

INTERVENTI

LE «SENTENZE GEMELLE» DEL CONSIGLIO DI STATO IN MATERIA DI CONCESSIONI BALNEARI E LA DOTTRINA DEGLI EFFETTI DIRETTI DELLE DIRETTIVE

LUCA PANTALEO - FRANCESCO SEATZU (*)

The present essay dwells on the theory of direct effects of EU directives in light of the application and interpretation of such theory carried out by the Italian Council of State in two landmark rulings concerning the vexed question of beach concessions granted by the Italian State allegedly in breach of art. 12 of the so-called Services Directive. The essay argues that while commendable in its intentions (that is, to finally guarantee compliance of the Italian legislation with the said Directive) the Council of State has applied an erroneous version of the direct effects theory that goes well beyond its scope as interpreted by the Court of Justice of the EU. The essay suggests that Italian courts (most appropriately, the Constitutional Court) should find alternative legal mechanisms based entirely on domestic law to overcome the Italian lawmaker's unrepentant lack of discipline regarding the correct transposition of the Services Directive in the field of beach concessions.

(*) Il presente lavoro, che prende le mosse da una relazione presentata congiuntamente dagli autori in occasione di un convegno organizzato all'Università di Cagliari il 27 maggio 2022, è il frutto delle comuni riflessioni degli stessi. Tuttavia, si precisa che le sezioni 2, 3 e 4 sono da attribuire a Luca Pantaleo, mentre le sezioni 1 e 6 a Francesco Seatzu. La sezione 5 è, invece, attribuibile ad entrambi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'efficacia diretta delle direttive nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. L'applicazione della dottrina dell'efficacia diretta all'art. 12 della «direttiva servizi». – 4. La dottrina dell'efficacia diretta delle direttive secondo le 'sentenze gemelle' del Consiglio di Stato in materia di concessioni balneari. – 5. Considerazioni critiche. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione* – L'ormai celebre deferimento da parte del Presidente del Consiglio di Stato all'Adunanza Plenaria della *vexata* e politicamente sensibile *quaestio* concernente l'esistenza di un obbligo in capo all'autorità giudiziaria e amministrativa di procedere alla disapplicazione (*rectius*: alla non applicazione) delle disposizioni aventi ad oggetto la proroga generalizzata e automatica delle concessioni demaniali marittime a scopi turistico-ricreativi in essere per contrasto con il diritto dell'Unione ⁽¹⁾ costituisce, insieme alle relative due pronunce dell'Adunanza note universalmente come 'sentenze gemelle', la *bona occasio* per una nuova disamina e ulteriore riflessione e approfondimento sulla non applicazione della norma di diritto interno in contrasto con il diritto unionale da parte del giudice statale e,

⁽¹⁾ In argomento, vedasi M.A. SANDULLI, *Sulle «concessioni balneari» alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Giustizia Insieme.it*, 2021, disponibile sul sito: <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2187-sulle-concessioni-balneari-alla-luce-delle-sentenze-nn-17-e-18-del-2021-dell-adunanza-plenaria>; A. LAZZARO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra principi europei e norme interne. La soluzione del conflitto nelle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17-18 del 9 novembre 2021*, in *Dir. Trasp.* 2022, 120 ss.; R. FUSCO, *Lo «status quo» dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative nelle more del complessivo riordino della materia imposto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. trasp.* 2022, 299 ss.; F. PRADA, *Ancora in tema di concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa: dopo il caso Promoimpresa, alla Corte di Giustizia una nuova richiesta di interpretazione della direttiva Bolkestein e dell'art. 49 TFUE*, in *Dir. trasp.* 2022, 458 ss.

in termini più puntuali, sulla teoria degli effetti diretti delle direttive ⁽²⁾.

