

L'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE) si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità proprie del diritto dell'Unione europea, anche con riferimento sia alla formazione accademica e professionale, sia alla valutazione della ricerca e alla selezione dei docenti e dei ricercatori.

in copertina: V.A. Serov, Il Ratto d'Europa, 1910

QUADERNI AISDUE

ES

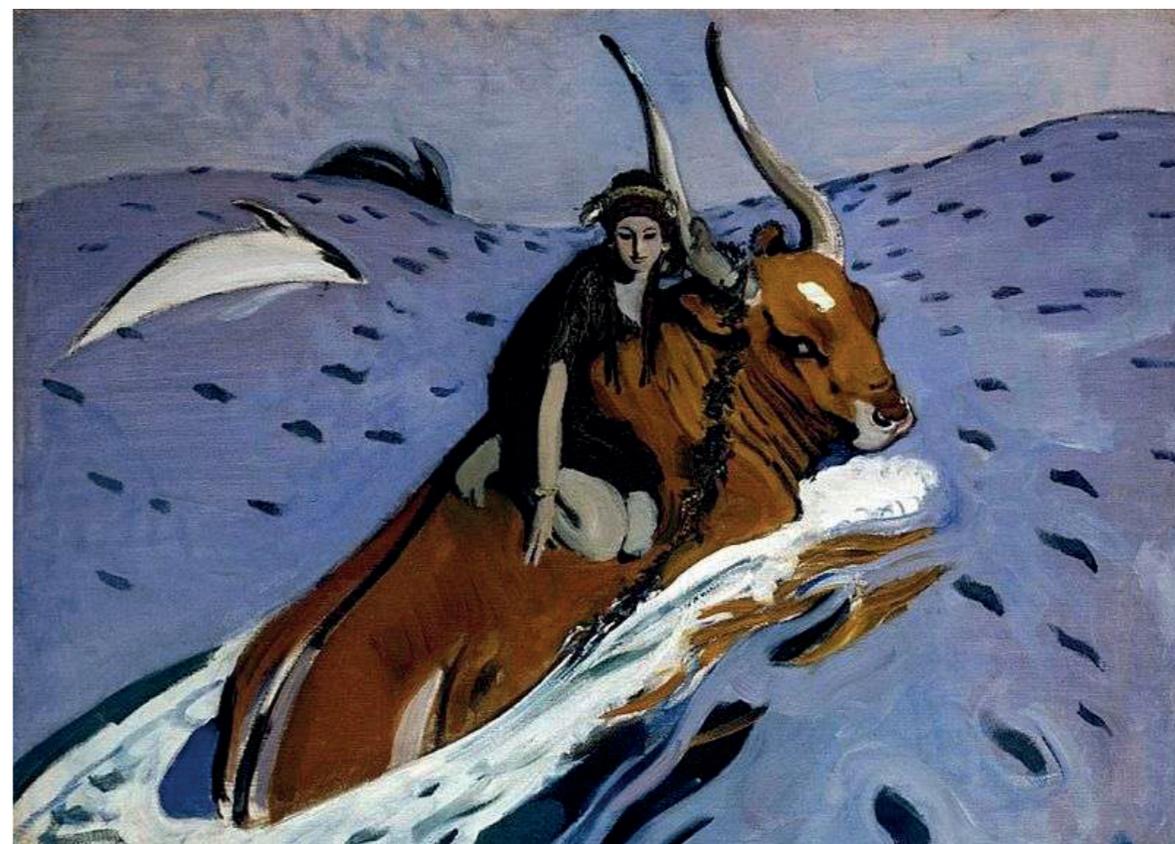
I
2023



QUADERNI AISDUE

I/2023

Editoriale Scientifica



ISBN 979-12-5976-664-9



9 791259 766649

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano

Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

Quaderni AISDUE

Comitato scientifico:

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi, Federico Ceci,
Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giuseppe Emanuele Corsaro, Giulia D'Agnone, Alessandra Favi,
Federico Ferri, Marco Gerbaudo, Elena Gualco, Anna Kompatscher,
Miriana Lanotte, Sarah Lattanzi, Irene Marchioro, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Gabriella Perotto,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani,
Enrico Tinti, Alessia Voinich

QUADERNI AISDUE

2023/1

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-664-9

ISSN 2723-9969

INDICE

Presentazione di Antonio Tizzano 9

Articoli

MANFREDI M., La direttiva sui salari minimi e i limiti delle competenze dell'Unione europea in materia di retribuzioni, 9 maggio 2023 13

MENGOZZI P., L'assistenza finanziaria comunitaria e le diverse accezioni del principio di condizionalità: dal MESF al Recovery Fund-Next GenerationEU, 6 maggio 2023 29

Note e commenti

ORLANDI M., In assenza di specifici accordi tra enti di previdenza sociale, i contributi già versati non possono essere trasferiti dall'INPS alla BCE, 2 marzo 2023 47

PALLOTTA O., La Corte di giustizia rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura, 26 aprile 2023 61

PARISI N., Come l'Unione potrebbe proteggersi dalle condotte di corruzione. Qualche considerazione a partire dal cosiddetto *Qatargate*, 13 gennaio 2023 75

