

14 GIUGNO 2023

La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE

di Ginevra Greco

Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea  
Università degli Studi di Milano



# La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE \*

di **Ginevra Greco**

Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea  
Università degli Studi di Milano

**Abstract [It]:** Il contributo, nel commentare la recente sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, si sofferma su taluni aspetti applicativi, che appaiono problematici. Si tratta, sul piano generale, dei rapporti tra la sentenza della Corte di giustizia e le sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021 negli aspetti in cui sussiste una certa asimmetria. Si tratta poi della valutazione nel caso di specie dell'effetto diretto dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* e delle conseguenze che ne derivano.

**Title:** The Court of Justice returns to beach concessions by clarifying the rules: problems overcome and problems still open in the national application of EU law

**Abstract [En]:** The essay dwells on certain application aspects, which appear problematic, commenting on the recent judgment of the Court of Justice *AGCM v. Comune di Ginosa*. It deals, on a general level, with the relationship between the Court of Justice's ruling and the Plenary Assembly nos. 17 and 18 of 2021 in those aspects where there is a certain asymmetry. It is then a question of the assessment in the present case of the direct effect of Article 12 of the *Bolkestein* directive and its consequences.

**Parole chiave:** Concessioni balneari; *Bolkestein*; Efficacia diretta; Effetto di esclusione; Effetto di sostituzione

**Keywords:** Beach concessions; *Bolkestein*; Direct effect; Invocability of exclusion; Invocability of substitution

**Sommario:** 1. Il precedente della sentenza *Promoimpresa*; 2. Le statuizioni della nuova sentenza della Corte; 3. Cenni sullo scenario nazionale; 4. Rapporti tra le statuizioni della sentenza della Corte e quelle dell'Adunanza Plenaria; 5. Effetti diretti della direttiva: verticali ma inversi?; 6. Riassumendo e concludendo

## 1. Il precedente della sentenza *Promoimpresa*

Un anno e mezzo dopo le “sentenze gemelle” dell'Adunanza Plenaria<sup>1</sup>, la Corte di giustizia il 20 aprile

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Si tratta delle sentenze del 9 novembre 2021 nn. 17 e 18. In dottrina cfr. E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustiziasieme*, 30 dicembre 2021; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *eurojus*, fasc. 1, 2022; numero speciale della rivista *Diritto e Società*, n. 3, 2021, tra i quali si segnalano quelli di M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn.17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, ivi, pp. 331 e ss.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, ivi, pp. 359 e ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, ivi, pp. 385 e ss.; M. GOLLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una annosa vicenda o resta ancora aperta?*, ivi, pp. 401 e ss.; B. CARAVITA DI TORITTO E G. CARLOMAGNO, *Appendice*, ivi, pp. 621 e ss. Si devono segnalare anche i contributi di F. FRANCIOSI, *Se questa è nomofilachia. Il diritto amministrativo 2.0 secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. (Recensione al fascicolo monotematico della Rivista Diritto e Società n. 3/2021 “La proroga delle ‘concessioni balneari’ alla luce delle sentenze 17 e 18/2021)*, in *giustizia insieme*, 28 gennaio 2022 e di M.P. CHITI, *Juger l'administration c'est aussi*

2023<sup>2</sup> (*AGCM c. Comune di Ginosa*) è tornata a pronunciarsi sulla questione c.d. dei balneari, a seguito di un rinvio pregiudiziale operato dal Tar Puglia (Lecce)<sup>3</sup>. Lo stesso Tar Lecce era stato giudice di primo grado proprio in uno dei due giudizi rimessi all'Adunanza Plenaria<sup>4</sup>: il che dimostra (insieme ad altre vicende, di cui si dirà) la forte dialettica venutasi a creare tra tale Tar e il Consiglio di Stato.

La Corte di giustizia, com'è noto, era già stata chiamata a pronunciarsi, con la sentenza *Promoimpresa* del 2016<sup>5</sup>, sulla compatibilità della normativa nazionale italiana -che consentiva la proroga automatica delle concessioni marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative- con l'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. *Bolkestein*) e con l'art. 49 del TFUE sulla libertà di stabilimento. Norma, quest'ultima, anch'essa pertinente a disciplinare le concessioni balneari, ma da applicare (in quanto diritto primario) subordinatamente alle disposizioni delle misure di armonizzazione, quali quelle della direttiva *Bolkestein*.

A tal proposito la sentenza *Promoimpresa* aveva anzitutto escluso che le concessioni marittime potessero rientrare tra le concessioni di servizi disciplinate dalla Direttiva 2014/23/UE, poiché «*le concessioni [marittime] vertono non su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale*»<sup>6</sup>. Di poi aveva giudicato -sia pure sulla base di una rappresentazione dell'istituto nazionale che ha suscitato non poche perplessità<sup>7</sup>- che dette concessioni «*possono quindi essere 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 esercitare la loro attività economica*»<sup>8</sup>.

Tuttavia, già in quell'occasione la Corte aveva sottolineato che ciò non significava che la menzionata Direttiva dovesse trovare sempre applicazione. Infatti, detto art. 12 statuisce che «*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*». L'applicazione, dunque, del citato art. 12 dipende anche dalla «*questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali*». Ma «*spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto*»<sup>9</sup>.

---

*légiférer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime*, in RIDPC, 2021, pp. 869 e ss.; e ancora M.A. SANDULLI, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *giustizia insieme*, 16 febbraio 2022.

<sup>2</sup> Corte giust., 20 aprile 2023, causa C-348/22, *AGCM c. Comune di Ginosa*, ECLI:EU:C:2023:301

<sup>3</sup> TAR Lecce, ordinanza, 15 maggio 2022 n. 743.

<sup>4</sup> TAR Lecce, Sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73

<sup>5</sup> Corte giust., 14 luglio 2016, in cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*, ECLI:EU:C:2016:558.

<sup>6</sup> Cfr. punto 47 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

<sup>7</sup> Perplessità in proposito sono state rappresentate dal Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo nella risposta alla lettera di costituzione in mora ex art. 258 TFUE, in data 4 febbraio 2021 (procedura d'infrazione PI2020/4118).

<sup>8</sup> Cfr. punto 41 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

<sup>9</sup> Cfr. punto 43 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

La sentenza della Corte (*AGCM c. Comune di Ginosa*, che si potrebbe chiamare anche *Promoimpresa II*) riparte da tale precedente giurisprudenziale, da un lato ampliandolo per rispondere ai quesiti del Giudice nazionale, dall'altro lato operando talune precisazioni molto importanti su cui si tornerà. Viceversa, detta sentenza non ritorna più sulla questione della libertà di stabilimento ex 49 TFUE, già trattata nella sentenza *Promoimpresa*, il cui insegnamento («l'art. 49 TFUE [...] osta a [...] una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche [...] per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo»)<sup>10</sup> risulta dunque confermato<sup>11</sup>.

## 2. Le statuizioni della nuova sentenza della Corte.

I punti salienti della nuova sentenza della Corte<sup>12</sup> possono essere sintetizzati, prescindendo dal loro ordine di trattazione, come segue.

a) La Corte, esaminando il profilo di validità, ha innanzitutto dichiarato che «non è emerso alcun elemento idoneo ad inficiare la validità della direttiva 2006/123», poiché il «Consiglio ha correttamente deliberato a maggioranza qualificata, conformemente all'ultima frase dello stesso articolo 47, paragrafo 2, al quale peraltro rinvia l'articolo 55 CE»<sup>13</sup>.

