra gli ordinamenti. Inoltre (c) avrebbe attribuito allo Stato di origine oneri di controllo per i servizi svolti negli altri Stati che difficilmente sarebbero stati effettuati. L'accettazione del principio avrebbe infine bloccato il processo di armonizzazione della legislazione comunitaria, con il rischio che: (i) lo Stato con gli standard inferiori avrebbe determinato gli standard per tutti, (ii) i prestatori, applicando le regole dello Stato di origine, avrebbe causato nel Paese di

Diversamente, il principio della *libera circolazione dei servizi*, accolto nella versione definitiva della direttiva, fa sì che per la prestazione dei servizi si applichino le regole del Paese in cui i servizi sono effettivamente prestati.

Entro il 28 dicembre 2009 gli Stati membri dovranno adottare gli obblighi posti dalla direttiva. Per l'Italia la legge Comunitaria (art. 41) definisce un elenco di principi e criteri direttivi ai quali il Governo si dovrà attenere nella predisposizione di appositi decreti di recepimento della direttiva, in particolare dovrà essere assicurata:

- la semplificazione dei procedimenti amministrativi per l'accesso ai servizi. Eventuali regimi autorizzatori sono ammissibili purché ricorrano i seguenti presupposti: (a) (il regime di autorizzazione) non deve essere discriminatorio nei confronti del prestatore; (b) deve essere giustificato da un motivo imperativo di interesse generale; (c) deve rappresentare la misura meno restrittiva necessaria per perseguire il motivo imperativo di interesse generale (art. 41, co. 1, lett. e);
- la conformità del regime di autorizzazione e di esercizio dell'attività ai principi di trasparenza, proporzionalità e parità di trattamento (art. 41, co. 1, lett. f);
- la possibilità di attivare le procedure e le formalità necessarie per l'esercizio dell'attività attraverso sportelli unici, usufruibili a prescindere dal fatto che i prestatori siano stabiliti sul territorio nazionale o in un altro Stato membro (art. 41, co. 1, lett. l);
- l'applicazione della normativa legislativa e contrattuale del lavoro del luogo in cui viene effettuata la prestazione di servizi (ad eccezione di trattamenti più favorevoli previsti contrattualmente, ovvero assicurati dai Paesi di provenienza con oneri a carico di questi ultimi), evitando effetti discriminatori nonché eventuali danni ai consumatori in termini di sicurezza ed eventuali danni all'ambiente (art. 41, co. 1, lett. s).

Direttiva 2007/66/CE (direttiva ricorsi nel settore degli appalti pubblici)

La cd. "direttiva ricorsi" modifica le precedenti direttive comunitarie riguardanti le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (dir. 89/665/CEE e ss. mm. e dir. 92/13/CEE e ss. mm.) con l'obiettivo di garantire una migliore e più uniforme applicazione delle regole e dei principi comunitari (v. questa rubrica in *Informator* 2/2008). In tal senso la direttiva mira ad assicurare una maggiore uniformità di trattamento a fronte delle diversità degli strumenti di tutela esistenti negli

destinazione episodi di concorrenza sleale verso gli altri prestatori e generato incertezza giuridica verso i consumatori.

Stati membri. Il termine per recepire gli obblighi posti dalla direttiva scade il 20 dicembre 2009 e nella legge Comunitaria 2008 sono definiti principi e criteri direttivi (art. 44) ai quali il Governo si dovrà attenere nell'adozione di uno o più decreti legislativi di recepimento. L'impatto della direttiva sul sistema italiano appare limitato, posto che i rimedi stabiliti dal Codice degli appalti sono tutt'altro che carenti rispetto alle indicazioni comunitarie. L'effetto principale sembra essere quello di una generale ridefinizione dei termini processuali, con tempi più stretti, allo scopo di garantire maggiore speditezza ed efficacia all'azione giudiziaria. Rispondono a questo obiettivo i seguenti criteri stabiliti dalla legge Comunitaria:

- termine non superiore a trenta giorni per l'impugnazione sia dei provvedimenti delle procedure di affidamento sia dei bandi (invece degli attuali 60 giorni) (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 1);
- possibilità di impugnare autonomamente i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni (viene meno la possibilità di contestarli con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva), possibilità di impugnare con l'aggiudicazione definitiva tutti gli altri atti delle procedure di affidamento (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 2);
- il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 3);
- obbligo di "*forma sintetica*" per i ricorsi e gli scritti di parte nonché per i provvedimenti del giudice (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 4);
- concentrazione dei ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento nel medesimo giudizio ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 5).

La legge Comunitaria, inoltre, reintroduce la formula degli arbitrati nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture stipulati dalle pubbliche amministrazioni (art. 44, co. 2, lett. m). Questa disposizione appare anomala stante la recente (e contestata) scelta del legislatore nazionale di vietare l'inserimento di clausole compromissorie in tutti gli appalti pubblici⁶. Invero il divieto non è mai stato applicato dal momento che l'entrata in vigore è stata ripetutamente differita fino al 31 dicembre 2009⁷. Ebbene con

⁶ Si vedano i commi 18 – 22 dell'art. 3, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria 2008), pubblicata sulla Gazz. Uff., 28 dicembre, n. 300.