PREVIATELLO M., L'accesso alle intese informali in materia di riammissione tra vincoli di riservatezza e obblighi di pubblicazione, 30 aprile 2023 93

BlogDUE

TIZZANO A., Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE, 11 gennaio 2023 109

BARBIERI S., Tutte le strade portano a Lussemburgo. Il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale alla Cassazione e l'art. 267 TFUE, 21 aprile 2023 115

BELLENGHI G., The ball is in the EU's Court (again): the Opinion of AG Szpunar in <i>Royal Antwerp Football Club</i> , 30 marzo 2023	125
BIANCO A., Cyberattacks: ipotesi di reazioni, 24 febbraio 2023	135
CAGOSSI F., Il Green Deal Industrial Plan: verso l'adozione dell'ennesimo quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato?, 7 marzo 2023	145
CECI F., Dalle dichiarazioni di carattere non finanziario alla rendicontazione societaria di sostenibilità: una prima lettura della direttiva (UE) 2022/2464, 2 marzo 2023	151
COLOMBO E., Il "codice di condotta delle ONG" italiano alla prova del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, 12 febbraio 2023	165
CORSARO G., Energy and environmental State aid: the Court of Justice of the European Union interprets extensively the notion of "incentive effect" in the case <i>Veejaam and Espo</i> , C-470/20, of 15 December 2022, 28 marzo 2023	177
DE FALCO E., La tutela del passeggero per il ritardo del volo in coincidenza: nuovi spunti dalla sentenza <i>Flightright</i> , 12 gennaio 2023	185
DE PASQUALE P., "Francovich ambientale"? Sarà per un'altra volta. Considerazioni a margine della sentenza <i>Ministre de la Transition écologique</i> , 7 novembre 2022	195
DIVERIO D., Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa <i>AGCM c. Comune di Ginosa</i> , 28 aprile 2023	205
FAUDONE J., The Windsor Framework: a step Forward more stable EU-UK relations?, 4 maggio 2023	219
FAVI A., "Autonomia rimediabile" degli Stati membri vs. effettività della protezione giurisdizionale: considerazioni a margine della sentenza <i>IG</i> nella causa C-289/21, 3 febbraio 2023	227
FERRI F., Intercettazioni telefoniche autorizzate in assenza di motivazione specifica e tutela dei diritti fondamentali: alcune considerazioni critiche sulla sentenza <i>HYA e al.</i> , 9 maggio 2023	239

INDICE	7
GERBAUDO M., Temporary Protection: Which Future in The EU Migration Policy?, 3 maggio 2023	249
GRECO G., Le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos nella delicata questione della Superlega, 13 gennaio 2023	263
KOMPATSCHER A., A right to stay for medical reasons? Case note to case C-69/21 of the CJEU about the limit to returning a seriously ill and irregularly staying third-country national, 2 febbraio 2023	269
LANOTTE M., Il ridimensionamento dell'approccio del legislatore europeo (e nazionale) alla "piena trasparenza": il caso <i>Luxembourg Business Registers</i> , 9 marzo 2023	277
MARCHIORO I., La decisione (UE) 2022/2512 relativa alla non accettazione dei documenti di viaggio della Federazione russa rilasciati in Ucraina e Georgia: una scelta poco attenta alla salvaguardia delle persone?, 6 marzo 2023	287
MARCIA A., The Equality Package: has the Hard Law Momentum arrived for LGBTIQ+ Rights in the EU?, 19 aprile 2023	299
MONTALDO S., Le potenzialità delle petizioni al Parlamento europeo: riflessioni e proposte sul ruolo dell'Università, alla luce di un'iniziativa recentemente avviata presso l'Università di Torino, 31 marzo 2023	309
NENCINI L., Da <i>Lexitor</i> a <i>UniCredit</i> passando per la sent. n. 263/2022: un corto circuito giurisprudenziale?, 19 aprile 2023	321
PARISI N., Come l'Unione potrebbe proteggere se stessa dalle condotte di corruzione. Qualche punto fermo a proposito del <i>Qatargate</i> , 7 gennaio 2023	329
PEROTTO G., La sentenza della Corte di giustizia nel caso <i>Fiat</i> : il divieto di aiuti di Stato e il limite dell'autonomia fiscale nazionale, 17 gennaio 2023	337
RAMAT M., The Commission Recommendation on procedural rights of persons held in pre-trial detention and on material detention conditions. A true step forward?, 7 febbraio 2023	347
ROSANÒ A., La riforma della legge della Regione Autonoma Valle d'Aosta in materia di attività condotte nell'ambito delle politiche promosse dall'Unione europea, 12 gennaio 2023	359

RUGANI G., Gli ultimi sviluppi della saga sui trasferimenti di dati personali UE-USA: l' <i>Executive Order</i> firmato dal Presidente USA Biden il 7 ottobre 2022 e la proposta di decisione di adeguatezza presentata dalla Commissione UE il 13 dicembre 2022, 19 gennaio 2023	373
SCOTT B., Horizon Europe: The Next Multiannual Framework Programme, 6 febbraio 2023	383

NULLA DI NUOVO... SOTTO IL SOLE?
QUALCHE CONSIDERAZIONE A PRIMA LETTURA
SULLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
NELLA CAUSA AGCM C. COMUNE DI GINOSA

Davide Diverio*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le risposte della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali del Tar per la Puglia. – 3. L'irrelevanza dell'“interesse transfrontaliero certo”, la verifica circa la sussistenza della “scarsità delle risorse naturali”, la validità della direttiva 2006/123/CE. – 4. La riconosciuta diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e il conseguente obbligo di disapplicazione, anche per le amministrazioni comunali, delle disposizioni nazionali con tale articolo contrastanti. – 5. Considerazioni conclusive: il quesito pregiudiziale rimasto senza risposta.