È, infatti, quasi superfluo, visto il carattere scientifico della sede editoriale ospitante il presente lavoro, ricordare come, all'indomani della nota decisione della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis* (Corte giust. 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15), si sia affermato e ben presto consolidato un orientamento giurisprudenziale del supremo giudice amministrativo favorevole alla non applicazione della disposizione legislativa nazionale di proroga generalizzata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative per violazione dei principi generali dell'Unione ⁽³⁾ in materia di libera concorrenza tra imprese, non discriminazione e diritto di stabilimento ⁽⁴⁾, nonché

⁽²⁾ Per approfondimenti sulla quale si rimanda alla segnalazione alla nota 7.

⁽³⁾ In argomento vedasi tra i molti C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli «comunitari» e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2021, specialmente la Sez. IV.

⁽⁴⁾ In tale pronuncia, la CGUE ha rilevato che «le concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi possono 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 poter esercitare la loro attività economica» (v. punti 40 e 41); che tali concessioni riguardano risorse naturali ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2006/123, «dato che le aree demaniali in questione sono situate [...] sulle coste marittime italiane» (v. punto 42) e che le stesse non rientrano nella categoria delle «concessioni di servizi» disciplinate dalle norme relative agli appalti pubblici di cui alla direttiva 2014/23 (v. punti 44-48). In argomento vedasi tra i tanti M.E. BARTOLONI, *Le concessioni demaniali marittime nel contesto delle libertà di circolazione: riflessioni sulla sentenza Promoimpresa*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, 2021, 45 ss; A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto*

dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi o direttiva *Bolkestein*). Secondo siffatta giurisprudenza (al momento presente largamente maggioritaria) dalla non applicazione della disposizione di proroga *ex lege* scaturirebbe l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di dare avvio a procedure comportanti l'evidenza pubblica ai fini della selezione dei nuovi concessionari ⁽⁵⁾.

Più nello specifico, la non applicazione della norma di diritto italiano si fonderebbe sul presupposto del carattere *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi e proprio questo aspetto è stato recentemente dibattuto da alcune decisioni dei giudici amministrativi di primo grado, da cui appunto discende il sopra menzionato deferimento della questione all'Adunanza Plenaria ⁽⁶⁾. Le argomentazioni prodotte a sostegno delle perplessità e incertezze circa l'effetto diretto dell'intero art. 12 della direttiva servizi inducono quindi ad una riflessione maggiormente approfondita su siffatto profilo, dal momento che dal medesimo invariabilmente derivano 'a cascata' specifiche e importanti conseguenze nella pratica.

la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE, in Federalismi.it 2016, 23 ss.; D. DERO-BUGNY-A. PERRIN, Cour de justice, 5e ch., 14 juillet 2016, Promoimpresa srl e.a. c/ Consorzio dei comuni della Sponda Brescianadel Lago di Garda e del Lago di Idro e.a., aff. C-458/14 et C-67/15, in Jurisprudence de la CJUE 2016, Décisions et commentaires, Bruxelles, Bruylant, 2017, 675 ss.

⁽⁵⁾ Incidentalmente può ricordarsi che, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'obbligo di disapplicare la disposizione nazionale che contrasta con la prescrizione unionale munita di efficacia diretta non concerne soltanto i giudici nazionali ma si estende infatti, ancora prima, a qualsivoglia organo dell'amministrazione pubblica (vedasi in particolare Corte Giust., 22/06/1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA*).

⁽⁶⁾ Per un resoconto vedasi tra gli altri E. VERDOLINI, *Concessioni balneari: è giunto il tempo per una riforma?*, in *Eublog. Eu* 2022, disponibile sul sito: <https://www.eublog.eu/articolo/34989/Concessioni-balneari:-%C3%A8-giunto-il-tempo-per-una-riforma/Verdolini>.

Premessa una succinta disamina dei principali snodi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di efficacia diretta delle direttive, l'indagine che seguirà si concentrerà (sostanzialmente confermandola) sulla natura giuridica *self-executing* della citata disposizione della direttiva *Bolkestein* prima e sull'applicazione che della dottrina degli effetti diretti delle direttive è stata fatta dalle cosiddette due 'sentenze gemelle' del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria in materia di concessioni balneari.