La censura prospettata riguardava le modalità di approvazione della direttiva *Bolkestein*, approvata a maggioranza qualificata, anziché all'unanimità come previsto dall'allora art. 94 CE per gli atti di armonizzazione. Ma la Corte, rilevando che la citata direttiva persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inscindibili, senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro, ha giudicato che «il legislatore dell'Unione ha [...] correttamente privilegiato l'articolo 47, paragrafo 2, prima e terza frase, CE e l'articolo 55 CE [in quanto norme speciali, n.d.r.] rispetto all'articolo 94 CE [in quanto norma generale, n.d.r.]»<sup>14</sup>.

b) Passando poi dai profili di validità a quelli di interpretazione, la Corte si è soffermata sul quesito relativo alla problematica del carattere *self executing* dell'art. 12 della *Bolkestein* e lo ha risolto in senso affermativo, come implicitamente (ma del tutto chiaramente) aveva già riconosciuto nella sentenza *Promoimpresa*. Infatti, l'art. 12 pone in capo agli Stati membri un obbligo preciso e non condizionato di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente per il rilascio delle “autorizzazioni” (tra le quali rientrano le concessioni balneari), nonché il divieto di rinnovare automaticamente dette autorizzazioni.

---

<sup>10</sup> Cfr. secondo capoverso del dispositivo della sentenza *Promoimpresa*, cit.

<sup>11</sup> Tenuto conto che «l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, occorre ricordare che quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenze del 14 novembre 2013, *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 29 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 17 dicembre 2015, *UNIS e Beaudout Père et Fils*, C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 30)» cfr. punto 66 della sentenza *Promoimpresa*, cit.

<sup>12</sup> Per una prima ampia disamina cfr. D. DIVERIO, *Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa AGCM c. Comune di Ginosa*, in *BlogDUE*, 28 aprile 2023.

<sup>13</sup> Cfr. punti 50 e ss. della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>14</sup> Cfr. punto 58 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

In particolare, «*la Corte ha precisato che una disposizione del diritto dell'Unione è, da un lato, incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione, né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione, o degli Stati membri, ulteriore rispetto a quello con cui viene recepita nel diritto nazionale e, dall'altro, sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini inequivocabili*»<sup>15</sup>.

Né in senso contrario si potrebbe sostenere che il citato art. 12 presenterebbe un carattere “condizionato”, dato che la sua applicazione è subordinata alla sussistenza di una “scarsità delle risorse naturali”. Infatti, nonostante la direttiva conceda «*agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell'adozione delle modalità della sua attuazione [in ordine alla scarsità delle risorse, n.d.r.], 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*»<sup>16</sup>. L'accertamento (con un certo margine di discrezionalità) della scarsità delle risorse è dunque un presupposto di applicazione della norma (come del resto l'inquadramento della fattispecie tra le “autorizzazioni” ex art. 4, punto 6 della direttiva), che non condiziona l'effetto diretto della norma medesima.

c) In ordine sempre all'ambito di applicazione dell'art. 12 della Direttiva, la Corte ha ricordato la propria giurisprudenza costante, che ha chiarito più volte che in «*base a un'interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica della direttiva 2006/123, [...] le disposizioni del capo III di quest'ultima, relativo alla libertà di stabilimento dei prestatori, le quali includono l'articolo 12 di tale direttiva, devono essere interpretate nel senso che esse si applicano, in particolare, a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro*»<sup>17</sup>. Infatti, il presupposto per l'applicazione dell'art. 12 della Direttiva non è la presenza di un interesse transfrontaliero certo (previsto invece per l'applicazione dell'art. 49 TFUE, sul quale si tornerà), ma è quello della scarsità delle risorse naturali.

d) Per valutare tale ultimo requisito, se è pur vero che «*alla luce del suo tenore letterale, l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili*»<sup>18</sup>, è però altrettanto vero che deve trattarsi di «*criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati*»<sup>19</sup>, combinando un approccio generale e astratto a livello nazionale (idoneo «*a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste*») con un approccio caso per caso, basato su un'analisi del

<sup>15</sup> Cfr. punto 64 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>16</sup> Cfr. punto 65 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>17</sup> Cfr. punto 40 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>18</sup> Cfr. punto 46 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>19</sup> Cfr. punto 48 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

territorio costiero del comune in questione (idoneo ad assicurare «*al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi*»<sup>20</sup>).

Tali precisazioni, anche se non confutano del tutto l'impostazione dell'Adunanza Plenaria del 2021 (che, come si ricorderà, ha compiuto una valutazione – corretta o errata che sia – estesa a tutto il territorio nazionale), certo la mettono in discussione<sup>21</sup>. Perché risulta palese la preferenza della Corte per una valutazione che comunque riguardi anche la situazione esistente a livello locale.

e) Detta valutazione, tenuto conto dell'effetto diretto dell'art. 12 della direttiva e dell'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, incombe «*ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali*»<sup>22</sup>, così come già statuito dalla Corte di giustizia fin dalla sentenza *Fratelli Costanzo* del 1989<sup>23</sup>. In particolare, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 12 alle concessioni balneari, la Corte ha precisato che ove il numero di autorizzazioni disponibili sia limitato «*per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, ogni amministrazione è tenuta ad applicare, in forza di tale disposizione, una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste da detta disposizione siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionale non conformi*»<sup>24</sup>.

### 3. Cenni sullo scenario nazionale

Questi i 5 punti delle statuizioni della Corte di giustizia del 20 aprile 2023. Si tratta di statuizioni che, vista l'efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte<sup>25</sup>, non vincolano solo il giudice *a quo*, ma si inseriscono nel più ampio scenario della situazione italiana, che persino il Presidente della Repubblica ha denunciato apertamente, rilevando che essa «*sollev[a], specifiche e rilevanti perplessità*», presentando «*profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive [che] accrescono l'incertezza del quadro normativo*»<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. punto 47 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>21</sup> Sull'argomento si tornerà *infra* par. 4.

<sup>22</sup> Cfr. punto 79 (in combinata lettura con il punto 78) della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>23</sup> Cfr. Corte giust., 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256.

<sup>24</sup> Cfr. punto 78 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>25</sup> L. DANIELE, *Commento all'art. 267 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TZZANO, Milano, 2014, p. 2020 e ss.

Cfr. anche B. NASCIBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *RIDPC*, 2009, p. 1684, che precisa: «*La sentenza, considerato il valore oggettivo della competenza esercitata dalla Corte, assume un valore generale ed esplica i suoi effetti anche al di fuori del caso concreto, pronunziandosi su punti di diritto [...] L'efficacia è dunque erga omnes*».

Cfr. anche C. SCHEPISI, *Il tormentato rapporto tra il Consiglio di Stato e la Corte di giustizia e la revocazione per contrasto con il diritto dell'Unione (brevi riflessioni a margine della sentenza Hoffmann-La Roche)*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3, 2022, p. 2, che richiama Corte giust. 11 marzo 1980, causa 104/79, *Foglia Novello*, ECLI:EU:C:1980:73.

Del resto, come è stato puntualmente sottolineato in dottrina (Cfr. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 232), l'art. 23 dello Statuto della Corte prevede la partecipazione al giudizio anche degli Stati membri, della Commissione e di altre Istituzioni dell'Unione, con diritto di presentare memorie e osservazioni scritte: e tale partecipazione non si giustificerebbe se la pronuncia della Corte non fosse idonea a produrre i propri effetti anche al di fuori della causa principale e nell'ordinamento degli Stati membri.

<sup>26</sup> Cfr. Lettera del Presidente della Repubblica del 24 febbraio 2023 e indirizzata ai presidenti di Camera e Senato e alla presidente del Consiglio dei ministri.