1. *Premessa*

Basterebbe, forse, il chiaro dettato dell'art. 20, comma 5, dello Statuto della Corte di giustizia, secondo cui “ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l'avvocato generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni”, a sintetizzare efficacemente il contenuto della sentenza resa dalla Corte di giustizia il 20 aprile 2023, nel rinvio pregiudiziale C-348/22 sollevato dal Tar per la Puglia - Lecce (d'ora in poi anche *AGCM c. Comune di Ginosa*); ovvero ad avvertire chi si accingesse alla sua lettura di non sorprendersi se le sue conclusioni siano, in larghissima parte, o addirittura quasi per intero, del tutto inattese. Detto in altri, e ben più prosaici, termini, chi avesse qualche dimestichezza con i meccanismi di funzionamento del mercato interno e delle libertà economiche di circolazione e si fosse mosso alla lettura di tale sentenza con la curiosità, pienamente legittima, con la quale avrebbe affrontato la lettura di un romanzo giallo, potrebbe ben affermare, giunto alla fine degli 85 (dunque non pochi) punti di motivazione, di aver capito fin dal principio, oppure addirittura prima ancora di iniziare a leggere, “chi fosse l'assassino”.

In effetti, a dispetto dell'eco assai vasta di cui tale sentenza sta già go-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano – 28 aprile 2023.

dendo in Italia, la Corte di giustizia, d'intesa, come ricordato, con l'avvocato generale, ha ritenuto, conformemente all'art. 252, comma 2, TFUE, che la causa *de qua* potesse anche non richiedere il suo intervento, potendo cioè prescindere, nell'occasione, da quel "mezzo di analisi approfondita della causa, con l'esame dei fatti che hanno comportato la nascita e gli argomenti di diritto" (M. BORRACCETTI, *L'avvocato generale nella giurisdizione dell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 32) che le conclusioni dell'avvocato generale rappresentano.

Ciò non toglie, evidentemente, che la sentenza presenti notevoli punti di interesse, se non altro in una prospettiva, che potremmo ben dire didascalica, di qualificato riepilogo di alcune coordinate essenziali dell'ordinamento dell'Unione, oltre che, altrettanto evidentemente, in una chiave, tutta di rilievo politico, di conferma della perdurante situazione di inadempimento, da parte di uno Stato membro, rispetto ad alcuni obblighi fondamentali che tale ordinamento a quest'ultimo Stato pone.

Sotto la prima prospettiva visuale, appare infatti evidente che la sentenza si presti a costituire una sorta di concisa trattazione di diritto dell'Unione con riguardo ai temi, centrali e pur tuttavia costantemente bisognosi di opportune, per quanto ripetute, "messe a fuoco", dell'efficacia delle direttive, delle loro finalità, del loro rapporto tanto con il diritto primario dell'Unione (i Trattati) quanto con gli ordinamenti nazionali, dei vincoli che esse generano all'interno di tali ultimi ordinamenti nazionali. Quanto al secondo profilo, sarebbe probabilmente un errore ritenere che la sentenza costituisca unicamente un'occasione per ribadire quanto già chiaramente affermato, ovverosia la situazione (già in precedenza certificata) di inadempimento da parte di uno Stato membro rispetto agli obblighi imposti dall'ordinamento dell'Unione. Certamente questa chiave di lettura, pur politicamente rilevante e senza dubbio presente, sarebbe soltanto superficiale. Non si dimentichi, infatti, che, anche volendo prescindere dai riflessi, talvolta anche interistituzionali, puramente interni all'ordinamento giuridico italiano che la vicenda ha fin qui determinato (con ovvie "ricadute" su taluni fondamentali istituti del nostro ordinamento; in merito, per tutti, G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, pp. 168-218, in part. p. 195 ss.), una (ennesima) presa di posizione della Corte di giustizia sul punto non costituisce una mera affermazione di principio fine a se stessa ma, invece, un tassello quanto mai opportuno (forse necessario) per, innanzitutto, tentare di chiudere un contenzioso concreto che da troppo tempo oramai agita le corti nazionali e che, in ultima analisi e per quanto più decisamente (e con-

cretamente) rileva, attiene all'individuazione, la più precisa possibile, del contenuto dei diritti che l'ordinamento dell'Unione, per il tramite degli Stati membri, offre ai propri cittadini.

