



Direttiva Bolkestein, concessioni balneari ed effetti diretti in “situazioni triangolari”: qualche spunto di riflessione

Chiara Gambino*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *vexata quaestio* degli effetti diretti delle direttive. – 3. I limiti concernenti i c.d. effetti verticali all’inverso o *in malam partem*. – 4. Le ricadute della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle fattispecie in esame. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

È quanto mai attuale, in questo momento, il tema della compatibilità con il diritto UE della disciplina in vigore nell’ordinamento italiano in materia di concessioni demaniali marittime e fluviali a scopo turistico-ricreativo¹.

* Dottore di Ricerca in Democrazia e Diritti Umani presso l’Università degli Studi di Genova.

¹ In argomento cfr., *ex plurimis*, A. CIRCOLO, *L’affidamento competitivo delle spiagge italiane. Riflessioni a partire dalla sentenza del TAR Lecce n. 1223/2023*, in *RCE*, 2024, p. 1 ss.; C. CURTI GIALDINO, *La sentenza della Corte di giustizia europea del 20 aprile 2023 in tema di concessioni balneari: spunti critici e proposte per chiudere una storia infinita*, in *OIDU*, 2023, p. 455 ss.; A. NATO, *Le concessioni balneari, tra mercato interno, armonizzazione e tutela della proprietà: primato, effetto diretto e disapplicazione nella causa Autorità garante della concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa*, in *EJ*, 2023, p. 22 ss.; G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, 2023, p. 160 ss.; R. MASTROIANNI, *L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari*:

È, infatti, scaduto il 31 dicembre scorso il termine individuato dal Consiglio di Stato nelle note sentenze “gemelle” nn. 17 e 18 del 2021² e (inizialmente) accolto, a livello normativo, dall’art. 3 della legge 118/2022³ ai fini della “messa a gara” delle concessioni balneari

due passi avanti e uno indietro?, in *RJ*, 2022, p. 105 ss.; C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli “comunitari” e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *DUE*, 2021, p. 247 ss.; E. CANNIZZARO, *Demanio Marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in *giustiziansieme.it*, 2021; A. CIRCOLO, *L’epilogo della proroga ex lege delle concessioni balneari*, in *SIE*, 2021, p. 573 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e società*, 2021, p. 359 ss.

² Segnatamente, con le sentenze rese in Adunanza Plenaria del 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, il Consiglio di Stato ha affermato l’obbligo di disapplicazione dell’art. 1, commi 682 e 683, della l. n. 145/2018 per contrasto con i principi eurounitari sul rilievo che «le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (...) sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l’art. 49 T.F.U.E. e con l’art. 12 della Direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai Giudici, né dalla Pubblica Amministrazione». Il Consiglio di Stato, peraltro, ha aggiunto che «al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell’auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento dell’U.E.». Pare opportuno precisare che il Consiglio di Stato è recentemente intervenuto – sebbene attraverso un mero *obiter dictum* – anche in relazione alla proroga fino al 31 dicembre 2025 disposta dal legislatore nazionale con l’art. 10-*quater*, comma 3, del d.l. n. 198/2022 (sul quale ci si soffermerà *infra*). Nella sentenza della Sez. VI, 1° marzo 2023, n. 2192, infatti, si legge che «sulla base di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria, con le ricordate sentenze nn. 17 e 18 del 2021, non solo i commi 682 e 683 dell’art. 1 della L. n. 145/2018, ma anche la nuova norma contenuta nell’art. 10-*quater*, comma 3, del D.L. 29/12/2022, n. 198, conv. in L. 24/02/2023, n. 14, che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere, si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all’art. 12 della Direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato».

³ Il comma 3 della disposizione in oggetto precisa, peraltro, che «in presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2023, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all’espletamento della procedura stessa, l’autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni

originariamente assegnate in difetto di alcuna procedura di selezione e tuttora efficaci (ancorché, perlopiù, assai risalenti) in virtù delle numerose proroghe *ex lege* che, come è noto, si sono susseguite, in Italia, nel corso degli ultimi anni⁴.

Significative complicazioni rispetto all'espletamento di detti adempimenti – gli unici, secondo quanto chiarito dalla Corte di giustizia⁵, in grado di assicurare il rispetto degli obblighi derivanti

in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024».

⁴ Nel corso degli ultimi anni, come è noto, il legislatore italiano è intervenuto a più riprese, anche alla luce delle procedure di infrazione avviate al riguardo dalla Commissione, con il dichiarato intento di assicurare il progressivo allineamento della disciplina vigente nel nostro ordinamento con gli obblighi derivanti dal diritto UE mediante l'introduzione, tuttavia, di proroghe *ex lege* della durata delle concessioni balneari in essere. Vale la pena rammentare che, in virtù dell'art. 1, comma 1, d.l. 400/1993, fino all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso le concessioni balneari avevano durata pari a sei anni, prorogabili, senza limiti, ogni sei anni a semplice richiesta del concessionario. La legge n. 296/2006 ne ha aumentato, inoltre, l'efficacia fino a vent'anni. L'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 ha disposto, poi, la proroga delle concessioni all'epoca vigenti fino al 31 dicembre 2012; efficacia che, in sede di conversione in l. n. 221/2012, è stata estesa fino al 31 dicembre 2015. Successivamente, la legge n. 145/2018 ha fissato una ulteriore proroga di quindici anni, sancendo la scadenza dei rapporti in questione al 31 dicembre 2033. Questa disposizione è stata, tuttavia, abrogata dalla legge n. 118/2022, che ha fissato la scadenza delle concessioni in vigore al 31 dicembre 2023 (con possibilità di ulteriore proroga, invero, in presenza di determinate condizioni) al 31 dicembre 2024. La legge 14/2023 (legge di conversione del d.l. n. 198/2022, c.d. decreto Milleproroghe) ha prorogato detti termini di un ulteriore anno e stabilito, all'art. 10-*quater*, comma 3, che le concessioni in essere al 27 agosto 2022 (data di entrata in vigore della citata legge n. 118/2022) «continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori». In merito a questi aspetti è, peraltro, in corso, come noto, una procedura di infrazione contro lo Stato italiano (procedura 2020/4118 C (2020) 7826final, 3 dicembre 2020).

⁵ Come è noto, con la sentenza *Promoimpresa* (Corte giust. 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15) la Corte di giustizia ha rilevato la contrarietà rispetto al diritto UE e, in particolare, all'art. 12, della direttiva 2006/123 delle misure nazionali che prevedano la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. Tali conclusioni si fondano sul rilievo che «una normativa nazionale ... che prevede una proroga *ex lege* della data di scadenza delle autorizzazioni equivale a un loro rinnovo automatico, che è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123» (punto 50) e che «la proroga automatica di autorizzazioni relative allo sfruttamento economico del demanio marittimo e lacuale non consente di organizzare una procedura di selezione» che presenti le richieste garanzie di imparzialità e trasparenza (punto 51). Tali conclusioni sono state recentemente confermate dalla sentenza relativa al caso *AGCM/Comune di Ginosa* (Corte giust. 20 aprile 2023, C-348/22), nell'ambito della quale, in particolare,

dall'art. 12 della direttiva Bolkestein – discendono, tuttavia, dal c.d. decreto Milleproroghe, il quale ha disposto, tra l'altro, *i*) la proroga automatica delle concessioni fino al termine del 2024 (oltre che l'estensione dell'efficacia di quelle in essere al momento dell'entrata in vigore di tale strumento «sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori») e *ii*) il divieto, per le Amministrazioni, di emanare bandi di assegnazione prima dell'adozione degli appositi decreti tesi al riordino della materia⁶.