La conferma si è avuta pochi giorni dopo tale lettera-monito. Infatti, con sentenza del 1° marzo 2023 n. 2192 (su impugnazione di un'ulteriore pronuncia del TAR Lecce<sup>27</sup>), la sesta Sezione del Consiglio di Stato ha statuito che la nuova norma contenuta nell'art. 10-quater, comma 3, del d.l. n. 198/2022 (il c.d. "milleproroghe", convertito con modificazioni dalla l. n. 14/2023) «*si pone in frontale contrasto*» con la disciplina di cui all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Il citato art. 10-quater, comma 3 ha previsto, infatti, un'ulteriore proroga automatica e indiscriminata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative e la relativa norma «*va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato*».

Quest'ultima sentenza si muove in linea con le statuizioni delle citate sentenze "gemelle" dell'Adunanza Plenaria, che da un lato hanno giudicato che le norme legislative nazionali che hanno disposto «*e che in futuro dovessero ancora disporre*» proroghe automatiche sono in contrasto con il diritto dell'Unione, e, dall'altro lato, hanno stabilito che gli effetti di tali pronunce fossero posticipati al 31 dicembre 2023, modulando così gli effetti temporali del giudizio<sup>28</sup> senza alcuna autorizzazione in tal senso da parte della Corte<sup>29</sup>. A differenza dell'Adunanza Plenaria, però, detta sentenza della sesta Sezione non ha posticipato gli effetti della sentenza al 31 dicembre 2023.

La sentenza del Consiglio di Stato da ultimo citata, se dal punto di vista dell'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* risulta in linea con le sentenze della Corte, lascia però aperta la problematica dei criteri di valutazione dell'elemento fondamentale per l'applicazione stessa dell'art. 12 e cioè l'accertamento della scarsità delle risorse naturali. Infatti, sebbene detta sentenza non si è fermata solo all'affermazione generale dell'Adunanza Plenaria (e cioè che «*nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione*»<sup>30</sup>), ma ha utilizzato l'ulteriore approccio basato caso per caso su un'analisi del territorio costiero del singolo comune, tuttavia le conclusioni raggiunte fanno insorgere notevoli perplessità.

Infatti, l'affermazione che «*nel Comune di Manduria l'arenile concedibile per finalità turistico ricreative è di appena 3 km, di cui 500 mt già assegnati in concessione [sicché] deve ritenersi che nel detto comune sia dimostrata la scarsità del bene di che trattasi*»<sup>31</sup>, appare irragionevole e non proporzionata. Non si vede, infatti, quale diversa situazione fattuale potrebbe meglio giustificare la sussistenza del presupposto delle risorse non scarse in quel Comune, dato che risultavano assegnate solo un sesto delle aree disponibili.

---

<sup>27</sup> TAR Lecce, Sez. I, 29 giugno 2021, n. 981

<sup>28</sup> Punti 46 e ss. delle citate sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria.

<sup>29</sup> Sull'argomento mi permetto di rinviare al mio contributo G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *Eurojus*, fasc. 1, 2022, in particolare pp. 210 e ss.

<sup>30</sup> Cfr. punto 25 e ss. delle citate sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria.

<sup>31</sup> Così il Consiglio di Stato nella sentenza n. 2192 del 1° marzo 2023 cit.

Va soggiunto che anche le sentenze dell'Adunanza Plenaria hanno sortito taluni effetti, che si potrebbero definire singolari. Infatti, pur avendo ritenuto di applicare il diritto dell'Unione nel modo più rigoroso (e restrittivo per il diritto interno), l'Adunanza Plenaria ha finito in alcuni casi per ottenere risultati esattamente opposti.

Ci si riferisce ai giudizi di rinvio, che hanno dato luogo alle sentenze “gemelle” e che riguardavano casi in cui le autorità amministrative locali avevano già provveduto a negare la proroga delle concessioni richieste. Avevano cioè puntualmente applicato il diritto dell'Unione, nella versione accolta da parte dell'Adunanza Plenaria.

Tuttavia, avendo quest'ultima disposto una efficacia posticipata delle sentenze di merito (come si è accennato), il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, giudice a quo in una delle due sentenze gemelle, non ha potuto che prenderne atto<sup>32</sup>. Ed è giunto così alla paradossale conclusione di accertare la persistente efficacia della proroga della concessione demaniale marittima sino al 31 dicembre 2023, così paralizzando il diniego di proroga nonostante che lo considerasse del tutto legittimo.

Da ultimo (rispetto alla stesura delle presenti note) occorre segnalare una nuova sentenza del TAR Lecce<sup>33</sup>, pubblicata il giorno successivo alla sentenza della Corte di giustizia (qui esaminata), che ha dichiarato improcedibile un ricorso avverso un diniego di avvio della procedura di evidenza pubblica per il rilascio di concessioni demaniali marittime. Il TAR Lecce ha così giudicato in base alla proroga prevista dall'art. 3 della L. 8 agosto 2022 n. 118 e sul rilievo che *«in mancanza dei decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, al Comune di Porto Cesareo è fatto divieto, allo stato, di avviare la procedura concorrenziale richiesta dalla ricorrente»*<sup>34</sup>.

Non v'è traccia sorprendentemente in detta sentenza di alcun riferimento al diritto dell'Unione, né all'obbligo di disapplicazione della normativa nazionale contrastante.

Infine, si deve registrare la pubblicazione di una serie di sentenze del TAR Campania (Salerno)<sup>35</sup>, che sono pervenute alla medesima conclusione di improcedibilità dei ricorsi a seguito della legge di proroga, di cui si è detto. E ha ritenuto di poter giustificare detta proroga (tanto da non porsi il tema della

<sup>32</sup> Cons. Giust. Amm., 24 gennaio 2022, n. 116.

<sup>33</sup> TAR Lecce, Sez. I, 21 aprile 2023, n. 523.

<sup>34</sup> Punto 6.2 della sentenza del TAR Lecce ult. cit. proprio perché la legge n. 14 del 24-2-2023 di conversione del d.l. n. 198 del 29-12-2022 (cd. Milleproroghe), il cui art. 1, punto 8, ha stabilito espressamente che: “Alla legge 5 agosto 2022, n. 118, sono apportate le seguenti modificazioni: [...] b) all'articolo 4, dopo il comma 4 è inserito il seguente: «4-bis. Fino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b)». Il TAR ha così ritenuto che *«il legislatore abbia inteso bloccare tutti i bandi al rilascio di nuove concessioni demaniali marittime in attesa della adozione dei decreti legislativi deputati a raccogliere ed elaborare i dati funzionali alla indizione di nuove gare, onde garantire il “razionale e sostenibile utilizzo” del demanio marittimo, tanto in riferimento alla concessioni in essere, quanto (e a più forte ragione) in riferimento a quelle di nuova assegnazione»* cfr. punto 6.4.

<sup>35</sup> Sentenze del TAR Campania, Salerno, 20 aprile 2023, nn. 887, 888, 889, 890 e 891.

disapplicazione) in base al principio di diritto enunciato dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria in ordine all'efficacia posticipata al 31 dicembre 2023 della caducazione delle proroghe.

#### 4. Rapporti tra le statuizioni della sentenza della Corte e quelle dell'Adunanza Plenaria.

Dal complesso della giurisprudenza nazionale, in sintesi richiamata, è chiaro che il “nodo”, che non risulta ancora chiarito, è quello dei rapporti tra gli enunciati delle sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria e quanto statuito dalla Corte di giustizia, sia nella sentenza *Promoimpresa*, sia nella sentenza in commento. Tenuto conto che le sentenze dell'Adunanza Plenaria sono espressione della nomofilachia del supremo consesso amministrativo (art. 99, c.p.a.) e dunque vincolano il giudice amministrativo (e così anche l'amministrazione) ad osservare le relative statuizioni, salva nuova rimessione all'Adunanza Plenaria stessa (art. 99, c.3, c.p.a): si tratta, infatti, degli effetti del c.d. *stare decisis*, che si affiancano a quelli (eventuali) di “*giudicato interno*”, che vincolano solo il giudice della causa principale<sup>36</sup>.