2. *Le risposte della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali del Tar per la Puglia*

Alla luce di tali premesse e nel limitato approfondimento che tanto la collocazione editoriale di queste note quanto una prima lettura della pronuncia in questione consentono di svolgere, quali sono state, dunque, le risposte della Corte di giustizia ai quesiti pregiudiziali posti dal Tar per la Puglia? Nell'ordine seguito dai giudici di Lussemburgo (che non corrisponde all'ordine nel quale le domande erano state poste dal giudice del rinvio), essi hanno affermato che l'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentino un interesse transfrontaliero certo; che l'art. 12, par. 1, di tale direttiva consente, alle competenti autorità degli Stati membri, di valutare la sussistenza dei suoi presupposti di applicazione (ovverosia, nel contesto che ci occupa, la "scarsità delle risorse naturali") combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, con un approccio caso per caso, fondato su un'analisi del territorio costiero di volta in volta in questione; che la direttiva 2006/123/CE è conforme al diritto dell'Unione, in particolare alla luce dell'art. 94 del Trattato CE; che l'art. 12, parr. 1 e 2, di tale direttiva debbono considerarsi disposizioni produttive di effetti diretti e che l'eventuale conseguente obbligo di disapplicare disposizioni nazionali contrarie a esse incombe sia sui giudici nazionali che sulle autorità amministrative, incluse quelle comunali.

3. *L'irrilevanza dell'"interesse transfrontaliero certo", la verifica circa la sussistenza della "scarsità delle risorse naturali", la validità della direttiva 2006/123/CE*

Riguardo alla prima risposta, è noto come la nozione di "interesse transfrontaliero certo" sia stata, di fatto, concepita dalla Corte di giustizia, proprio nel contesto della disciplina degli appalti pubblici e delle concessioni (fra le prime affermazioni del criterio, sentenza della Corte del 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione c. Irlanda*, punto 29), per con-

sentire l'applicazione delle disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi alle cosiddette situazioni puramente interne (sul tema, per tutti, A. ARENA, *Le "situazioni puramente interne" nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019), vale a dire, secondo una formula ben consolidata degli stessi giudici di Lussemburgo, "fattispecie i cui elementi si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro" (per tutti, ordinanza del 15 novembre 2022, causa C-260/21, *Corporate Commercial Bank*, punto 24). Non è, tuttavia, il caso, nel rinvio pregiudiziale in oggetto, originatosi nell'ambito di un ricorso, da parte dell'AGCM, volto all'annullamento di una delibera del Comune di Ginosa con la quale si comunicava ai concessionari di occupazione del demanio marittimo del territorio comunale che le loro concessioni sarebbero state prorogate *ex lege* (ai sensi dell'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145/2018 e dell'art. 182 del d.l. del 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge del 17 luglio 2020, n. 77), di porsi il dubbio del rilievo transfrontaliero delle concessioni di cui si discute. Invero, già la pronuncia *Promoimpresa* (14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15), oltre che, naturalmente, la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto, avrebbe dovuto fugare le perplessità del giudice del rinvio in merito. La clausola in questione, infatti, deve ritenersi rilevante soltanto laddove ci si interroghi circa l'applicabilità del diritto primario dell'Unione, non certo quando a venire in gioco sia un atto di diritto derivato, come, in questo caso, la direttiva 2006/123/CE. Non esistono, cioè, più "situazioni puramente interne" laddove la disciplina della materia sia dettata, con finalità armonizzatrici, dall'Unione e, dunque, non ha alcun pregio domandarsi se, nella causa che ci occupa, le concessioni demaniali prorogate abbiano o meno un interesse transfrontaliero certo. Del resto, come anticipato, la sentenza *Promoimpresa* aveva introdotto e trattato tale tema soltanto "con [...] riserva" (punto 62), ovvero sia soltanto per fornire una risposta al giudice del rinvio che avesse ritenuto inapplicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e, dunque, applicabile il solo diritto primario.

La seconda risposta assume invece un significativo rilievo in quanto, effettivamente, volta a meglio precisare un profilo che, come appena implicitamente ricordato, il precedente *Promoimpresa* aveva, per così dire, lasciato in sospeso. Il dubbio del Tar per la Puglia riguarda, qui, la modalità con cui procedere all'accertamento dei presupposti di fatto per poter ritenere applicabile l'art. 12 della direttiva: a chi spetta e come deve essere condotta la verifica di trovarsi dinnanzi a quella "scarsità delle risorse" che per una data attività legittima – sensibile eccezione al regime ordinario – il