I Comuni si vedono contesi, pertanto, tra gli opposti e tra loro incompatibili obblighi derivanti, per un verso, dalle summenzionate disposizioni di diritto interno che sanciscono la proroga *ex lege* delle concessioni vigenti (almeno) fino alla fine del 2024 e precludono, per un lasso di tempo attualmente indeterminato, l'attivazione delle procedure funzionali alle nuove assegnazioni; e, per altro verso, dal diritto UE, la cui osservanza sono anch'essi, come è noto, tenuti ad assicurare, tanto più alla luce delle inequivocabili prese di posizione assunte in relazione ai temi in discorso dalla Corte di giustizia⁷.

si è riconosciuta espressamente l'idoneità dell'art. 12 a produrre effetti diretti. Al punto 74, tale pronuncia statuisce, infatti, che «l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti». Pare opportuno precisare che, invero, l'obbligo di indicazione delle gare è subordinato alla verifica della scarsità delle autorizzazioni disponibili. L'art. 12, par. 1, della direttiva puntualizza, infatti, che solo «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 di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procura e del suo svolgimento e completamento».

⁶ Ci si riferisce, nello specifico, alle modifiche apportate al summenzionato art. 3, l. n. 118/2022 dall'art. 12, comma 6-*sexies*, lett. a), d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 febbraio 2023, n. 14, in virtù delle quali è stata disposta la proroga dell'efficacia delle concessioni in essere fino a fine del 2024 (lasciando intravedere, peraltro, margini per ulteriori proroghe). L'art. 1, punto 8, del citato decreto ha determinato, inoltre, l'inserimento, nel contesto dell'art. 4 della legge n. 118/2022, del comma 4-*bis*, recante il divieto, per le Amministrazioni comunali, di emanare nuovi bandi fino all'adozione, da parte del Governo, dei decreti legislativi volti a riordinare la materia.

⁷ Nell'ambito della causa *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, la Corte di giustizia ha puntualizzato, al punto 77, che – come già chiarito fin dalla pronuncia relativa al

La situazione dianzi brevemente descritta è foriera, evidentemente, di profonde incertezze in merito all'individuazione della condotta da assumere in relazione alle tematiche di cui trattasi.

Dubbia è, per esempio, la sorte dei procedimenti aventi ad oggetto istanze di proroga fondate sulle summenzionate disposizioni di diritto nazionale, in quanto destinati a risolversi in maniera diametralmente opposta a seconda che si dia applicazione o meno a dette norme a fronte della loro conclamata contrarietà rispetto al diritto UE. Analoghe criticità si riscontrano, inoltre, con riferimento ai provvedimenti volti a portare a conoscenza degli interessati l'intervenuta cessazione dell'efficacia delle concessioni di cui sono titolari ed il conseguente obbligo di sgomberare le aree loro assegnate.

A rigore, la (apparentemente lineare) ricostruzione del quadro normativo di riferimento che emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato indurrebbe a ritenere sussistente, in capo alle amministrazioni, un vero e proprio obbligo non solo *i*) di rigettare eventuali istanze di proroga fondate su norme o misure nazionali che consentano di provvedervi automaticamente (al di fuori, cioè, di qualsiasi procedura di selezione) ma anche *ii*) di prendere atto dell'inefficacia delle concessioni già oggetto di proroghe rilasciate in forza di disposizioni di questo genere e di intimare, di conseguenza, lo sgombero e la restituzione delle aree al fine di provvedere alla relativa riassegnazione mediante gara.

Come è noto, con le citate sentenze rese in Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 (cui la successiva giurisprudenza amministrativa si è allineata in maniera sostanzialmente uniforme), il Consiglio di Stato ha affermato espressamente, infatti, che – alla luce del divieto, per gli Stati membri, di disporre proroghe automatiche e generalizzate con riferimento a questo genere di rapporti – i giudici e le amministrazioni nazionali dovrebbero reputarsi tenuti a disapplicare le norme di diritto interno recanti la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime in vigore e a dichiarare, per l'effetto, la decadenza dei diritti dei concessionari fondati su tali disposizioni.

caso *Costanzo* (Corte giust. 22 giugno 1989, C-103/88, *Costanzo*, punti 28-33) – «l'amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni».

Simile impostazione solleva, tuttavia, non trascurabili perplessità in considerazione della nota inidoneità delle direttive a produrre effetti diretti *in malam partem* (c.d. *inverse direct effect*) cui dovrebbe corrispondere l'impossibilità, per lo Stato, di invocare contro il privato la natura *self-executing* di una direttiva non correttamente recepita (o, con specifico riferimento al caso di specie, disattesa da una disciplina di diritto interno incompatibile con i suoi precetti)⁸.

Ne discende, quindi, l'interrogativo se sia consentito, in base al diritto UE, far valere gli obblighi derivanti, secondo quanto chiarito dalla Corte di giustizia, dall'art. 12 della direttiva Bolkestein, nei confronti del concessionario uscente, a fondamento di dinieghi di proroga e/o di provvedimenti che sanciscano la cessazione della concessione ed il conseguente obbligo di sgomberare l'area, pur a fronte delle norme di diritto interno che, come si è visto, ne dispongono la proroga *ex lege*.

Non può trascurarsi, infatti, che – come è stato rilevato in dottrina⁹ – «la Corte di giustizia ha semplicemente accertato l'esistenza di un

⁸ Pare, infatti, doversi escludere la possibilità di aggirare il problema riconducendo gli effetti in discorso all'art. 49 TFUE che, in quanto norma di diritto primario, non soggiace al divieto di applicazione diretta *in malam partem* sancito a proposito delle direttive. Nell'ambito della causa *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, la Corte di giustizia ha precisato che «qualsiasi misura nazionale adottata in un settore che è stato oggetto di un'armonizzazione esaustiva o completa a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione» (punto 36). Sul tema cfr., *ex plurimis*, G. GRECO, *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*, in *federalismi.it*, 2023. È, inoltre, opportuno rammentare, per completezza, che l'operatività dell'art. 49 TFUE postula la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo (sul punto, cfr., *ex plurimis*, Corte giust. 16 aprile 2015, C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*; 6 ottobre 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*). Tale requisito risulta, invece, irrilevante ai fini dell'operatività dell'art. 12 della direttiva Bolkestein. Con la pronuncia *X e Visser* (Corte giust. 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, punto 108), la Corte ha riconosciuto, infatti, che «le disposizioni del capo III della direttiva 2006/123 si applicano anche alle situazioni puramente interne». Tali conclusioni sono state, poi, confermate, con specifico riferimento alle concessioni demaniali marittime, nell'ambito della citata sentenza *AGCM/Comune di Ginosa*. A. CIRCOLO, *L'affidamento competitivo delle spiagge italiane*, cit., p. 16, rileva che tale scelta è riconducibile all'obiettivo di evitare che le norme in questione producano il paradossale effetto di favorire la concorrenza tra Stati senza, tuttavia, proteggere quella esclusivamente interna (c.d. discriminazioni alla rovescia).