L'Adunanza Plenaria, per quel che qui rileva:

- a) ha giudicato, come si è ricordato, che le concessioni turistico-ricreative costituiscono una risorsa scarsa in tutto il territorio nazionale<sup>37</sup>;
- b) conseguentemente ha giudicato essere doverosa la disapplicazione delle leggi di proroga da parte del giudice comune e dell'amministrazione<sup>38</sup>;
- c) ha giudicato infine, facendo valere la “portata nomofilattica” delle proprie decisioni, che gli effetti di detta disapplicazione (con conseguente caducazione degli atti amministrativi di proroga) dovessero essere posticipati al 31 dicembre 2023<sup>39</sup>.

La sentenza in commento della Corte ha giudicato, peraltro, che l'art. 12, c.1, della direttiva 2006/123 «*deve essere interpretata nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione*»<sup>40</sup>.

Dunque, la sentenza della Corte ha indicato un criterio di analisi delle “risorse scarse” alquanto diverso da quello utilizzato dall'Adunanza Plenaria. O, meglio, ha ritenuto conforme alla Direttiva che il giudice o l'amministrazione possano anche avvalersi di un criterio di valutazione caso per caso (e con riferimento al livello locale), che, proprio perché diverso, potrebbe condurre a risposte in tutto o in parte diverse da quelle fornite in proposito dall'Adunanza Plenaria.

<sup>36</sup> Per un'applicazione di tali concetti si rinvia a Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2017, ordinanza n. 167, punto 15.1.

<sup>37</sup> Punto 25 delle sentenze dell'Adunanza Plenaria cit.

<sup>38</sup> Punto 32 delle sentenze dell'Adunanza Plenaria cit.

<sup>39</sup> Punti 46 e 48 delle sentenze dell'Adunanza Plenaria cit.

<sup>40</sup> Cfr. punto 2 del dispositivo della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

Inoltre, la medesima sentenza, nell'affermare in modo esplicito il carattere di effetto diretto dell'art. 12 della direttiva (con obbligo di procedura concorsuale), ha ribadito il divieto «di prevedere proroghe automatiche e generalizzate»<sup>41</sup>, senza peraltro alcun cenno a possibili differimenti temporali (del resto non richiesti dal giudice del rinvio). Viceversa, ha chiarito che «tale obbligo e tale divieto si applic[a]no solo nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili»<sup>42</sup>.

Ci si deve chiedere, dunque, se – fermo restando il contrasto di ogni legge di proroga indiscriminata delle concessioni turistico-ricreative con l'art. 12 della Direttiva *Bolkestein* – le amministrazioni e i giudici comuni possano comunque differirne nel tempo le conseguenze. E se debbano attenersi alle valutazioni operate dall'Adunanza Plenaria in ordine alla scarsità delle risorse naturali o possano, viceversa, prescindere, operando un'autonoma valutazione sulla base dei criteri indicati dalla Corte.

Si tratta di stabilire, in altri termini, la “resistenza” delle sentenze dell'Adunanza Plenaria, rispetto alle statuizioni delle sentenze della Corte.

Una problematica analoga è stata affrontata, come è noto, dalla Corte di giustizia nella c.d. sentenza *Puligienica*<sup>43</sup>. Nella quale la Corte era stata chiamata a risolvere il quesito se «osti [...] con l'art. 267 TFUE, l'art. 99, c.3 [c.p.a.], nella parte in cui tale disposizione processuale stabilisce la vincolatività, per tutte le sezioni e i collegi del Consiglio di Stato [id est, per il giudice amministrativo e, si direbbe anche, per le amministrazioni, n.d.r] di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, anche laddove consti in modo preclaro che detta adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea»<sup>44</sup>.

La risposta della Corte è nota ed è stata del seguente tenore: «dopo aver ricevuto la risposta della Corte [...] una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare di tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione»<sup>45</sup>. E lo stesso Consiglio di Stato ha fatto buon uso di tale principio, allorché, poco tempo dopo, ha riconosciuto che l'«autorità dello stare decisis [...] è “cedevole” in caso di sospettato contrasto della sentenza dell'Adunanza Plenaria con il diritto euro-unitario»<sup>46</sup>.

Né poteva essere diversamente.

Se infatti si consentisse a un giudice nazionale, dotato di potere nomofilattico, di vincolare i giudici del proprio ordinamento, in modo tale da paralizzare gli effetti di una sentenza interpretativa della Corte, l'intero meccanismo di collaborazione tra giudici, istituito dall'art. 267 TFUE, verrebbe a cadere. Il che

---

<sup>41</sup> Cfr. punti 69 e 74 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>42</sup> Cfr. punto 71 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>43</sup> Corte giust., 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Puligienica*, ECLI:EU:C:2016:199.

<sup>44</sup> Cons. giust. amm. Reg. sic., 17 ottobre 2013, ord. n. 848.

<sup>45</sup> Corte giust., 5 aprile 2016, causa C-689/13, cit., punto 3 del dispositivo.

<sup>46</sup> Così Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2017, ordinanza n. 167, punto 16.2, cit.

risulterebbe in frontale contrasto con il medesimo art. 267 TFUE che, com'è stato più volte riconosciuto, costituisce la “chiave di volta” dell'intero sistema<sup>47</sup>.

Se si applicano dette coordinate ricostruttive al nostro caso, a me pare che possa essere superato quanto enunciato nelle richiamate sentenze “gemelle” dell'Adunanza Plenaria, a proposito del carattere di “risorse scarse” di tutti i siti nazionali relativi alle concessioni balneari. A prescindere, infatti, dalla constatazione che una valutazione di tal fatta attiene più propriamente al “fatto” e non ad un principio di diritto (suscettibile dell'effetto dello *stare decisis*), anche il criterio utilizzato (in via esclusiva) non appare in linea con la pronuncia della Corte di giustizia.

Vero è che al punto 46 della sentenza la Corte riconosce agli Stati membri il già richiamato margine di discrezionalità, che *«può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente o addirittura a combinare tali approcci»*. Vero è che il criterio utilizzato dall'Adunanza Plenaria potrebbe essere considerato espressione di una valutazione “generale e astratta” (anche se in realtà si è trattato di una valutazione “concreta”, ma estesa a tutto il territorio nazionale<sup>48</sup>). Tuttavia, a parte la chiara preferenza che si evince per il criterio “misto”, quel che non appare in linea con la pronuncia della Corte è precludere all'autorità amministrativa e al giudice comune il più ampio spettro di criteri valutativi, indicati dalla Corte stessa, che tengano comunque conto della situazione locale: tanto più se si considera che ad operare detta valutazione non è un'amministrazione centrale, ma, come si è già sottolineato, ogni autorità amministrativa competente *«compres[a] quell[a] comun[al]e»*<sup>49</sup>.

Se si condividono queste considerazioni, il giudice del rinvio – nella specie il TAR Lecce, innanzi al quale è stata impugnata una delibera propedeutica alla proroga delle concessioni marittime nel comune di Ginosa – dovrebbe poter operare una nuova valutazione della “scarsità delle risorse naturali” in quell'ambito<sup>50</sup>, avvalendosi dei criteri sopra richiamati ed eventualmente di un approccio combinato (che

---

<sup>47</sup>Così Corte giust., 6 ottobre 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, ECLI:EU:C:2021:799, punto 27, che richiama, tra l'altro, il parere 2/13 (sull'adesione dell'Unione alla CEDU), punto 176.

<sup>48</sup> Occorre ricordare, infatti, che l'Adunanza Plenaria è giunta alle conclusioni omnicomprendenti sulla scarsità di risorse nell'intero territorio nazionale, poiché *«i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che in Italia quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%. Una percentuale di occupazione, quindi, molto elevata, specie se si considera che i tratti di litorale soggetti ad erosione sono in costante aumento e che una parte significativa della costa “libera” risulta non fruibile per finalità turistico-ricreative, perché inquinata o comunque “abbandonata”*.