rilascio di un numero limitato di autorizzazioni al suo svolgimento? In quella sentenza la Corte aveva evidenziato come occorresse tenere in considerazione la circostanza per cui le autorizzazioni *de quibus* fossero rilasciate a livello comunale e non nazionale; una tale indicazione, secondo i giudici di Lussemburgo, era stata fornita per aiutare il giudice nazionale ad accertare la concreta sussistenza della “scarsità delle risorse” prevista dalla direttiva. Ora, invece, la Corte si sforza di essere più precisa sul punto e, soprattutto, offre rilevanti indicazioni, dal rilievo che va anche al di là della causa, in merito alla discrezionalità, che indubbiamente la direttiva concede agli Stati membri, da impiegare nella scelta dei criteri concretamente applicabili per accertare tale condizione preliminare. Significativo è, perciò, apprendere che una tale verifica possa essere condotta combinando insieme un approccio generale e astratto (a livello nazionale) e un approccio più specifico (caso per caso). Ciò in quanto, a parere dei giudici di Lussemburgo, una tale combinazione di criteri sarebbe “equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l’appropriatezza dell’attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune” (AGCM *c. Comune di Ginosa*, punto 47). Ancor più rilevante, forse, è la prescrizione, ora di ordine più generale e coerente con la consolidata giurisprudenza della stessa Corte, secondo cui, “in ogni caso” (AGCM *c. Comune di Ginosa*, punto 48), e dunque, verrebbe da ritenere, qualsiasi siano i criteri di volta in volta adottati, essi debbano necessariamente fondarsi su “criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati” (*ibidem*). Si tratta, come ben noto, dei medesimi criteri (cui potremmo aggiungere la parità di trattamento e il mutuo riconoscimento) ai quali i giudici di Lussemburgo imponevano di subordinare la disciplina nazionale delle concessioni di servizi quando essa era soggetta al solo diritto primario (dunque agli articoli sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi; *ex multis*, si veda sentenza della Corte del 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria Verlags e a.*); i medesimi criteri, del resto, che la stessa direttiva (all’art. 9) impone vengano osservati, in linea generale, nella disciplina, dettata dagli Stati membri, dei regimi di autorizzazione per l’accesso e/o l’esercizio di una data attività economica autonoma.

Per fornire la terza risposta al Tar per la Puglia, la Corte di giustizia deve affrontare un tema senz’altro di rilievo, per così dire, “costituzionale”, ovvero sia quello della scelta del fondamento giuridico di un atto dell’Unione da parte del legislatore di diritto derivato. Il dubbio del giudi-

ce *a quo* consisteva nella circostanza per cui alla base della direttiva 2006/123/CE siano stati posti gli artt. 47, par. 2, e 55 del Trattato CE (attuali artt. 53 e 62 TFUE) e non l'art. 94 (attuale art. 115 TFUE). Quest'ultima disposizione, espressamente prevista per l'adozione di direttive "volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno", sarebbe stata, lascia intendere il giudice amministrativo italiano, più adeguata. Comportando essa una delibera del Consiglio all'unanimità e secondo la procedura legislativa speciale (con mera consultazione del Parlamento europeo), però, ne discenderebbe l'invalidità della direttiva 2006/123/CE, invece adottata sulla base delle due differenti basi giuridiche appena sopra menzionate e, dunque, con un voto a maggioranza qualificata del Consiglio. Premessi alcuni rinvii a principi consolidati della propria giurisprudenza, incentrati, in estrema sintesi, sulla necessità che a guidare il legislatore dell'Unione in tale difficile operazione debbano essere elementi quanto più possibile oggettivi, quali lo scopo e il contenuto dell'atto, e sulla circostanza per cui sia da ritenersi del tutto eccezionale prevedere per un atto una duplice base giuridica, decisione peraltro impossibile, come nel caso che qui occupa la Corte, qualora le basi giuridiche astrattamente impiegabili presentino procedure fra loro incompatibili, i giudici di Lussemburgo ritengono pienamente valida la direttiva. Avuto riguardo, infatti, al suo obiettivo principale, agevolare l'accesso alle attività non salariate e il loro esercizio, essa è senz'altro volta, come recita l'attuale art. 53, par. 1, TFUE, "al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste". La disposizione in parola, per di più, viene espressamente qualificata alla stregua di una norma speciale rispetto alla norma generale rappresentata dall'attuale art. 115 TFUE: correttamente, dunque, il legislatore della direttiva 2006/123/CE l'ha privilegiata.

4. *La riconosciuta diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e il conseguente obbligo di disapplicazione, anche per le amministrazioni comunali, delle disposizioni nazionali con tale articolo contrastanti*

La presa di posizione senz'altro più attesa della Corte di giustizia è quella che riguarda il quesito circa la possibilità di riconoscere efficacia di-

retta all'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE. Come ben posto in evidenza (C. BURELLI, *Balneari. Dopo lo stop del Consiglio di Stato e il monito del Quirinale, in attesa della Corte di giustizia*, in *eublog.eu*, 31 marzo 2023), la risposta dei giudici di Lussemburgo assume un rilievo tanto più significativo per il fatto che, non essendosi ancora espressamente pronunciati in merito, è tale (forse) da porre definitivamente fine alla discordanza di voci registrata sul punto da parte dei differenti giudici nazionali.