⁹ E. CANNIZZARO, *Demanio Marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee?*, cit. L'Autore si esprime con riferimento alla sentenza *Promoimpresa*, sopra citata, ma

conflitto normativo fra i due regimi, senza però indicarne le conseguenze giuridiche, non richieste dal giudice a quo». È, quindi, cruciale verificare – in assenza, per il momento, di esplicite e puntuali prese di posizione da parte dei giudici di Lussemburgo – a quali condizioni ed entro quali limiti l’adozione di provvedimenti del citato tenore può reputarsi consentita e legittimata alla luce della giurisprudenza UE sugli effetti *in malam partem* delle direttive.

2. La vexata quaestio degli effetti diretti delle direttive

Quello concernente gli effetti diretti delle direttive rappresenta, come è noto, uno dei temi maggiormente controversi del diritto UE.

Le questioni aperte sono, infatti, ancora molte e, ciclicamente, emergono le incoerenze e le potenziali disparità di trattamento derivanti dalla stratificazione di pronunce apparentemente non riconducibili ad una *ratio* omogenea. Nonostante i numerosi sforzi profusi dalla dottrina (italiana e straniera), non esiste, per il momento, una teoria suscettibile di descrivere ed illustrare in maniera unitaria i meccanismi sottesi all’effetto diretto delle direttive UE e, in particolare, i confini tra le sue diverse forme e declinazioni¹⁰.

le medesime considerazioni sembrerebbero potersi estendere anche alla successiva pronuncia *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata.

¹⁰ In argomento, cfr., *ex plurimis*, L. CECCHETTI, *Verso i cinquant’anni dell’effetto diretto delle direttive: questioni ancora aperte*, in *I Post di AISDUE*, n. 34, 2023, p. 775 ss.; D. GALLO, *Rethinking direct effect and its evolution: a proposal*, in *European Law Open*, 2022, p. 576 ss.; L. SQUINTANI, J. LINDEBOOM, *The normative impact of invoking directives: casting light on direct effect and the elusive distinction between obligations and mere adverse repercussions*, in *YEL*, 2019, p. 18 ss.; R. SCHUTZE, *Direct Effects and Indirect Effects*, in R. SCHUTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, 2018, p. 265 ss.; D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018; A. ALBORS-LLORENS, *The direct effect of EU directives: fresh controversy or a storm in a teacup?*, in *ELR*, 2014, p. 850 ss.; J. M. APPLETON, *The indirect-direct effect of European Community directives*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2000, p. 59 ss. Sul tema dei rapporti tra ordinamenti e degli effetti diretti delle fonti di diritto UE, cfr., *ex plurimis*, D. GALLO, *L’evoluzione dell’effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l’immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Atti del XXIV Convegno della SIDI, Napoli, 2020, p. 131 ss.

Esula dall'oggetto del presente lavoro una ricostruzione sistematica della giurisprudenza che si è pronunciata sulle tematiche in oggetto e delle correlate criticità, così come, a maggior ragione, qualsiasi tentativo di razionalizzare i *dicta* da essa desumibili.

Scopo dei paragrafi che seguono è, invece, richiamare brevemente i ragionamenti che si pongono alla base dell'enucleazione, ad opera della Corte, delle condizioni e dei limiti concernenti l'idoneità delle direttive a produrre effetti diretti nelle c.d. situazioni "verticali" al fine di delineare le coordinate sulla scorta delle quali ci si propone di rispondere ai quesiti illustrati in premessa.

È noto, innanzi tutto, che, in linea di principio, le direttive non sono suscettibili di produrre effetti diretti, in quanto, se non altro, "condizionate", per definizione, all'adozione, a livello nazionale, di apposite misure di attuazione e di recepimento.

È, tuttavia, altrettanto noto che, progressivamente, la Corte è giunta ad affermare l'idoneità a produrre effetti diretti, in presenza di determinati presupposti, anche delle disposizioni contenute in tali strumenti di diritto derivato, e ciò, nello specifico, in caso di mancata o inesatta trasposizione allorché *i*) sia inutilmente spirato il termine per il relativo recepimento e *ii*) le norme considerate esprimano un precetto chiaro, preciso ed incondizionato¹¹.

La *ratio* addotta a fondamento di tale meccanismo fa perno, secondo quanto evidenziato nell'ambito della sentenza *Van Duyn*, sul (triplice) rilievo che: *i*) escluderlo sarebbe incompatibile con l'efficacia vincolante delle direttive; *ii*) l'effetto utile di tali strumenti sarebbe indebolito qualora fosse preclusa ai singoli la possibilità di invocarne l'applicazione dinanzi ai giudici nazionali; *iii*) trattandosi di atti in relazione ai quali è possibile esperire rinvio pregiudiziale, se ne deve desumere che anch'esse sono suscettibili di essere invocate dinanzi ai giudici nazionali¹². Con la sentenza *Ratti*¹³, inoltre, la Corte ha aggiunto – ad ulteriore illustrazione delle ragioni sottese al meccanismo di cui trattasi – *iv*) che, diversamente, gli Stati membri finirebbero per trarre vantaggio dal proprio inadempimento, riconducendo, così, il

¹¹ Corte giust. 4 dicembre 1974, 41/74, *Van Duyn*, punto 9 ss.

¹² *Ibidem*.

¹³ Corte giust. 5 aprile 1979, 148/78.

meccanismo dell'effetto diretto (anche) ad un intento pedagogico e sanzionatorio¹⁴.

La Corte ha chiarito, altresì, che gli effetti diretti delle direttive possono essere invocati esclusivamente *i)* nell'ambito di controversie di tipo verticale, di cui, cioè, siano parte lo Stato (secondo la relativa accezione estensiva ricavabile dalla giurisprudenza UE)¹⁵ e un individuo, e non anche nei rapporti interindividuali¹⁶, e soltanto *ii)* contro lo Stato, con conseguente impossibilità, per le amministrazioni, di avvalersene a discapito dei privati¹⁷. Ciò, segnatamente, in considerazione del fatto che *a)* la direttiva – vincolando solo gli Stati membri – non può creare obblighi a carico degli individui¹⁸; e che *b)* non avrebbe alcun senso rivolgere le summenzionate logiche sanzionatorie nei confronti di soggetti estranei agli obblighi di recepimento che connotano questo tipo di atti di diritto derivato.

¹⁴ Al punto 22 della sentenza *Ratti*, sopra citata, si legge, segnatamente, che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa». In questi medesimi termini, attraverso la sentenza *Marshall* (Corte giust. 26 febbraio 1986, 152/84, *Marshall*), la Corte, al punto 49, ha espresso il principio in base al quale «gli amministrati qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla qualità nella quale questo agisce come datore di lavoro o come pubblica autorità. In entrambi i casi è infatti opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario». R. SCHUTZE, *op. cit.*, p. 278, rileva che questo argomento è noto anche come *estoppel argument*: uno Stato membro che non ha ottemperato all'obbligo su di esso incombente di trasporre una direttiva non può, cioè, invocare il proprio inadempimento quale difesa e, di converso, gli individui hanno il diritto di fare affidamento sulla disciplina contenuta in detta direttiva contro lo Stato.

¹⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla nota giurisprudenza di cui fa parte, tra l'altro, la sentenza della Corte giust. 12 luglio 1990, C-188/89, *Foster*.

¹⁶ Cfr. *Marshall*, sopra citata, punto 48, e Corte giust. 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*, punto 20.

¹⁷ Corte giust. 11 giugno 1987, 14/86, *Pretore di Salò/X*; 8 ottobre 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*; 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*; 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*

¹⁸ Nella sentenza *Faccini Dori/Recreb*, sopra citata, al punto 24, la Corte ha precisato, a questo riguardo, che estendere la giurisprudenza sugli effetti diretti “all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti”.