2. *L'efficacia diretta delle direttive nella giurisprudenza della Corte di giustizia* – Com'è noto, nella sua ormai consolidata (ma non per questo priva di oscillazioni) giurisprudenza in materia, la Corte di giustizia ha riconosciuto che sia le norme dei Trattati, sia quelle delle direttive, sono in grado, a determinate condizioni, di produrre effetti diretti⁽⁷⁾. I presupposti per l'efficacia diretta di tali due categorie di norme unionali sono gli stessi: una disposizione che sia chiara, precisa ed incondizionata è produttiva di effetti diretti⁽⁸⁾. Le norme che impongono obblighi negativi, ossia obblighi di non fare, possono essere considerate le forme archetipiche di norme (potenzialmente) dotate di efficacia diretta: non a caso, l'efficacia diretta delle norme unionali è

⁽⁷⁾ La prima affermazione in tal senso risale alla storica sentenza *Van Gend en Loos*, in cui la Corte ha per la prima volta affermato la possibilità che le norme dei Trattati producano effetti diretti, a condizione che siano chiare, precise ed incondizionate. Si veda C. giust. UE 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend en Loos*. Tale possibilità è stata in seguito estesa alle norme delle direttive non attuate, a partire in particolare dalla sentenza *van Duyn*. Si veda C. giust. UE 4 dicembre 1974, 41/74, *van Duyn c. Home Office*.

⁽⁸⁾ Si è molto discusso in dottrina, soprattutto in epoca risalente, circa l'esatta interpretazione di tali requisiti. Per una disamina ormai divenuta classica si veda G. BEBR, *Directly applicable provisions of community law: the development of a community concept*, in *ICLQ* 1970, 257, 268 ss.

stata affermata per la prima volta in una sentenza avente ad oggetto un divieto ⁽⁹⁾. Tuttavia, anche le norme che pongono obblighi positivi possono produrre effetti diretti, atteso che gli effetti diretti «costituiscono una qualità di qualsiasi norma che abbia un contenuto dispositivo chiaro e incondizionato» ⁽¹⁰⁾.

È altresì noto che, in virtù dell'ormai consolidata giurisprudenza della Corte in materia, è necessario operare una distinzione fondamentale tra norme dei Trattati e norme delle direttive. Le prime sono in grado di produrre effetti diretti cosiddetti verticali, come nel caso inaugurale della teoria dell'efficacia diretta ⁽¹¹⁾: in tale evenienza, il soggetto privato invoca una norma unionale nei confronti dello Stato membro; ma anche effetti diretti orizzontali, come stabilito nella storica sentenza nota come *Defrenne II* ⁽¹²⁾: in tal caso, l'invocazione della norma unionale da parte del privato determina un pregiudizio nei confronti di un altro soggetto privato; nonché, da ultimo, effetti diretti che, per esigenze di brevità comunicativa, si definiranno verticali inversi, pur nella consapevolezza dell'imprecisione tecnica di tale espressione ⁽¹³⁾:

⁽⁹⁾ Sotto questo profilo, nella già citata sentenza *Van Gend en Loos*, la Corte di giustizia ha precisato che «[i]l disposto dell'articolo 12 pone un divieto chiaro e incondizionato che si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare. A questo obbligo non fa riscontro alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno. Il divieto dell'articolo 12 è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati». Si veda C. giust. UE 5 febbraio 1963, 26/62, cit.

⁽¹⁰⁾ Si veda E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, III ed., Torino, 2020, 116.

⁽¹¹⁾ Si veda C. giust. UE 5 febbraio 1963, 26/62, cit.

⁽¹²⁾ Si veda C. giust. UE 8 aprile 1976, 43/75, *Defrenne c. Sabena*.