Pare opportuno, a questo punto, tornare per un momento alle considerazioni di apertura di queste brevi note. Ciò eminentemente al fine di chiarire quella che potrebbe, a prima vista, suonare come una contraddizione nel ragionamento che qui si sta conducendo. Occorre, cioè, sottolineare, da un lato, che, alla luce della sua consolidata giurisprudenza, non v'erano concrete perplessità in merito a quanto, sul punto, avrebbe concluso la Corte di giustizia (ovverosia, come anticipato, che l'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE debba ritenersi produttiva di effetti diretti negli ordinamenti nazionali); dall'altro lato, che, sulla base, essenzialmente, della *ratio* stessa dell'art. 267 TFUE, per quanto la citata conclusione dovesse ritenersi del tutto prevedibile non per questo motivo essa debba ritenersi superflua. Avviando il ragionamento proprio da quest'ultima considerazione, giova partire da un presupposto ben noto agli studiosi del diritto dell'Unione, vale a dire, secondo le parole della dottrina, "che eventuali effetti diretti di una direttiva non possono considerarsi propri di questa in quanto tale, ma solo di sue specifiche disposizioni, nella misura in cui le stesse presentino caratteristiche tali da potere essere concretamente applicate dal giudice dinnanzi al quale siano invocate" (così, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 155). Ne deriva, a partire dal celeberrimo caso *Van Duyn*, la necessità di "esaminare, caso per caso, se la natura, lo spirito e la lettera della disposizione di cui trattasi consentano di riconoscerle efficacia immediata nei rapporti fra gli Stati membri ed i singoli" (sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, punto 12). Richiedendosi, perciò, un esame, come ricordato, "caso per caso", si potrebbe ben affermare che, rispetto alla possibilità di riconoscere efficacia diretta a talune disposizioni di una direttiva, fino a quando tale possibilità non venga effettivamente messa alla prova da parte di un giudice – innanzitutto, come ovvio, del giudice nazionale di fronte al quale tali disposizioni sono invocate –, potrebbe essere ragionevolmente, più o meno s'intende, lecito dubitare che esse presentino tali caratteristiche. Giungiamo, allora, al primo dei profili più sopra accennati, quello relativo alla *ratio* della competenza in via pregiudiziale della Corte di giustizia. Per

quanto, a parere di chi scrive, una simile conclusione fosse pacificamente desumibile dalla lettera della disposizione in parola, ovviamente letta alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, si conferma qui, se mai ve ne fosse stato davvero bisogno, l'assoluta centralità dell'istituto del rinvio pregiudiziale nell'ordinamento dell'Unione, "chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai trattati" (così, sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e a.*, punto 27), concepito com'è per assicurare un'interpretazione, e dunque una conseguente applicazione, uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri (per tutti G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO, vol. I, Napoli, 2021, p. 442). Ciò di cui si percepiva davvero la necessità, detto nel modo più semplice possibile, era l'esplicita presa di posizione da parte della Corte di giustizia intorno a un dubbio interpretativo che, lo si ribadisce, per quanto avesse ben poco motivo ragionevole di essere nutrito, pur tuttavia agitava, sotto traccia, la giurisprudenza di uno Stato membro e, soprattutto, consentiva, appunto fino a una inequivoca parola definitiva da parte dei giudici di Lussemburgo invitati a pronunciarsi in via pregiudiziale sul punto, pronunce fra loro discordanti. Come detto in apertura di queste brevi note, occorre infatti evidenziare come la necessità di disporre finalmente di tale evocata parola definitiva della Corte debba senz'altro motivarsi con il concreto contributo che essa porta, in piena coerenza con le finalità del rinvio pregiudiziale, alla definizione di una sorta di contenuto minimo e certo di diritti che, direttamente derivanti dalle disposizioni del mercato interno, persone fisiche e persone giuridiche degli Stati membri sono ora certi di poter invocare di fronte ai propri giudici nazionali.

Poste tali premesse, la sentenza del 20 aprile 2023 sancisce la diretta applicabilità sia dell'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra potenziali concessionari, sia del divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività. I giudici di Lussemburgo giungono a una tale conclusione applicando pedissequamente la propria giurisprudenza consolidata in tema di diretta applicabilità delle direttive (fra la giurisprudenza citata, *ex multis*, sentenza del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*; in dottrina, per tutti, F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 17 ss.). Nondimeno, con esplicito riferimento, in particolare, alla prima enunciazione, dunque all'obbligo per gli Stati membri di applicare una specifica procedura competitiva fra gli aspiranti concessionari (quanto al divieto di rinnovo au-

tomatico sarebbe, in effetti, sufficiente ricordare che l'art. 12 afferma inequivoco che "l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico"), la Corte offre significativi chiarimenti circa la possibilità di considerare fra loro non anti-tetici la riconosciuta diretta applicabilità delle disposizioni di una direttiva e la discrezionalità che, in ogni caso e pacificamente, residua, a partire proprio da quelle stesse disposizioni, in capo agli Stati membri in sede di attuazione di tale atto. Del tutto esplicitamente, infatti, essa riconosce che "anche se una direttiva concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità della sua attuazione, tale circostanza non incide sul carattere preciso e incondizionato delle sue disposizioni qualora tale margine di discrezionalità non escluda che sia possibile determinare alcuni diritti minimi e che sia, quindi, possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 65). Assorbente risulta il riferimento alla nozione di "obbligo di risultato" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 64) che la direttiva porrebbe a carico degli Stati membri e la considerazione per cui un tale obbligo debba sempre essere considerato "preciso e assolutamente incondizionato" (*ibidem*) anche laddove, come detto, la direttiva lasci agli Stati membri un qualche margine di discrezionalità nella sua attuazione. Il ragionamento dei giudici di Lussemburgo è, dunque, chiarissimo. Per quanto, come del resto già riconosciuto pochi punti di motivazione più sopra dalla Corte stessa, l'attuazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE implichi l'esercizio di un certo margine di discrezionalità da parte degli Stati membri (a partire dall'individuazione del suo stesso presupposto di fatto e per giungere alle reale "costruzione" di un procedimento di selezione che soddisfi taluni criteri imposti dall'osservanza dei principi generali in tema di libertà economiche di circolazione nel mercato interno), l'obbligo di risultato è, a suo giudizio, chiaro, incondizionato e sufficientemente preciso; si tratta, in sostanza, dell'obbligo di prevedere un meccanismo di selezione imparziale e trasparente, esplicitamente qualificato come il "contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 67). In questa presa di posizione, verosimilmente, è da leggersi il più rilevante valore aggiunto della sentenza in esame.