Merita evidenziare, infine, che la Corte ha esteso, attraverso la propria giurisprudenza, la possibilità di invocare le disposizioni contenute all'interno di una direttiva anche alle autorità pubbliche nei rapporti con altre autorità pubbliche o, a determinate condizioni, con enti concessionari di pubblici servizi; e ciò, come si approfondirà in appresso, a prescindere (quanto meno, apparentemente) dalla circostanza che da detti meccanismi discendano conseguenze pregiudizievoli per i soggetti privati che si erano conformati alle norme di diritto nazionale rivelatesi in contrasto con il diritto UE¹⁹.

3. I limiti concernenti i c.d. effetti verticali all'inverso o in malam partem

Sulla scorta dei principi dianzi richiamati, la Corte di giustizia ha affermato in più occasioni, come si accennava, l'inidoneità delle direttive ad essere invocate dallo Stato *contro* i c.d. singoli (intesi quali persone fisiche e giuridiche non riconducibili, a loro volta, alla predetta nozione di "Stato").

Così, in particolare, la Corte ha chiarito, fin dalla sentenza *Marshall*²⁰, che «la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere, in quanto tale, nei confronti dello stesso». La ragione addotta a fondamento di tali conclusioni si appunta sul rilievo che – in quanto suscettibile di produrre effetti vincolanti nei soli confronti degli Stati membri che ne sono destinatari – è inconcepibile che una direttiva non correttamente recepita possa generare obblighi in capo a soggetti

¹⁹ Ci si riferisce, per esempio, a Corte giust. 21 marzo 2013, C-244/12, *Salzburger Flughafen* e 12 dicembre 2013, C-425/12, *Portgás*). Attraverso tale ultima pronuncia la Corte ha chiarito, in particolare, che le disposizioni di una direttiva non attuata possono essere fatte valere anche nei confronti di un'impresa privata concessionaria di un servizio pubblico a condizione «che detto servizio d'interesse pubblico sia prestato sotto il controllo di un'autorità pubblica e che detta impresa disponga di poteri derogatori rispetto alle norme applicabili nei rapporti fra singoli» (cfr. punto 26). Pare, peraltro, riconducibile a questo medesimo filone giurisprudenziale anche la sentenza *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, in quanto avente ad oggetto una controversia che, parimenti, vedeva contrapposti due soggetti pubblici.

²⁰ *Marshall*, sopra citata.

diversi²¹. Alla base di tale ragionamento v'è, dunque, anche un'esigenza di tutela del legittimo affidamento di coloro che abbiano agito conformemente a norme di diritto interno, ancorché contrarie alla disciplina dettata da una direttiva UE non attuata (o attuata in maniera inesatta o incompleta), non essendo ascrivibile a tali soggetti alcuna responsabilità rispetto all'inadempimento degli obblighi di recepimento (unicamente) incombenti sullo Stato²².

Sulla scorta di ragionamenti analoghi, con le sentenze *Pretore di Salò*²³ e *Berlusconi*²⁴, inoltre, la Corte ha escluso che una direttiva non attuata possa determinare, di per sé, un aggravamento della responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle relative disposizioni.

Alla luce di quanto precede parrebbe, dunque, ragionevole ritenere che l'idoneità delle disposizioni contenute in una direttiva a produrre effetti diretti e il correlato obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto interno con esse in contrasto siano circoscritti alle ipotesi in cui tale strumento venga invocato *i)* contro lo Stato inadempiente a favore del beneficiario della disciplina UE e *ii)* su sua specifica richiesta. Scopo dei meccanismi in discorso è, infatti – secondo l'impostazione ritraibile dai *dicta* della sentenza *Van Gend & Loos*²⁵ – assicurare ai singoli la possibilità di beneficiare di un «livello minimo di tutela»²⁶ rispetto ai diritti e ai vantaggi che essi trarrebbero dalla direttiva pur a fronte del relativo mancato o inesatto recepimento da parte degli Stati membri. La dottrina *Van Gend & Loos* si fonda,

²¹ Ancora di recente, del resto, nell'ambito della sentenza *Poplawski* (Corte giust. 24 giugno 2019, C-573/17) la Corte ha ribadito, al punto 67, che «anche se chiara, precisa e incondizionata, una disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di disapplicare una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un obbligo aggiuntivo a un singolo».

²² In questi termini, in particolare, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 292.

²³ *Pretore di Salò/X*, sopra citata.

²⁴ Sentenza *Berlusconi e a.*, cit. V. anche le ulteriori pronunce citate alla nota 17.

²⁵ Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*. Vale la pena rammentare che, in tale occasione, la Corte ha affermato l'idoneità dell'allora art. 12 TCEE (oggi art. 30 TFUE) a produrre effetti diretti sul rilievo che detta disposizione «ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare».

²⁶ In questi termini, cfr., *ex plurimis*, *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata punti 65 e 72, e *Faccini Dori*, sopra citata punto 17.

infatti, sull'assunto che la norma UE considerata conferisca al singolo una posizione giuridica favorevole o, comunque, di vantaggio di cui, attraverso i meccanismi in discorso, ci si propone di assicurare l'effettività e la tutela²⁷.

Tali conclusioni sembrerebbero, tuttavia, da rivedere alla luce della successiva giurisprudenza della Corte che, anziché fornire i chiarimenti sperati in ordine alla tipologia di rapporti e controversie in cui è consentito invocare l'operatività dei meccanismi in questione, ha dato adito a ulteriori interrogativi sul punto.

Particolari complessità si rinvergono, per esempio, con riguardo alle c.d. "situazioni triangolari", caratterizzate, cioè, per il coinvolgimento, in aggiunta all'autorità pubblica, di due soggetti privati distinti, nei cui confronti la direttiva considerata sia suscettibile di produrre effetti di segno opposto, da essa derivando, per una delle parti, una posizione di vantaggio cui corrisponde, di converso, la creazione di una situazione sfavorevole per l'altra parte²⁸. In tali circostanze, la direttiva viene, infatti, invocata da un privato nei confronti di un soggetto pubblico che, per adempiere agli obblighi da essa derivanti, si vede costretto ad adottare provvedimenti dai quali scaturiscono conseguenze pregiudizievoli per un altro privato.

In relazione a fattispecie di questo genere, la Corte ha affermato, a più riprese, l'idoneità della direttiva non trasposta a produrre effetti diretti nonostante le ripercussioni di segno negativo che da ciò sarebbero discese in capo a soggetti diversi dagli istanti, senza, tuttavia, esplicitare in maniera puntuale, per lo meno inizialmente, i termini del proprio ragionamento²⁹.

²⁷ Cfr., sul punto, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 155 ss.

²⁸ In argomento, cfr., *ex plurimis*, A. IERMANO, *L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e relativi limiti nei rapporti orizzontali*, in *Freedom, Security & Justice*, 2018, p. 27 ss.; R. KRAL, *Questioning the Limits of Invocability of the EU Directives in Triangular Situations*, in *EPL*, 2010, p. 239 ss.; D. COLGAN, *Triangular Situations: The Coup de Grace for the Denial of Horizontal Direct Effect of Community Directives*, in *EPL*, 2002, p. 545 ss.; M. DOUGAN, *Disguised Vertical Direct Effect of Directives*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 586 ss.; K. LACKHOFF, H. NYSENS, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, in *ELR*, 1998, p. 397 ss.

²⁹ Cfr., in questi termini, Corte giust. 22 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*; 12 novembre 1996, C-201/94, *The Queen/The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals e Primecrown/The Medicines Control Agency*.