⁽¹³⁾ Con tale espressione, infatti, si vuole fare riferimento alla situazione in cui l'efficacia diretta di una norma del Trattato produce effetti pregiudizievoli nei confronti di un privato non nel quadro di una controversia tra questi ed un altro soggetto privato, come

ciò si è verificato, in tempi recenti, nella sentenza *Taricco* ⁽¹⁴⁾.

Al contrario, la Corte di giustizia ha avuto un approccio più restrittivo in merito all'efficacia diretta delle direttive. Se, da un lato, essa ha ammesso che le direttive possano produrre effetti diretti verticali (i.e. privato contro Stato membro) alle stesse condizioni delle norme dei Trattati, fondando tale possibilità essenzialmente su una logica sanzionatoria nei confronti dello Stato membro inadempiente ⁽¹⁵⁾; dall'altro, essa ha escluso in linea generale che le direttive possano avere efficacia diretta nei rapporti orizzontali (i.e. privato contro privato), giustificando tale esclusione principalmente sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 288 TFUE. Le statuizioni della Corte in tal senso sono numerose, ma per convenienza argomentativa ci si limiterà a prendere a prestito le parole che il giudice di Lussemburgo ha pronunciato in una recente sentenza, su cui peraltro, in questo scritto, si tornerà più avanti: «una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto di diritto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti dinanzi a un giudice nazionale. Infatti, ai sensi dell'articolo 288, terzo comma, TFUE, il carattere vincolan-

accade nel caso di effetti diretti orizzontali; bensì nell'ambito di un rapporto giuridico esistente tra Stato membro e privato, come nel caso dell'esercizio della pretesa punitiva da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti dell'imputato in un processo penale. La differenza, rispetto agli effetti diretti verticali tradizionali alla *Van Gend en Loos*, sta nel fatto che le conseguenze pregiudizievoli dell'efficacia diretta ricadono sull'individuo, non sullo Stato membro.

⁽¹⁴⁾ Si veda C. giust. UE 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco et al.* Tale sentenza ha, tuttavia, dato adito a numerosi dubbi interpretativi, stante il suo difficile inquadramento nella sistematica classica dell'efficacia diretta. Si vedano al riguardo le brevi ma efficaci considerazioni svolte da E. CANNIZZARO, *op. cit.*, 117-118 e 317, nonché più ampiamente A. RASI, *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Il Diritto dell'Unione europea* 2018, 555 ss.

⁽¹⁵⁾ In questo senso, si veda C. giust. UE 5 aprile 1979, 148/78, *Ratti*, in particolare 22.

te di una direttiva, sul quale si fonda la possibilità di invocarla, *sussiste solo nei confronti dello "Stato membro cui è rivolta"*, e l'Unione ha il potere di sancire, in modo generale e astratto, con effetto immediato, obblighi a carico dei cittadini solo ove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti. Pertanto, 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 soggetto di diritto»⁽¹⁶⁾.

La Corte di giustizia ha in parte ridimensionato la rigidità di tale orientamento ammettendo, in talune situazioni, che le direttive siano in grado produrre effetti giuridici anche al di fuori delle situazioni verticali classiche. Prendendo a prestito le categorie impiegate da autorevole dottrina intervenuta sull'argomento, è possibile essenzialmente individuare due scenari: da un lato, vi è quello della produzione di cosiddetti effetti incidentali⁽¹⁷⁾, cioè a dire di una situazione in cui la Corte di giustizia ha ammesso che possa essere invocata una norma procedurale contenuta in una direttiva nell'ambito di una controversia tra privati⁽¹⁸⁾; dall'altro

⁽¹⁶⁾ Si veda C. giust. UE 18 gennaio 2022, C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH*, 32, corsivo aggiunto.

⁽¹⁷⁾ La paternità di tale espressione sarebbe da attribuire a A. ARNULL, *Editorial: The Incidental Effect of Directives*, in *European Law Review* 1999, 1.