*A ciò si aggiunge che in molte Regioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessione, che nella maggior parte dei casi coincide con la percentuale già assentita. [...] Pertanto, nel settore delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, le risorse naturali a disposizione di nuovi potenziali operatori economici sono scarse, in alcuni casi addirittura inesistenti, perché è stato già raggiunto il – o si è molto vicini al – tetto massimo di aree suscettibile di essere date in concessione»*.

<sup>49</sup> Cfr. punto 79 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>50</sup> Del resto, era già stato giudicato nella sentenza *Promoimpresa*, cit., punto 43: *«per quanto riguarda, più specificamente, la questione se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali, spetta al giudice nazionale verificare se tale requisito sia soddisfatto. A tale riguardo, il fatto che le concessioni di cui ai procedimenti principali siano rilasciate a livello non*

tien conto sia del livello nazionale, sia di quello locale), così come indicato (preferibilmente) dalla Corte. È indubbio, infatti, l'effetto vincolante delle sentenze interpretative sul giudizio principale<sup>51</sup>.

Inoltre, dato il riconosciuto effetto (anche) extraprocessuale delle sentenze interpretative della Corte<sup>52</sup>, alle stesse conclusioni si dovrebbe giungere con riferimento ad ogni altro organo (giudiziario o amministrativo), che fosse chiamato ad operare analoghe valutazioni. Del resto, poiché l'istituto del rinvio pregiudiziale «*mira a garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario nel complesso degli Stati membri*»<sup>53</sup>, la sentenza interpretativa della Corte non potrebbe svolgere tale funzione, ove i suoi effetti fossero confinati nel giudizio *a quo*.

Va da sé che tale indagine comporta altresì l'applicazione di criteri oggettivi, «*non discriminatori, trasparenti e proporzionati*». E che sarebbe opportuno che fosse il legislatore a precisare detti criteri, sulla base anche della «*certa discrezionalità*» riconosciuta dalla Corte: in mancanza di che le autorità locali sarebbero costrette a muoversi in ordine sparso.

Certo è che se tali valutazioni conducessero ad un accertamento di scarsità delle risorse naturali, l'applicazione dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* (con obbligo di procedura concorsuale) dovrebbe essere immediata, non essendo consentito un differimento dei relativi effetti. Si tratterebbe infatti di un caso di c.d. disapplicazione del primato<sup>54</sup>, che il giudice nazionale non potrebbe certo disporre autonomamente. Tuttavia, nulla esclude che, all'esito di tali valutazioni, vi possano essere ambiti costieri (più o meno estesi), in cui si possa dire che non sussista scarsità di risorse naturali. E che per tali ambiti un'eventuale disposizione di proroga non sia affatto interdetta.

---

*nazionale bensì comunale deve, in particolare, essere preso in considerazione al fine di determinare se tali aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato».*

<sup>51</sup> Per una riaffermazione di detto carattere vincolante, cfr. Corte giust. 5 aprile 2016, in causa C-689/13, cit., punto 38, ove è precisato che «*In proposito è d'uopo ricordare che una sentenza con la quale la Corte si pronunzia in via pregiudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione, per la definizione della controversia principale (v. sentenza Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, punto 29 e giurisprudenza citata). Di conseguenza, il giudice nazionale che abbia assolto, quale giudice di ultima istanza, il suo obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte a titolo dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, punto 30)».*

Cfr., anche Corte giust. 3 febbraio 1977, causa C-52/76, *Benedetti*, ECLI:EU:C:1977:16 e 5 marzo 1986, in causa 69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft/ Germania*, ECLI:EU:C:1986:104.

<sup>52</sup> Cfr. *supra* nota 25.

<sup>53</sup> Corte giust., ordinanza, 5 marzo 1986, in causa 69/85, cit. Tale concetto era già stato espresso come segue: «*L'art. 177 è essenziale per la salvaguardia dell'indole comunitaria del diritto istituito dal trattato ed ha lo scopo di garantire in ogni caso a questo diritto la stessa efficacia in tutti gli Stati della Comunità*» cfr. Corte giust., 16 gennaio 1974, in causa 166/73, *Rheinmühlen Düsseldorf / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1974:3, punto 2 in diritto.

Cfr. anche -e ancor prima- Corte giust., 27 marzo 1963, in cause riunite 28-30/62, *Da Costa*, ECLI:EU:C:1963:6: infatti, esso «*mira a garantire l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario nei sei Stati membri*».

Come precisato dall'avv. generale Warner, nella causa 112/76, *Manzoni*, ECLI:EU:C:1977:133, «*escludere l'ultrattività delle pronunzie della Corte, ai sensi dell'art. 177 CEE, sarebbe in contrasto con la stessa ragione d'essere di questo articolo, che è quella di garantire l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto [comunitario] negli Stati membri*».

<sup>54</sup> Cfr. Corte giust., 8 settembre 2010, in causa C-409/06, *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, ECLI:EU:C:2010:503. Sia consentito ancora un richiamo al contributo *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *Eurojus*, cit., in particolare pp. 210 e ss.

Tutto ciò, peraltro, è necessario, ma non sufficiente. Occorre, infatti, pur sempre tener presente l'ulteriore limite costituito dall'interesse transfrontaliero certo della singola concessione (ex art. 49 TFUE), che, come si è detto, non è stato preso in considerazione dall'ultima sentenza della Corte, ma non per questo può essere trascurato<sup>55</sup>.

Dunque, i presupposti per possibili proroghe (ove il legislatore si determinasse in tal senso) sono a ben vedere due ed entrambi devono ricorrere cumulativamente. Non vi deve essere scarsità delle risorse naturali, né un interesse transfrontaliero certo.

## 5. Effetti diretti della direttiva: verticali ma inversi?

Come si è brevemente rappresentato, la sentenza della Corte ha ribadito, sussistendone i presupposti, l'obbligo di disapplicazione delle attuali leggi di proroga, a carico di amministrazioni e giudici nazionali<sup>56</sup>. Il che è uno dato acquisito e sul quale non varrebbe la pena di soffermarsi, se non per la peculiarità che presenta nella specie il giudizio *a quo*.

Occorre infatti tener presente che detto giudizio (pendente, come si è ricordato, innanzi al TAR Lecce) è stato proposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Dunque, da un'autorità indipendente che costituisce un organismo pubblico (a livello nazionale), mentre è principio consolidato, ribadito anche dalla sentenza in commento<sup>57</sup>, che gli effetti diretti di una direttiva possono essere fatti valere dai "privati", "dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro".

Ne consegue che la richiesta (in giudizio) della disapplicazione (e, dunque, della applicazione della Direttiva *Bolkestein* al caso concreto) risulta avanzata da un organismo statale, contro altro soggetto amministrativo (il Comune di Ginosa) e nei confronti dei gestori delle concessioni marittime, interessati alla proroga.

Se a far valere una direttiva mal trasposta è un organismo dello Stato, significa che lo Stato stesso potrebbe far valere a carico di operatori privati le conseguenze di una propria inadempienza. Ma tale evenienza dovrebbe essere esclusa dal principio dell'*estoppel*<sup>58</sup>, che vieta, come è noto, che lo Stato possa trarre

<sup>55</sup> Nel senso che, ove non sussistesse la scarsità delle risorse naturali, l'autorità competente dovrebbe sempre valutare la sussistenza o meno dell'interesse transfrontaliero certo ai fini dell'applicazione dell'art. 49 TFUE.

<sup>56</sup> Cfr. punto 79 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit.