È, quindi, con la nota pronuncia *Wells*³⁰ che la Corte ha delineato le condizioni e i limiti in presenza dei quali, con specifico riferimento alle “situazioni triangolari”, le direttive possono reputarsi suscettibili di produrre effetti diretti pur a fronte delle ricadute negative da ciò derivanti per la sfera giuridica di altri privati. L’intervento della Corte si innestava, segnatamente, nell’ambito di un giudizio instaurato dalla Sig.ra Wells nei confronti del Segretariato di Stato britannico avverso il provvedimento recante il rilascio di una concessione per lo sfruttamento di una cava situata in prossimità della sua abitazione in quanto adottato in difetto della previa valutazione di impatto ambientale (VIA) imposta dalla direttiva 85/337/CEE, all’epoca non ancora trasposta dal Regno Unito. In tale contesto, l’applicazione diretta delle summenzionate disposizioni di diritto UE – comportando l’esigenza di annullare la concessione impugnata – si sarebbe rivelata pregiudizievole per il proprietario della cava, il quale, in quanto soggetto privato, avrebbe subito l’effetto diretto *in malam partem* della direttiva nonostante fosse da ritenersi senz’altro estraneo rispetto a qualsivoglia obbligo di recepimento della disciplina ivi prevista.

In tale pronuncia, la Corte di giustizia – pur ribadendo, in linea con la giurisprudenza dianzi richiamata, che le direttive non possono creare obblighi a carico dei singoli – ha affermato che, di converso, «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato»³¹.

Centrale, nel ragionamento della Corte, si è rivelata, pertanto, la distinzione tra situazioni in cui (a) dalla direttiva discendano, a carico dei singoli, veri e propri obblighi, rispetto a quella in cui, invece, (b) l’applicazione di tale strumento sia suscettibile di produrre «mere ripercussioni negative» a carico di detti soggetti³².

³⁰ Corte giust. 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*.

³¹ *Wells*, sopra citata, punto 57.

³² Con specifico riferimento alla fattispecie in tale occasione scrutinata, la Corte ha rilevato, al punto 58, che «l’obbligo per lo Stato membro interessato di garantire che le autorità competenti valutino l’impatto ambientale dello sfruttamento della cava di Conygar Quarry non è direttamente connesso all’esecuzione di un qualsiasi obbligo che incomba, ai sensi della direttiva 85/337, sui proprietari della cava. Il fatto che le operazioni minerarie debbano essere interrotte per attendere i risultati della valutazione è, certamente, la conseguenza dell’adempimento tardivo degli obblighi

La stessa impostazione è stata posta a fondamento, successivamente, del caso *Arcor*³³. Si trattava, in quell'occasione, di verificare la compatibilità con talune direttive dell'obbligo, imposto dalla competente autorità tedesca agli operatori di reti di telecomunicazione interconnesse a rete pubblica, di versare al gestore della medesima, *Deutsche Telekom*, un contributo per le perdite che quest'ultimo, mettendola a disposizione, avrebbe subito. Analogamente alla fattispecie testé ricordata, la pronuncia di incompatibilità con il diritto UE dell'imposizione in esame – comportando l'esigenza di sopprimere il contributo considerato – era suscettibile di tradursi nella produzione di effetti sfavorevoli per la *Deutsche Telekom*. Sulla scorta del ragionamento delineato nella sentenza *Wells*, la Corte è pervenuta, tuttavia, alla conclusione che gli articoli delle direttive invocate dalle parti ricorrenti hanno «efficacia diretta e possono essere fatti valere direttamente da singoli dinanzi ad un giudice nazionale per contestare una decisione dell'autorità nazionale di regolamentazione»³⁴, in quanto suscettibili di dare luogo alla produzione di «mere ripercussioni negative» a carico del predetto soggetto, e non già all'imposizione di alcun obbligo³⁵.

4. *Le ricadute della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle fattispecie in esame*

Sulla base dei *dicta* ricavabili dalla citata sentenza *Wells*, sembrerebbe possibile teorizzare la conformità al diritto UE dell'applicazione diretta dell'art. 12 della direttiva Bolkestein (anche) a

del detto Stato. Tuttavia, una simile conseguenza non può essere qualificata, come afferma il Regno Unito, come “inverse direct effect” delle disposizioni di tale direttiva nei confronti dei detti proprietari».

³³ Corte giust. 17 luglio 2008, da C-152/07 a C-154/07, *Arcor e a.*

³⁴ *Ibidem*, punto 44.

³⁵ Al punto 38 della pronuncia *Arcor e a.*, sopra citata, si evidenzia, in particolare, che «occorre poi constatare che la Deutsche Telekom è parte terza rispetto alla controversia sottoposta al giudice del rinvio e può solo subire ripercussioni negative dal fatto che tale operatore ha riscosso il contributo di collegamento di cui trattasi nella causa principale e che, in caso di soppressione di questo contributo, dovrebbe aumentare le proprie tariffe per gli abbonati. Ora. Una tale soppressione di benefici non può essere considerata come un obbligo che incombe ad un terzo in forza delle direttive fatte valere dinanzi al giudice del rinvio dai ricorrenti nella causa principale».

fondamento del diniego del diritto del concessionario alla prosecuzione della gestione dell'arenile e del conseguente ordine di sgombero dell'area in precedenza assegnatagli³⁶.

Alla stregua dei proprietari della cava protagonisti del caso *Wells*, infatti, i concessionari uscenti subirebbero, per effetto dell'applicazione diretta della direttiva, «mere ripercussioni negative» “tollerabili”, nella prospettiva del diritto UE, pur a fronte del noto divieto di applicazione *in malam partem* di questa tipologia di atto di diritto derivato.

Tale impostazione desta, tuttavia, talune perplessità. Ciò in considerazione, innanzi tutto, del carattere elusivo e sfuggente della distinzione impiegata dalla Corte tra obbligazioni e «mere ripercussioni negative»³⁷. Non può trascurarsi, infatti, che – pur trattandosi di profilo dirimente ai fini dell'applicazione, in concreto, dell'impostazione in discorso – la Corte non ha fornito alcuna definizione di tali concetti, né alcun criterio funzionale a distinguerli. Non è chiaro, quindi, per quale ragione, per esempio, non potrebbe sostenersi che l'applicazione diretta della direttiva è foriera di far sorgere, in capo al concessionario uscente, veri e propri obblighi in termini di sgombero e restituzione dell'area.

Non sembrerebbe, pertanto, possibile tracciare con la necessaria certezza il confine tra effetti *in malam partem*, rigorosamente vietati dal diritto UE, e «mere ripercussioni negative» che, di converso, la parte si vedrebbe costretta a tollerare. In questo modo, l'applicazione della direttiva – e, di conseguenza, la stessa individuazione del regime normativo applicabile – viene fatta dipendere da valutazioni di carattere inevitabilmente soggettivo in ordine alla qualificazione degli effetti – incontrovertibilmente pregiudizievoli – da ciò derivanti quali mere ricadute negative, anziché in termini di veri e propri obblighi.

Né può trascurarsi che – diversamente dalla fattispecie che formava oggetto del caso *Wells* – non sempre ricorre, in relazione alle ipotesi qui in considerazione, l'esigenza di assicurare l'operatività dei dettami della direttiva a tutela di determinati soggetti (diversi, evidentemente,

³⁶ In questi termini, cfr., *ex plurimis*, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 9; A. NATO, *op. cit.*, p. 48.