⁷ V. art. 15 del decreto legge 31 dicembre 2007 n. 248 convertito, con modificazioni, in legge 28 febbraio 2008 n. 31 recante *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*

la legge Comunitaria il legislatore torna sui propri passi e delega il Governo a dettare disposizioni per la razionalizzazione dell'arbitrato, sulla base delle seguenti direttive: *i.* incentivare l'accordo bonario; *ii.* prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile; *iii.* prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto; *iv.* contenere i costi del giudizio arbitrale; *v.* prevedere misure di accelerazione del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

Il Gruppo europeo di Cooperazione Territoriale – GECT (Regolamento CE 1082/2006)

La legge Comunitaria riserva un intero capo all'attuazione del Regolamento CE n. 1082/2006 relativo al *Gruppo europeo di cooperazione territoriale* (GECT). Il legislatore nazionale si preoccupa soprattutto di disciplinare alcuni aspetti riguardanti:

- i.* l'autorizzazione alla costituzione dei GECT (art. 47),
- ii.* la previsione di un apposito Registro istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Segretariato generale (art. 47) e
- iii.* la disciplina in materia di contabilità e bilanci dei GECT (art. 48).

Nel rinviare alla lettura del Regolamento CE 1082/2006 e della legge Comunitaria 2008 preme svolgere due considerazioni.

La prima per segnalare che i GECT possono essere costituiti da soggetti (Stati, autorità regionali, autorità locali, organismi di diritto pubblico) che fanno parte di almeno due Stati membri, con l'obiettivo di *“facilitare e promuovere la cooperazione transfrontaliera, transnazionale o interregionale, al fine esclusivo di rafforzare la coesione economica e sociale e comunque senza fini di lucro”*⁸. A tal fine potranno svolgere operazioni di promozione e attuazione inserite nell'ambito dei programmi operativi cofinanziati dai fondi strutturali comunitari nonché *“ulteriori azioni specifiche i cooperazione territoriale, purché coerenti con il fine di rafforzare la coesione economica e sociale, nonché nel rispetto degli impegni*

e disposizioni urgenti in materia finanziaria e successivamente l'articolo 1-ter del dl. 23 ottobre 2008 n. 162 convertito, con modificazioni, in legge 22 dicembre 2008, n. 201 recante Interventi urgenti in materia di adeguamento dei prezzi di materiali da costruzione, di sostegno ai settori dell'autotrasporto, dell'agricoltura e della pesca professionale, nonché di finanziamento delle opere per il G8 e definizione degli adempimenti tributari per le regioni Marche ed Umbria, colpite dagli eventi sismici del 1997.

⁸ V. art. 46 della l. 7 luglio 2009 n. 88 (legge Comunitaria 2008), cit., ed anche art. 1 e considerando 9 del Regolamento CE 1082/2006, cit.

*internazionali dello Stato*⁹. Il legislatore comunitario attribuisce ai GECT personalità giuridica e “*la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalla legislazione nazionale*” dello Stato membro in cui hanno sede. Per i GECT aventi sede in Italia il legislatore nazionale stabilisce che siano dotati di personalità giuridica di diritto pubblico e ne subordina la costituzione alla preventiva autorizzazione rilasciata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri previa acquisizione dei pareri conformi dei Ministeri interessati.

La seconda considerazione è di carattere più generale e riguarda la natura *multilevel* del quadro giuridico dei GECT, simile a quella, anch'essa di matrice comunitaria, dei *Gruppi europei di interesse economico - GEIE*¹⁰. In effetti le norme applicabili al GECT sono molteplici e rinviano: al Regolamento CE 1082/2006, alle disposizioni contenute nella legge Comunitaria 2008 (artt. 46 – 48), alla convenzione costitutiva e allo statuto dei singoli GECT. Per il resto dovrebbero trovare applicazione le norme di diritto nazionale stabilite per i soggetti che svolgono funzioni ed attività assimilabili. Preme evidenziare come nel caso dei GECT il Regolamento comunitario, in linea di principio obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile all'interno degli Stati membri (art. 249 Trattato), di fatto non può ricevere applicazione senza che una norma interna ne integri alcune parti. Ad ogni modo le disposizioni di attuazione dei GECT contenute nella legge Comunitaria sono poche e scarse (3 brevi articoli), segno che la scelta del legislatore è stata quella di utilizzare, nella più larga misura le disposizioni del Regolamento CE.

⁹ V. art. 46, co. 5, della l. 7 luglio 2009 n. 88 (legge Comunitaria 2008), cit.

¹⁰ I GEIE sono disciplinati a livello comunitario con il Regolamento CE n. 2137/85 del 25 luglio 1985, pubblicato sulla *G.U.C.E.* L 199 del 31 luglio 1985, e a livello italiano dal d.lgs. 23 luglio 1991 n. 240, pubblicato sulla *Gazz. Uff.* del 5 agosto 1991 n. 182, applicabile ai GEIE costituiti o aventi sede nel territorio italiano. Sul tema v. BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, IV ed., 2008, 241 e ss.