Peraltro, particolarmente significativo risulta poi sottolineare che una tale presa di posizione, di ordine, per così dire, "costituzionale" non appaia isolata – neppure essa, verrebbe da dire – nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia. *Mutatis mutandis* (ma, del resto, fra i numerosi precedenti cui rinvia è la stessa sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa* a far-

vi espresso riferimento) occorre ricordare come l'evocata diretta applicabilità di principi generali dell'ordinamento dell'Unione, come quello della proporzionalità delle sanzioni, faccia leva, nella sostanza, proprio su tale nozione di "obbligo di risultato". A fronte, cioè, delle perplessità manifestate dai giudici degli Stati membri in ordine alla effettiva possibilità di procedere alla disapplicazione di una disposizione interna perché in contrasto con un principio generale dell'ordinamento dell'Unione, perplessità motivata dal fatto di ritenere, nella sostanza, di non disporre davvero di una norma dell'ordinamento dell'Unione da applicare in luogo di quella nazionale, è appunto su considerazioni del tutto analoghe a quelle qui presentate che la Corte ha invece fondato un tale obbligo di disapplicazione. Nella pronuncia *NE* (8 marzo 2022, causa C-205/20; sia consentito il rinvio a D. DIVERIO, *Spetta al giudice nazionale valutare la proporzionalità delle sanzioni previste dalla disciplina del distacco disapplicando all'occorrenza le disposizioni di legge attuative della direttiva*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II, 2022, pp. 382-390), in effetti, la Corte ricorda che se è vero che il principio della proporzionalità delle sanzioni "concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel definire il regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della citata direttiva, un siffatto margine di discrezionalità trova i propri limiti nel divieto, enunciato in termini generali e inequivocabili da detta disposizione, di prevedere sanzioni sproporzionate" (punto 27). Sarebbe, perciò, proprio tale divieto, connotato dalle caratteristiche (richieste) della sufficiente determinatezza e incondizionalità, a rappresentare quell'"obbligazione di risultato[,] precisa e assolutamente incondizionata quanto all'applicazione della regola da essa enunciata" (*NE*, punto 19), espressamente enunciata nella sentenza qui in commento come norma dal contenuto minimo direttamente applicabile (e, per analogia, si rinvia altresì a Corte costituzionale, 16 marzo 2022, n. 67; *ex multis*, S. FILIPPI, *Una inammissibilità che conferma l'impegno della Consulta nel dialogo con Lussemburgo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2022, pp. 2157-2166; B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *giustiziainsieme.it*, 31 marzo 2022).

Naturalmente, come già avvenuto in occasione di precedenti particolarmente illustri (si veda, ad esempio, seppure con riferimento al diritto primario dell'Unione, sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e a.*, punto 41), la Corte di giustizia non manca di precisare che tut-

to il ragionamento fin qui ricordato, che ha consentito di concludere nel senso di riconoscere diretta applicabilità all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, non esime certamente il legislatore italiano dall'obbligo di rispettare il contenuto della disciplina che tale art. 12 pone e, in una parola, di garantire dunque il recepimento effettivo di tale disposizione della direttiva nell'ordinamento giuridico interno. Ecco, come si anticipava all'inizio di queste brevi note, un ulteriore (o l'unico) livello, tuttavia minimo, di lettura della sentenza in parola. Pur nel contesto di un rinvio pregiudiziale e pur avendo dissipato ogni dubbio in capo al giudice di tale rinvio circa la possibilità, nella sostanza, di garantire che il contenuto minimo della direttiva, nella parte che qui viene in rilievo, trovi applicazione attraverso (come appunto si dirà esplicitamente) la disapplicazione del regime interno incompatibile con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, la Corte certifica, per così dire, l'inadempimento continuato dello Stato italiano, concretizzatosi non soltanto in una sua inerzia nella traduzione, nel proprio ordinamento, dei principi contenuti in tale art. 12 ma anche nella previsione di una normativa pacificamente in contrasto con questi ultimi.