³⁷ In questi termini si esprimono E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea: l'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2017, p. 125; A. IERMANO, *op. cit.*, p. 45, la quale, in particolare, rileva che la distinzione in esame «appare puramente formale» e sembrerebbe costituire un mero «espediente adottato dalla Corte per rimediare ai limiti dell'efficacia diretta soltanto verticale delle direttive non attuate».

dagli attuali concessionari) che parrebbe rappresentare, secondo quanto si è ricordato *supra*, la *ratio* fondante dei meccanismi in discorso.

È cruciale rimarcare, più precisamente, l'enfasi posta dalla Corte, nell'ambito della pronuncia *Wells*, sul rilievo che la produzione di «mere ripercussioni negative» – diversamente dalla generazione di veri e propri obblighi – nella sfera giuridica di soggetti terzi non può giustificare l'impossibilità, per un altro singolo, di far valere le disposizioni di tale strumento normativo nei confronti dell'autorità pubblica interessata³⁸. Da tali statuizioni pare, infatti, doversi desumere che gli effetti collaterali discendenti, a carico di un individuo, dall'applicazione della direttiva – lungi dal potersi assumere come tollerabili e consentiti dal diritto UE in relazione a qualsiasi situazione di tipo triangolare – siano astrattamente ammissibili, in un'ottica di bilanciamento tra le contrapposte esigenze dei privati coinvolti, solo allorché necessari per salvaguardare la possibilità, per un altro soggetto, di avvalersi delle posizioni giuridiche di vantaggio fondate sulla direttiva medesima.

Non può farsi a meno di rilevare, in questa prospettiva, che, nell'ambito della fattispecie di cui al caso *Wells*, era la omonima signora ad agire a tutela delle proprie prerogative invocando, a loro supporto, le disposizioni di una direttiva. Né può sottacersi che, anche nel contesto delle altre pronunce concernenti “situazioni triangolari”, a subire le conseguenze negative si trovava sempre un soggetto in posizione di terzietà rispetto alla controversia, diverso, in particolare, da quello che agiva nei confronti dell'Amministrazione per ottenere l'applicazione della direttiva di volta in volta considerata³⁹.

Ciò che caratterizza le fattispecie in relazione alle quali si è sviluppata la summenzionata giurisprudenza avente ad oggetto le c.d. situazioni triangolari e le (quanto meno apparenti) deroghe al divieto di far discendere dalle direttive effetti diretti *in malam partem* sembrerebbe essere, dunque, la presenza di un soggetto che invoca la

³⁸ *Wells*, sopra citata, punto 57.

³⁹ Non può trascurarsi, quindi, che, per esempio, il contenzioso nell'ambito del quale si è incardinato il rinvio pregiudiziale che ha condotto alla sentenza *Fratelli Costanzo*, sopra citata, aveva ad oggetto l'impugnazione, da parte del soggetto secondo classificato, dell'aggiudicazione disposta a favore del proprio concorrente. La direttiva che veniva in rilievo in tale contesto veniva invocata, quindi, da parte ricorrente a tutela delle proprie prerogative.

direttiva a proprio favore e l'esigenza di non privarlo della possibilità di godere dei suoi effetti. Emblematica, in tal senso, è, tra l'altro, la puntualizzazione contenuta nella sentenza *Arcor* secondo cui le disposizioni di una direttiva possono essere fatte valere "dai singoli" dinanzi ai Giudici nazionali "per contestare" eventuali decisioni delle autorità nazionali che si pongano con esse in contrasto.

Anche con riferimento a situazioni "triangolari", sembrerebbe, dunque, doversi escludere – se non altro, in quanto ipotesi non contemplata dalla Corte nelle citate occasioni – l'idoneità delle direttive ad essere invocate dalle Amministrazioni nazionali a fondamento di provvedimenti adottati *i)* d'ufficio, in difetto, cioè, di un'apposita istanza facente perno sulla disciplina ivi contenuta, ovvero *ii)* su istanza di parte ogniquale volta la disciplina UE risulti ostativa rispetto al relativo accoglimento (e, dunque, pregiudizievole rispetto agli interessi del soggetto che ha presentato la richiesta).

Analogamente, in sede contenziosa, la disciplina dettata da una direttiva sembrerebbe potersi reputare suscettibile di produrre effetti diretti, in presenza dei presupposti a tal fine richiesti, solo allorché invocata dal soggetto che agisce in giudizio a fondamento delle proprie domande, e non anche quale difesa, da parte dell'Amministrazione resistente, della legittimità del provvedimento impugnato.

Diversamente, del resto, parrebbe lecito dubitare, a monte e in radice, della stessa ricorrenza dei presupposti cui è subordinata la possibilità di riconoscere alla direttiva considerata l'idoneità a produrre effetti diretti. Alla luce della giurisprudenza in precedenza richiamata, l'operatività di detti meccanismi pare, infatti, doversi reputare circoscritta alle ipotesi in cui vi sia un soggetto (non pubblico) che invochi le disposizioni di una direttiva a fondamento della propria istanza e/o domanda giudiziale. In difetto di tale presupposto, si fuoriesce dallo schema giustificativo dell'efficacia diretta, eccezionalmente ammessa (come ricordato) al solo scopo di non far gravare sul singolo l'inadempimento dello Stato e per evitare che quest'ultimo tragga vantaggio dalla propria inerzia⁴⁰.

Sembrerebbe, dunque, necessario distinguere caso per caso – a parità di situazioni "triangolari" – a seconda che (*a*) analogamente alla

⁴⁰ In questi termini, G. PARODI, *op. cit.*, p. 161.

fattispecie di cui al caso *Wells*, la direttiva venga invocata da un soggetto nei confronti dell'autorità nazionale (sia essa amministrativa o giurisdizionale) a fondamento di una istanza o domanda il cui accoglimento sia suscettibile di arrecare conseguenze pregiudizievoli per la sfera giuridica di terzi (si pensi, a titolo di esempio, all'aspirante concessionario che impugna la proroga concessa all'attuale assegnatario o che ne chiede l'annullamento in autotutela)⁴¹; ovvero (b) la disciplina UE venga adottata dall'Amministrazione a fondamento di un provvedimento sfavorevole per l'interessato dal quale scaturiscano (o possano scaturire) implicazioni di segno positivo per altri che, tuttavia, versino in una posizione di terzietà rispetto al procedimento (si considerino, in questa prospettiva, eventuali dinieghi di proroga o determinazioni che dichiarino la decadenza dell'attuale titolare della concessione). In relazione a tale ultima tipologia di fattispecie la prospettiva risulta, infatti, "rovesciata" rispetto a quella contemplata nel caso *Wells*, non essendo ravvisabile alcun individuo che invochi la direttiva a proprio favore e non potendo, pertanto, reputarsi giustificata, sulla scorta dell'impostazione ritraibile da detta giurisprudenza, l'imposizione di alcun sacrificio a carico del soggetto interessato dal provvedimento. Non può trascurarsi, infatti, che gli aspiranti concessionari non solo risultano estranei rispetto al procedimento considerato ma, nella maggior parte dei casi, neppure sono individuati o individuabili.