<sup>57</sup> Cfr. punto 62 della sentenza *AGCM c. Comune di Ginosa*, cit., che è del seguente tenore: «Dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise, i privati possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro, sia qualora esso abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, che qualora l'abbia recepita in modo scorretto [v., in tal senso, sentenze del 19 gennaio 1982, *Becker*, 8/81, EU:C:1982:7, punto 25; del 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 103; del 17 settembre 1996, *Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e a.*, da C-246/94 a C-249/94, EU:C:1996:329, punti 18 e 19, nonché dell'8 marzo 2022, *Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld (Effetto diretto)*, C-205/20, EU:C:2022:168, punto 17]».

<sup>58</sup> Vale infatti il principio che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l'inadempimento da parte sua degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa» (Corte giust., 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci/Italia*, ECLI:EU:C:1991:478, punto 11).

vantaggio dal suo inadempimento e farlo gravare nei confronti dei cittadini (con conseguenze solo in *malam partem*).

Né pare sia rilevante la circostanza che detto soggetto pubblico operi nelle vesti di “ricorrente” in un giudizio amministrativo, anziché in veste di amministrazione attiva. Si tratterebbe pur sempre di un caso di efficacia verticale “invertita” o “rovesciata”, che di per sé non è mai consentita<sup>59</sup>. Infatti, lo Stato membro non potrebbe mai pretendere di applicare direttive *self executing* (e di disapplicare la norma nazionale contrastante) a danno di cittadini e imprese: proprio il principio dell'*estoppel* preclude una tale operazione, come la giurisprudenza della Corte ha più volte ribadito<sup>60</sup> e come la stessa sentenza in commento pare confermare, sottolineando, come si è visto, che sono «*i privati*» a poter far valere detto effetto diretto.

---

<sup>59</sup> Cfr. Cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2022, p. 297; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2020, pp. 187 e ss.; R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Milano, 2020 p. 204; D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali, Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, p. 110, che richiama anche le conclusioni dell'Avv. gen. Slynn, in data 18 settembre 1985, in causa C-152/84, *Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1985:345.

Proprio in tema di concessioni balneari cfr. E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme*, 30 dicembre 2021 e F. FERRARO, *Diritto dell'Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, *Diritto e Società*, n. 3, 2021, pp. 359 e ss.

<sup>60</sup> Cfr. Corte giust., 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, ECLI:EU:C:1991:428; Corte giust. 26 febbraio 1986, in causa 152/84, *Marshall*, ECLI:EU:C:1986:84, punto 47; Corte giust. 19 gennaio 1982, in causa 8/81, *Becker*, ECLI:EU:C:1982:7, punto 25; Corte giust. 5 aprile 1979, in causa 148/78, *Ratti*, ECLI:EU:C:1979:110.

Non solo, ma il riferimento al divieto dell'efficacia verticale invertita delle direttive è stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia: cfr. Corte giust., 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Ingeborg Beuttenmüller c. Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2004:264, ove la Corte, riprendendo le Conclusioni dell'Avvocato generale, ha statuito che: «*uno Stato membro che è venuto meno all'obbligo ad esso incombente di recepire le disposizioni di una direttiva nel proprio ordinamento giuridico non può opporre ai cittadini comunitari i limiti derivanti da tali disposizioni, come non può pretendere da loro l'esecuzione di obblighi derivanti da tale direttiva*» (punto 63). La Corte ha ricordato come il divieto di effetti verticali invertiti sia il logico corollario del principio della certezza del diritto al punto 42 della sentenza Corte giust., 5 luglio 2007, in causa C-321/05, *Kofoed c. Skatteministeriet*, ECLI:EU:C:2007:408. Infatti: «*il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli. Le direttive non possono quindi essere fatte valere in quanto tali dallo Stato membro contro singoli (v., in particolare, sentenze 11 giugno 1987, causa 14/86, Pretore di Salò/X, Racc. pag. 2545, punti 19 e 20; 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punti 9 e 13; 26 settembre 1996, causa C-168/95, Arvaro, Racc. pag. I-4705, punti 36 e 37, nonché 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi e a., Racc. pag. I-3565, punti 73 e 74)*».

Ancora la Corte, nella sentenza del 1° ottobre 2010, in causa C-227/09, *Antonino Accardo e altri c. Comune di Torino*, ECLI:EU:C:2010:624, proprio nei confronti dello Stato italiano, ha ribadito che se la direttiva non è stata correttamente trasposta «*le autorità di uno Stato membro che non si avvale di tale facoltà non possono invocare l'omissione attuata da tale Stato*» (punto 46), poiché «*secondo la consolidata giurisprudenza [della stessa] Corte [di giustizia], una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, Racc. pag. 723, punto 48; 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, Racc. pag. I-3325, punto 20; 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells, Racc. pag. I-723, punto 56; 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. I-8835, punto 108, nonché 19 gennaio 2010, causa C-555/07, Küçükdeveci, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 46)*» (punto 45);

Infine, la Corte è tornata a statuire in maniera chiara che la direttiva non possa essere invocata dallo Stato ai fini della disapplicazione della normativa nazionale qualora si producano effetti negativi per i singoli al punto 48 della sentenza del 27 febbraio 2014, in causa C-351/12, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. contro Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, ECLI:EU:C:2014:110. Infatti, ancora una volta la Corte ha sottolineato come «*ai sensi di una costante giurisprudenza, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (sentenza del 24 gennaio 2012, Dominguez, C-282/10, punto 37 e giurisprudenza ivi citata)*» (punto 47).

Il che esclude che si possa parlare di efficacia verticale unilaterale della direttiva<sup>61</sup>, neppure nella versione “triangolare”, accolta dalla menzionata sentenza *Fratelli Costanzo*. Infatti, in quest’ultima sentenza non si trattava di efficacia diretta verticale inversa, poiché vi era un singolo a invocare una direttiva contro lo Stato, a titolo principale, mentre gli effetti negativi sul singolo controinteressato erano mere conseguenze collaterali. Più in generale, la possibilità che vi sia una direttiva UE in situazioni triangolari si verifica nei casi in cui una direttiva impone a carico dello Stato sia l’obbligo generale di recepirla, sia obblighi specifici relativi all’esercizio del potere amministrativo nei confronti dei privati, come nei casi di aggiudicazione di appalti pubblici (propria del caso *Fratelli Costanzo*), di rilascio di autorizzazioni alla messa in commercio (caso *Smith & Nephew e Primecrown*)<sup>62</sup> o della concessione di licenze ambientali (caso *WWF*)<sup>63</sup>.

Nel nostro caso, non ci troviamo di fronte a «*mere ripercussioni negative sui diritti dei terzi*», che «*anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei suoi confronti dallo Stato membro interessato*»<sup>64</sup>. Il diritto fatto valere, infatti, non è esercitato da un singolo nei confronti dello Stato, ma da un “autorità pubblica”, portatrice di un interesse pubblico alla tutela della concorrenza e al corretto funzionamento del mercato<sup>65</sup>: il che esclude che si possa parlare di effetto trilaterale e di mere ripercussioni negative sul terzo.

Ne deriva che, anche se la questione non è stata sollevata innanzi alla Corte, l’Autorità Garante della concorrenza e del mercato non dovrebbe poter avvalersi degli effetti diretti dell’art. 12 della Direttiva. Come conseguentemente non potrebbe invocare la disapplicazione delle leggi nazionali di proroga, almeno secondo il tradizionale orientamento in materia, che subordina la disapplicazione all’effetto diretto.

A diverse conclusioni si potrebbe giungere solo scindendo la fase di disapplicazione dalla fase di sostituzione, secondo un’impostazione che, pur non espressamente riconosciuta dalla Corte, si può desumere talvolta dalla sua giurisprudenza<sup>66</sup>.