Anche per l'ultima risposta resa dalla Corte di giustizia, si conferma, forse addirittura accentuandosi, l'impressione di *déjà-vu* che, come si anticipava, ha accompagnato l'intera lettura della pronuncia in commento. I giudici di Lussemburgo possono infatti limitarsi a rinviare al proprio precedente *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano* (22 giugno 1989, causa 103/88) per rispondere al Tar per la Puglia che "l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie [all'obbligo e al divieto previsti dall'art. 12, parr. 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE] incumb[e] ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali" (*AGCM c. Comune di Ginosa*, punto 79). In quell'occasione, essi avevano del resto affermato molto chiaramente che sarebbe "contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva [direttamente applicabile], allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi", concludendo perciò che a un tale obbligo fossero da ritenersi tenuti "tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni" (*Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, punto 31). Il precedente era, dunque, ben noto ma la precisazione (per quanto in forma di ripetizione) è nondimeno utile posto che, in occasione di *Promoimpresa*, la Corte aveva espressamente affermato che, in quella specifica situazione, spettasse al giudice nazionale verificare la sussi-

stenza dei requisiti preliminari per poter ritenere applicabile l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Rispondendo qui al giudice del rinvio, essa intende fugare ogni dubbio in merito al fatto che un tale obbligo incomba, in linea generale, su qualsiasi organo debba applicare l'art. 12 della direttiva, dunque anche quello amministrativo, esplicitamente tenuto infatti a garantire, in forza di tale disposizione, "una procedura di selezione tra i candidati potenziali e [...] tutte le condizioni previste da detta disposizione [...] disapplicando, se del caso, le norme del diritto nazionale non conformi" (AGCM c. *Comune di Ginosa*, punto 78).

5. *Considerazioni conclusive: il quesito pregiudiziale rimasto senza risposta*

Quella resa lo scorso 20 aprile appare, in definitiva, una sentenza opportuna perché ha chiarito in modo definitivo gli aspetti sui quali si è pronunciata; sebbene si tratti di profili sui quali si poteva ben immaginare quale potesse essere la posizione della Corte di giustizia. Nondimeno, resta appunto molto rilevante l'affermazione della diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE; una presa di posizione già ricavabile (pacificamente, a parere di chi scrive) dalla pronuncia *Promoimpresa* ma che, effettivamente, non essendo stata in quell'occasione espressamente sancita poteva considerarsi una sorta di poco chiaro e dunque equivoco 'non detto'. Parimenti, qualche preziosa indicazione è stata fornita in merito al contenuto (e alla modalità di esercizio) della discrezionalità che tale art. 12 concede alle competenti autorità degli Stati membri in ordine all'individuazione delle sue stesse premesse fattuali.

Qualche perplessità, semmai, si appunta sulla circostanza per cui la Corte non abbia preso esplicita posizione intorno all'argomento, di fatto, più cavalcato nel contesto nazionale per opporsi alla piena applicazione di tale disposizione della direttiva e addivenire a una riforma della disciplina in parola in senso conforme al diritto del mercato interno dell'Unione. Il vero e proprio, se è consentito così definirlo, elefante nella stanza (o per meglio dire, qui, ... sulla spiaggia) che il giudice del rinvio porta apertamente allo scoperto nella sua ultima (la nona) questione pregiudiziale, rappresentato dagli effetti più venalmente concreti che scaturirebbero dalla, ormai apertamente riconosciuta, diretta applicabilità dell'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE. Il Tar per la Puglia si domanda, infatti, se in applicazione di tale ultima disposizione si verifichi l'effetto, in costanza dell'art. 49 del Codice della Navigazione (ai sensi del quale all'atto di ces-

sazione della concessione “tutte le opere non amovibili restano acquisite dallo Stato senza alcun compenso o rimborso”), di recare attentato al diritto fondamentale di proprietà e, più in particolare, all’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione. Appare del tutto chiaro quale sia il dubbio del giudice del rinvio: l’obbligo di disapplicazione potrebbe, a sua volta, ritenersi da disapplicare (dunque non operante) in considerazione del fatto che esso stesso determinerebbe, in concreto, un’illegittima lesione di un diritto fondamentale al quale lo stesso ordinamento dell’Unione garantisce tutela.

Come detto, la Corte di giustizia non risponde alla nona questione pregiudiziale prospettata ritenendo che il giudice italiano non le abbia davvero esposto tutti gli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la situazione concreta sorta dinnanzi a esso. La controversia, a parere dei giudici di Lussemburgo, riguarda infatti la proroga delle concessioni e non già la questione del diritto del concessionario uscente a un qualche genere di compenso per le opere inamovibili che esso abbia edificato sul terreno avuto in concessione. Appare tuttavia piuttosto evidente come i due profili siano strettamente connessi e consequenziali l’uno all’altro. Non occorre, neppure in questo caso, possedere particolari doti predittive, dunque, per prevedere fin da ora, in tempi probabilmente anche molto brevi, un nuovo rinvio pregiudiziale che, in maniera più circostanziata sul punto questa volta, sollevi espressamente (e solo) la questione della tutela che l’ordinamento dell’Unione intenda concretamente accordare al concessionario uscente (e al suo diritto fondamentale di proprietà) in conseguenza della disapplicazione della norma interna incompatibile con la direttiva 2006/123/CE.