Considerazioni analoghe parrebbero potersi esprimere anche con riferimento alle situazioni "triangolari" nell'ambito delle quali, così come verificatosi nel caso *AGCM c. Comune di Ginosa*, (c) la disciplina della direttiva venga invocata da un soggetto pubblico nei confronti di un'altra autorità pubblica a discapito della posizione degli attuali concessionari. Neppure in relazione a tali ipotesi, infatti, sembrerebbe possibile giustificare gli effetti pregiudizievoli derivanti

⁴¹ A tale ipotesi sembrerebbe riconducibile, per esempio, anche la recente pronuncia *Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias* (Corte giust. 21 dicembre 2023, C-66/22). In tale ipotesi, infatti, della disapplicazione, per contrasto con l'art. 57, par. 4, primo comma, lettera d) della direttiva 2014/24, delle norme di diritto nazionale che limitavano la possibilità, per le stazioni appaltanti, di escludere un'offerta pur a fronte della sussistenza di indizi seri in merito alla tenuta, da parte di un operatore economico, di condotte anticoncorrenziali era destinato a beneficiare il soggetto secondo classificato nella procedura d'appalto considerata.

dall'applicazione della direttiva a carico dei concessionari uscenti sulla base dell'esigenza di tutelare i contrapposti interessi di altri soggetti privati.

Vero è che, in (quanto meno apparente) antitesi rispetto alla ricostruzione dianzi suggerita, la Corte ha affermato, nell'ambito della sentenza testé citata, che «l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti»⁴², così lasciando intendere che la predetta disposizione possa (*rectius*, debba) reputarsi suscettibile di essere assunta a fondamento, tra l'altro, di eventuali provvedimenti di diniego di proroga in maniera generalizzata ed indiscriminata, a prescindere, cioè, da qualsivoglia approfondimento in ordine al contesto in cui si innesta tale determinazione.

Pare, tuttavia, ragionevole ritenere che tali passaggi decisionali siano da considerarsi circoscritti all'affermazione del carattere «incondizionato e sufficientemente preciso» del precetto contenuto nella disposizione di cui trattasi (quali requisiti necessari, per l'operatività dei meccanismi in discorso, con riferimento a qualsiasi previsione di diritto UE), ferma restando l'esigenza di verificare caso per caso, ad opera delle autorità nazionali, la sussistenza degli ulteriori presupposti cui è specificamente subordinata l'idoneità delle direttive a produrre effetti diretti⁴³.

La soluzione dianzi suggerita sembrerebbe, peraltro, l'unica idonea a giustificare il sacrificio del legittimo affidamento ingenerato, in capo ai concessionari uscenti, dalle (inequivocabili) disposizioni del diritto nazionale attualmente in vigore (per quanto, come è noto, il Consiglio

⁴² *AGCM/Comune di Ginosa*, sopra citata, punto 74.

⁴³ G. PARODI, *op. cit.*, p. 622, rileva che «la sentenza in esame non si pronuncia sulla questione relativa alle condizioni soggettive di invocabilità dell'effetto diretto, consegnando così a un cono d'ombra l'obbligo del giudice di verificare – accanto ai requisiti di formulazione – se la direttiva sia stata correttamente invocata: dal soggetto che può farla valere; nei confronti di un'autorità nazionale».

di Stato ne abbia escluso la sussistenza con specifico riferimento alle fattispecie qui in considerazione⁴⁴). Pur senza obliterare l'esigenza di assicurare, altresì, l'interesse di coloro che beneficerebbero della direttiva a non vedere condizionata – potenzialmente *sine die* – la possibilità di fruirne al puntuale adempimento, da parte dello Stato italiano, dei propri obblighi di recepimento, sembra infatti che – nella citata prospettiva del temperamento tra interessi individuali contrapposti – la posizione degli aspiranti concessionari ricavabile dall'art. 12 della direttiva possa assurgere, al più, a mera aspettativa.

All'esito della disamina appena svolta, quindi, la disapplicazione (in rigorosa conformità alla richiamata giurisprudenza UE) delle norme nazionali contrastanti con l'art. 12 della direttiva Bolkestein non pare poter prescindere da una previa, puntuale ed accurata verifica in merito alle circostanze ed alle modalità in cui tale contrasto viene in rilievo.

5. Conclusioni

Le tematiche in esame – da tempo all'attenzione degli studiosi di diritto UE – risultano, nell'attuale contesto normativo, di peculiare rilevanza ed attualità.

La ormai conclamata contrarietà con il diritto UE della disciplina prevista a livello nazionale con riferimento alle questioni in oggetto e le relative implicazioni sull'efficacia delle concessioni balneari

⁴⁴ Cfr., in questi termini, le puntualizzazioni svolte dal Consiglio di Stato nelle note sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 2021 ai rispettivi paragrafi 38. Il giudice amministrativo ha sottolineato, tuttavia, l'esigenza di riconoscere ai concessionari uscenti un indennizzo correlato agli eventuali investimenti effettuati e non ammortizzati. Mancano, per il momento, i criteri di determinazione e di quantificazione degli importi spettanti a tale titolo. Sulla questione, peraltro, potrebbe incidere l'esito del rinvio pregiudiziale attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia in relazione alla causa C-598/22, *Società Italiana Imprese Balneari*, avente ad oggetto la verifica della compatibilità con la disciplina UE in materia di diritto di stabilimento dell'art. 49 del Codice della navigazione nella parte in cui dispone che la scadenza della concessione comporta la cessione allo Stato senza indennizzo delle opere non amovibili costruite nell'area demaniale marittima in concessione. Nell'ambito delle conclusioni presentate l'8 febbraio 2024, l'Avvocato generale Capeta ha escluso la sussistenza di una restrizione al diritto di stabilimento vietata dall'articolo 49 TFUE «se la durata della concessione è sufficiente per l'ammortamento dell'investimento da parte del concessionario», con la precisazione che «ciò vale anche nel caso in cui lo stesso concessionario si aggiudichi la nuova concessione sulla medesima area».

impongono, in particolare, di affrontare la controversa idoneità delle direttive a produrre, in talune situazioni, effetti diretti da un diverso angolo visuale.

Come si è cercato di argomentare nell'ambito dei paragrafi che precedono, sussistono ampi margini per dubitare della legittimità, sotto il profilo del diritto UE, di eventuali provvedimenti, di carattere amministrativo o giurisdizionale, facenti perno sulla indiscriminata disapplicazione del summenzionato decreto Milleproroghe per contrasto con l'art. 12 della direttiva Bolkestein e per affermare, di conseguenza, l'esigenza di distinguere, caso per caso, a seconda dell'oggetto del procedimento e, in particolare, delle modalità attraverso le quali tale disposizione interagisce, in concreto, con le situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Non può sottacersi, d'altro canto, che la ricostruzione dianzi suggerita – per quanto, a parere di chi scrive, maggiormente in linea con i principi ricavabili dalla summenzionata giurisprudenza – è suscettibile di dare luogo a significative incoerenze e disparità di trattamento.

In base a tale impostazione, per esempio, la medesima proroga risulterebbe assoggettata a regimi normativi diversi a seconda che la si consideri (a) nell'ambito del procedimento teso al relativo rilascio (posto che, in tal caso, il diniego fondato sulla direttiva darebbe luogo a una sua indebita applicazione *in malam partem* nei confronti dell'istante); oppure (b) nel giudizio instaurato da un aspirante concessionario avverso il provvedimento di proroga (dal momento che, diversamente dalla fattispecie *sub a*, in tale contesto la direttiva verrebbe invocata da parte ricorrente a proprio favore)⁴⁵.