In base a tale diversa ricostruzione, ripresa ad esempio dall’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona<sup>67</sup>, l’operazione complessiva della disapplicazione può essere scomposta in due passaggi logici: il divieto di applicare la norma nazionale contrastante con quella europea e la sostituzione della seconda

<sup>61</sup> Per l’illustrazione di tali concetti si veda per tutti G. TESAURO (a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO), *Manuale di diritto dell’Unione europea*, vol. I, Napoli, 2021, pp. 256 e ss.

<sup>62</sup> Corte giust., 12 novembre 1996, causa C-201/94, *Smith & Nephew e Primecrown*, ECLI:EU:C:96:432, punti 33-39.

<sup>63</sup> Corte giust., 16 settembre 1999, in causa C-435/97, *WWF e a.*, ECLI:EU:C:1999:418, punti 69 e 71.

<sup>64</sup> Corte giust., 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12, punto 57, richiamata anche da R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *eurojus*, cit., p. 113, per configurare – a proposito delle concessioni balneari – un’ipotesi di effetto triangolare.

<sup>65</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, cit; Cfr. anche TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 febbraio 2020, n. 1680 e Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6787 e 7 dicembre 2017 n. 1521.

<sup>66</sup> Corte giust., 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CLA Security International*, EU:C:1996:172.

<sup>67</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nella causa *Poplawski*, C-573/17, EU:C:2018:957, punti 115-117. La distinzione era già stata analizzata dall’Avvocato generale Léger nella causa *Linster*, C-287/98, EU:C:2000:3.

alla prima. La prima fase sarebbe propria di tutte le norme dell'Unione, in quanto espressione del primato, mentre la seconda fase sarebbe propria solo delle norme con efficacia diretta<sup>68</sup>.

Il divieto di applicazione della norma nazionale contrastante non dipenderebbe dall'effetto di sostituzione che concretizza l'efficacia diretta. Viceversa, l'effetto di esclusione dovrebbe essere il passaggio logico imprescindibile per poter procedere alla sostituzione della norma europea su quella nazionale, concretizzando l'efficacia diretta.

Si avrebbero così due tipi di disapplicazione: la prima che si potrebbe definire come "ostativa", basata sull'effetto di "esclusione", e la seconda di sostituzione vera e propria. La prima potrebbe essere fatta valere anche nel caso di disposizione (dell'Unione) priva di effetti diretti, mentre la seconda presuppone necessariamente la sussistenza di detti effetti diretti.

In altri termini, a seconda dell'efficacia diretta o meno della norma europea, della sua natura e del contesto in cui viene invocata (da vagliarsi caso per caso), la disapplicazione può comportare solo un effetto di esclusione della norma nazionale (c.d. prima fase), o anche la sostituzione della stessa con la norma dell'Unione europea (c.d. fase successiva ed eventuale). Mentre il primo passaggio avviene in forza del primato, il secondo si produce per la somma dei principi del primato e degli effetti diretti<sup>69</sup>.

Dunque, se vi è una norma con effetti diretti si avrà sia l'esclusione sia la vera e propria disapplicazione con sostituzione. Se, invece, si ha una norma priva di effetti diretti, avremo solo l'espressione della forza del primato del diritto UE e dunque solo la fase di esclusione, senza che la stessa sia condizionata dall'assenza degli effetti diretti.

Espressione tangibile di tale ricostruzione si trova anche nella giurisprudenza della Corte, là dove la disapplicazione di norme procedurali nazionali è stata imposta sulla base dei principi di effettività e di equivalenza, che difficilmente possono essere considerati precetti precisi e incondizionati<sup>70</sup>. Più in generale è stato giudicato, in un caso in cui il paradigma normativo dell'Unione era privo di effetti diretti, che *«per garantire il rispetto di tale disposizione, deve interpretare il diritto nazionale conformemente alla disposizione medesima, o, qualora tale interpretazione conforme non risulti possibile, disapplicare ogni disposizione nazionale laddove, nelle circostanze del caso di specie, l'applicazione di tale disposizione conduca ad un risultato contrario al diritto dell'Unione»*<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> In dottrina cfr. L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2021; D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, Anno XII, Fascicolo n. 3, 2019; F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi*, 22 maggio 2019.

<sup>69</sup> *Contra* D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, cit., p. 35 ove l'A. evidenzia che *«giustificare la disapplicazione in presenza del solo primato o, al più, di una concezione distorta e deviata dell'effetto diretto, è rischioso e potenzialmente esiziale per la "tenuta" del dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale. L'effetto diretto, infatti, assicura che i principi dell'attribuzione di competenze tra Stati e Unione e sussidiarietà non vengano messi in discussione [...]»*.

<sup>70</sup> Per considerazioni analoghe cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, cit., pp. 330 e, in particolare p. 332.

<sup>71</sup> Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Link logistic NeçN*, ECLI:EU:C:218:810, punto 62.

Il caso posto davanti al giudice *a quo*, come si è detto, riguarda la direttiva *Bolkestein* ed in particolare l'art. 12, che di per sé ha effetti diretti. Tuttavia, considerato anche il contesto in cui la stessa viene invocata, l'applicazione dell'art. 12 al caso concreto porterebbe ai c.d. effetti verticali invertiti e dunque causerebbe effetti negativi per i singoli (come avviene anche nei rapporti orizzontali)<sup>72</sup> non consentiti dal diritto dell'Unione.

Dunque, se per procedere alla disapplicazione si ritenesse necessario congiuntamente sia il contrasto di una norma nazionale con una norma del diritto dell'Unione, sia l'efficacia diretta di quest'ultima, detta disapplicazione nella specie non potrebbe essere operata. Viceversa, se i due requisiti possono valere disgiuntamente, allora la mancanza dell'efficacia diretta non sarebbe preclusiva della disapplicazione c.d. oppositiva.

Il giudice nazionale, pertanto, per effetto dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* si troverebbe a dover escludere la normativa nazionale che comporta la proroga automatica delle concessioni balneari, in quanto in contrasto con il diritto dell'Unione, ma al tempo stesso non potrebbe applicare l'effetto sostitutivo della normativa europea (cioè non potrebbe applicare *tout court* l'art. 12 citato).

Il che sarebbe un inconveniente, come puntualmente sottolineato dal giudice del rinvio<sup>73</sup> per escludere anche la disapplicazione ostativa.

Ma tale argomento non potrebbe valere nel caso concreto. Infatti, occorre tener presente<sup>74</sup> che il citato art. 12 era già stato trasposto nell'ordinamento nazionale con l'art. 16 del Decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59: sicché, venendo meno la *lex specialis* per l'effetto oppositivo, potrebbe comunque trovare applicazione la *lex generalis*<sup>75</sup> e cioè il citato Decreto legislativo di trasposizione della direttiva ed in particolare il suo art. 16<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> Per l'applicazione della teoria della scissione tra opposizione e sostituzione, nell'ambito dei c.d. rapporti orizzontali, si può l'Avvocato generale Bot nelle conclusioni del 7 luglio 2009, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2009:429. Sul tema cfr. O. PORCHIA, *La dinamica dei rapporti tra norme interne e dell'Unione nel dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 86.

<sup>73</sup> TAR Lecce, ordinanza, 11 maggio 2022, n. 743, cit., punto VIII, lett. B, che fa valere l'argomento che «l'effetto di mera disapplicazione determinerebbe semplicemente un vuoto normativo, tale da impedire il ricorso all'interpretazione conforme proprio in ragione dell'assenza di una specifica normativa di riferimento».

<sup>74</sup> Come già sottolineato da R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, cit, p. 111, che ben ha messo in evidenza che «all'art. 12 della direttiva "servizi" è stata data (corretta) attuazione nel nostro ordinamento con l'art. 16 del decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59, per cui, esclusa l'applicazione della *lex specialis* di proroga, l'obbligo di procedere all'evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni balneari deriva innanzi tutto dalle regole interne».