In considerazione di quanto precede, l'Amministrazione potrebbe vedersi costretta, per un verso, a concedere la proroga (non potendo, secondo quanto ipotizzato *supra*, opporre al concessionario uscente la disapplicazione della disciplina di diritto interno a lui favorevole a motivo della relativa contrarietà rispetto al diritto UE) e impossibilitata, per altro verso, a difendere la legittimità di tale provvedimento nell'ambito del giudizio instaurato da un potenziale concorrente per l'impugnazione di detto provvedimento (a fronte della indubbia possibilità, per il soggetto ricorrente, di far valere, in tale contesto,

⁴⁵ Cfr., sul punto, R. KRAL, *op. cit.*, p. 244.

l'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva Bolkestein a fondamento delle proprie censure). Né può escludersi che – una volta accertata giudizialmente l'illegittimità della proroga – le medesime problematiche si ripropongano, altresì, con riferimento ai provvedimenti da adottarsi al fine di assicurare lo sgombero e la restituzione dell'area.

È, poi, interessante osservare che, secondo le logiche dianzi richiamate, il giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti sfavorevoli per il concessionario uscente potrebbe risultare destinato a concludersi in maniera diversa in caso di partecipazione al giudizio (ad esempio, in qualità di controinteressato) da parte di un potenziale candidato. In tale ipotesi, infatti, l'efficacia diretta della direttiva verrebbe invocata – in linea con le fattispecie “triangolari” in relazione alle quali la giurisprudenza UE riconosce pacificamente l'idoneità di tali strumenti di diritto derivato a produrre effetti di questo tipo – da un soggetto diverso dall'Amministrazione e, precipuamente, da quello a favore del quale essa conferisce una posizione giuridica di vantaggio. Tale soggetto potrebbe, quindi, reputarsi legittimato a formulare difese basate sul carattere *self-executing* dell'art. 12 della direttiva Bolkestein che risultano, invece, precluse, alla luce di quanto precede, al Comune resistente.

È indubbio, pertanto, che l'impostazione suggerita nell'ambito dei precedenti paragrafi sia foriera di inaccettabili situazioni di incertezza in ordine alla disciplina da applicarsi alle diverse fattispecie suscettibili di venire in rilievo e alla sorte dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione.

Salvo, dunque, che, sul punto, intervengano, in tempi quanto più possibile ravvicinati, la Corte costituzionale⁴⁶ o il legislatore, è

⁴⁶ C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 481, rileva che «qualora, poi, come immagino, la Consulta dovesse giudicare incostituzionale, in parte qua, la legge 14/2023, per contrasto con gli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, il Giudice delle leggi, previo un auspicabile rinvio pregiudiziale, potrebbe modulare nel tempo gli effetti della propria dichiarazione di incostituzionalità, assegnando al Parlamento un tempo ragionevole per realizzare quella riforma di sistema delle concessioni balneari, di cui si favoleggia da troppi anni e rispetto alla quale, tuttavia, non si è finora coagulata la volontà politica. Questo tempo potrebbe essere comprensivo pure del periodo necessario al Governo per adottare i decreti delegati sulla base di nuovi principi e criteri di delega nonché del tempo indispensabile alle amministrazioni

auspicabile che la questione venga presto sottoposta alla Corte di giustizia, quale irrinunciabile occasione, tra l'altro, per fare chiarezza in merito alle condizioni ed ai limiti entro i quali le direttive possono essere invocate *in malam partem*.

Non può escludersi, d'altro canto, che, ove opportunamente interrogata in tal senso, la Corte estenda anche alle sopra illustrate "situazioni triangolari rovesciate" i *dicta* di cui alla giurisprudenza *Wells*, valorizzando, per esempio, *i*) l'esigenza di tutelare le prerogative degli aspiranti concessionari cui l'art. 12 della direttiva Bolkestein è finalizzato, ancorché soggetti terzi rispetto al procedimento e/o alla controversia considerati, nonché *ii*) la necessità di assicurare la certezza e l'uniformità del diritto.

D'altra parte, come è noto⁴⁷, dalla giurisprudenza della Corte sembrerebbe emergere anche una dimensione oggettiva dell'effetto diretto, che prescinde, cioè, dall'attribuzione diretta, da parte del diritto UE, di una posizione giuridica soggettiva e dalla conseguente esigenza di assicurarne la tutela. Secondo un'interpretazione evolutiva della dottrina di cui trattasi, le disposizioni di diritto UE potrebbero venire invocate, in particolare, quale parametro di legittimità del diritto interno, al solo scopo di determinare la non applicazione delle norme nazionali in contrasto con esso (secondo logiche, quindi, di "esclusione" diverse da quelle di "sostituzione" che caratterizzano la summenzionata dimensione soggettiva dell'effetto diretto).

Ragionando in termini di rapporti tra ordinamenti (UE e nazionali) e valorizzando il fondamentale ruolo svolto, in tale contesto, dal principio del primato, si potrebbe, quindi, impostare le tematiche in

concedenti per assegnare tutte le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, regolarizzando, una volta per tutte, quest'anomalia tutta italiana».

⁴⁷ In tema, cfr., in particolare, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 167 ss. L'Autore, a p. 214, richiama a fondamento della ricostruzione in esame i passaggi decisionali della sentenza *Becker* (Corte giust. 19 gennaio 1982, 8/81, punto 25) attraverso i quali si evidenzia che «viene individuata un'alternativa tra due manifestazioni dell'efficacia diretta allorché è scritto che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, il singolo può richiamarle, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini "per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato"».

oggetto secondo logiche diverse da quelle che connotano la teorica degli effetti diretti. In questo modo, i limiti e condizionamenti che, come visto, sono ad essa connaturati verrebbero meno, sulla scia del suggerimento dell'Avvocato generale Saggio nel caso *Océano* che l'effetto di esclusione può realizzarsi «ogni qual volta la regola nazionale venga in rilievo per la soluzione di una controversia, indipendentemente dalla natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti»⁴⁸.

È evidente, in ogni caso – qualunque sia la soluzione che la Corte, ove interpellata, volesse fornire con riferimento alle criticità dianzi richiamate – il carattere ormai improcrastinabile dell'intervento delle autorità nazionali al fine di ricondurre il quadro normativo di cui trattasi a conformità rispetto al diritto UE.

⁴⁸ Cfr., in particolare, il par. 37 delle conclusioni dell'Avv. gen. Saggio, del 16 dicembre 1999, da C-240/98 a C-244/98.

ABSTRACT (ITA)

La ormai conclamata contrarietà rispetto al diritto UE delle norme nazionali che dispongono la proroga *ex lege* – in maniera automatica e generalizzata – delle concessioni demaniali marittime e fluviali a scopo turistico-ricreativo e il conseguente obbligo, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, di provvedere alla relativa (generalizzata) disapplicazione forniscono interessanti spunti di riflessione in ordine alle condizioni e ai limiti in presenza dei quali sia consentito riconoscere a una direttiva non attuata (o, come nella fattispecie, non correttamente trasposta) l' idoneità a produrre effetti diretti, ancorché da ciò discendano implicazioni di segno negativo a carico dei privati attuali concessionari.

ABSTRACT (ENG)

The inconsistency with respect to EU law of national rules that provide for the *ex lege* extension (in an automatic and generalized manner) of maritime concessions for tourist-recreational purposes and the consequent obligation, according to the case-law of the Italian Council of State, to disapply (indiscriminately) such rules stimulate a reflection upon the conditions in the presence of which it may be deemed admissible to recognize that a directive which has not been implemented (or, as in the case at hand, has not been correctly transposed) is capable of producing direct effects, even if negative implications for current concessionaires derive from this.