<sup>75</sup> Per un caso analogo cfr. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, cit., p. 27.

<sup>76</sup> Così testualmente, l'art. 16 che riprende integralmente l'art. 12 della direttiva *Bolkestein*:  
«Art. 16 (Selezione tra diversi candidati)

1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi.

La richiamata teoria (di applicazione disgiunta del principio del primato e del principio dell'effetto diretto) risulta basata su solide ragioni dogmatiche ed ha ricevuto ampia elaborazione dalla dottrina francese (che ha da tempo sviluppato una distinzione fra «*invocabilité de l'exclusion et invocabilité de la substitution*»<sup>77</sup> e dalla dottrina anglosassone (che ha distinto tra «*invocability of exclusion*» ed «*invocability of substitution*»<sup>78</sup>). Tuttavia, essa rimane molto dibattuta nella dottrina nazionale<sup>79</sup> e, come si è accennato, non riconosciuta espressamente nella giurisprudenza della Corte. Tanto che la Corte nel caso *Poplawski* ha ricordato che «*l'obbligo, per un giudice nazionale, di disapplicare una disposizione del diritto dell'Unione, pur se derivante dal primato riconosciuto a quest'ultima disposizione, è tuttavia condizionato dall'effetto diretto della suddetta disposizione nella controversia di cui detto giudice è investito. Pertanto, un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di effetto diretto*»<sup>80</sup>.

In altri termini, la mancanza di effetti diretti, così come impedisce la sostituzione, dovrebbe impedire altresì la disapplicazione/opposizione. In quest'ottica le due fasi sopra richiamate sarebbero inscindibili e l'impossibilità della seconda precluderebbe pure la prima.

Secondo la Corte, inoltre, il giudice nazionale (e qualsiasi altra autorità amministrativa nazionale competente) chiamato ad applicare una normativa nazionale in contrasto con una normativa dell'Unione priva di efficacia diretta ha comunque «*la possibilità [...] di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia*»<sup>81</sup>. Tuttavia,

---

2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio.

4. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primus.

<sup>77</sup> F. RASSU, *L'invocabilité des directives européennes et son incidence sur l'ordre juridique italien. Essai de réflexion et comparaison avec le droit français*, Ed. Mare et Martin, juil. 2015; O. DUBOS, *L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise*, RFDA 2003, p. 568; V.Y. GALMOT ET J.-C. BONICHOT, *La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national*, *Revue française de droit administratif*, 4(1), janvier-février 1988, pp. 1-23, p. 16; T. DAL FARRA, *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité*, RTD eur., 28 (4), octobre-décembre 1992, p. 631; P. MANIN, *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales*, AJDA, 20 avril 1994, p. 259; G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Masson, 1994; D. SIMON, *La directive européenne*, Dalloz, 1997; ID., *Le système juridique communautaire*, 2e éd., PUF, 1998.

<sup>78</sup> M. DOUGAN, *Primacy and the Remedy of Disapplication*, CML Rev., 2019, pp. 1459-1508; M. LENZ, D. S. TYNES, L. YOUNG, *Horizontal what? Back to basics*, EL Rev. 2000, p. 509; M. DOUGAN, *When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy*, CML Rev. 2007, pp. 931-963, p. 933; A. DASHWOOD, *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007, pp. 81-109, p. 100 e ss.; K. LENAERTS, T. CORTHAUT, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, EL Rev. 2006, p. 287; T. TRIDIMAS, *Blackwhite and shades of grey: Horizontality of the directives revisited*, YEL, 2002, p. 327 ss.; P. V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of "Horizontal" Direct Effect of Directives*, Jean Monnet Working Paper, 7 (2002), <https://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/02/020701.pdf>.

<sup>79</sup> Cfr. D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione europea e disapplicazione*, oggi, in *Osservatorio sulle fonti*, cit.; L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, cit.

<sup>80</sup> Punto 68 della sentenza Corte giust., 24 giugno 2019, C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530.

<sup>81</sup> Corte giust., 18 gennaio 2022, causa C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH c. MN*, ECLI:EU:C:2022:33, p. 33

nel nostro ordinamento non vi è una disposizione normativa che permetta di applicare il diritto dell'Unione che non abbia efficacia diretta. E dunque, in mancanza di una giurisprudenza analoga a quella ormai consolidata del *Conseil d'État* francese (che ha già disapplicato norme interne incompatibili con una direttiva, senza subordinare l'effetto di esclusione all'esistenza di effetti diretti)<sup>82</sup>, non resterebbe nel nostro sistema nazionale che la via del giudizio accentrato di costituzionalità: il che costituisce, del resto, lo strumento consueto e ampiamente sperimentato per risolvere un contrasto tra legge nazionale e normativa dell'Unione priva di effetto diretto<sup>83</sup>, quando l'interpretazione conforme non è praticabile, come nel caso di specie, in quanto risulterebbe apertamente *contra legem*.

## 6. Riassumendo e concludendo

In estrema sintesi si può dire che la Corte di giustizia ha puntualizzato vari aspetti importanti della disciplina della *Bolkestein* (art. 12) in relazione alla sua applicazione alle c.d. concessioni balneari. In particolare, ha chiarito, ove ve ne fosse ancora bisogno, il carattere di efficacia diretta di tale norma di diritto derivato dell'Unione, ha precisato che per la sua operatività non è necessario un interesse transfrontaliero e ha riconosciuto che spetta agli Stati membri e alle loro articolazioni, anche locali, la valutazione dell'esistenza o meno della scarsità delle risorse.

Tutto ciò peraltro non elimina i problemi applicativi che le citate sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria avevano ritenuto di superare una volta per tutte. Anzi il riconoscimento di un potere di valutazione della scarsità delle risorse anche a livello di autorità locale e tenendo conto delle caratteristiche dei luoghi specificamente interessati dalla singola concessione, la sentenza della Corte pare rimettere in discussione gran parte dell'apparato logico-motivazionale delle pronunce dell'Adunanza Plenaria.

A parte tali problematiche di carattere generale, l'applicazione della sentenza della Corte presenta criticità proprie in relazione ai protagonisti presenti nel giudizio *a quo*. Infatti, essendo tale giudizio promosso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, si pone il problema di una possibile efficacia verticale invertita, con la conseguenza che in tal caso la norma, pur dotata di efficacia diretta, non potrebbe produrre i propri effetti nella fattispecie concreta.

Per superare detto problema applicativo, il giudice nazionale si potrebbe avvalere della tesi interpretativa che distingue tra effetto di esclusione ed effetto di sostituzione della norma dell'Unione. Il che consentirebbe la non applicazione della normativa nazionale contrastante, che verrebbe peraltro sostituita, nel caso di specie, non già dall'art. 12 della *Bolkestein*, bensì dalla sua originaria (e legittima) trasposizione nel diritto nazionale.

---

<sup>82</sup> Sentenze C.E., 12 novembre 2015, Société Metro Holding (n°367256) e C.E., 31 maggio 2016, Jacob (n°396881). Cfr. in dottrina H. CASSAGNABÈRE E. A., *Chronique de jurisprudence de la CJUE*, *A.J.D.A.*, 28 (2019), p. 164

<sup>83</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza 13 giugno 2010, n. 227, *M.K.P.*



Ove viceversa si ritenessero inscindibili l'effetto di esclusione e quello di sostituzione, conformemente all'insegnamento ancora prevalente della Corte di giustizia, la disapplicazione della normativa nazionale contrastante non potrebbe essere operata. Al giudice *a quo* non resterebbe dunque che la via del giudizio accentrato di legittimità costituzionale, come sempre avviene nei casi di possibile contrasto della normativa nazionale con norme di diritto dell'Unione prive di efficacia diretta.