⁽¹⁸⁾ Tale è la situazione che si è verificata, *inter alia*, nella sentenza C. giust. UE 30 aprile 1996, C-194/94, *Cia Security*. La dottrina ha molto dibattuto la questione degli effetti incidentali. Si vedano, *ex multis*, C. HILSON-T. DOWNES, *Making Sense of Rights: Community Rights in EC Law*, in *European Law Review* 1999, 121; M. DOUGAN, *The "Disguised" Vertical Direct Effect of Directives?*, in *Cambridge Law Journal* 2000, 586; A. RASI, *op. cit.*, specialmente 577 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 *Yearbook of European Law* 2019, 18. Secondo A. Rasi, tuttavia, in tal caso la norma direttamente efficace a venire in rilievo

lato, vi è quello delle cosiddette situazioni triangolari, in cui l'invocazione di una norma di una direttiva dotata di efficacia diretta da parte di un privato avviene nell'ambito di una controversia verticale, con ripercussioni negative sulla situazione giuridica di un terzo soggetto, anch'esso privato, non direttamente coinvolto nella controversia ⁽¹⁹⁾.

Infine, appare opportuno sottolineare un altro aspetto particolarmente rilevanti ai fini del presente scritto. Vero è che la Corte di giustizia ha sempre posto l'accento con forza sui limiti intrinseci delle direttive quali atti di diritto derivato in grado di imporre obblighi soltanto nei confronti del destinatario, ai sensi del menzionato art. 288(3) TFUE. È tuttavia altrettanto vero che il giudice di Lussemburgo ha spesso ribadito che, nonostante tali limiti strutturali, il giudice interno può disapplicare il diritto interno contrastante con una direttiva se il diritto interno stesso lo consente, dunque anche al di fuori dei casi di efficacia diretta. La Corte lo ha ricordato ancora una volta nella già citata sentenza *Thelen Technopark*, nella quale ha affermato che «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 efficacia diretta, *ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice, nonché per qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia*» ⁽²⁰⁾.

è l'odierno art. 34 TFUE, a cui la norma della direttiva invocata nella controversia si limitava a dare esecuzione.

⁽¹⁹⁾ Tale situazione si è verificata, *inter alia*, nella sentenza C. giust. UE 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*. Si vedano i riferimenti dottrinari indicati nella nt. 13.

⁽²⁰⁾ Si veda C. giust. UE 18 gennaio 2022, C-261/20, cit., corsivo aggiunto.

3. *L'applicazione della dottrina dell'efficacia diretta all'art. 12 della «direttiva servizi»* – Nella vicenda relativa alle concessioni balneari, la disposizione rilevante della direttiva servizi è rappresentata dall'art. 12, il quale, sarà utile ricordarlo, prevede quanto segue:

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 procedura e del suo svolgimento e completamento.

Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

Da tale disposizione è possibile essenzialmente estrapolare quattro obblighi per gli Stati membri. Da un lato, ai sensi del comma 1, vi è l'obbligo di organizzare delle procedure competitive ad evidenza pubblica laddove ricorrano i requisiti stabiliti dalla disposizione (nel caso delle concessioni balneari, per esempio, quando vi è scarsità della risorsa concedibile, cioè la spiaggia). Si tratta, in tutta evidenza, di un obbligo positivo. Dall'altro, ai sensi del comma 2, sugli Stati membri gravano i seguenti tre obblighi: a) evitare concessioni di lunga durata; b) escludere la possibilità di rinnovi automatici; c) non accordare trattamenti di favore al concessionario uscente. Tali obblighi, in tutta evidenza, sono di tipo negativo. Com'è noto, la legislazione italiana in vigore in tema di concessioni balneari è, in un certo senso, di contenuto antitetico rispetto alle prescrizioni dell'art. 12 della direttiva servizi. Da qui il vivace contenzioso culminato nelle sentenze gemelle del Consiglio di Stato.

Se si applica la teoria dell'efficacia diretta come delineata sopra alla disposizione in esame, è ragionevole sostene-

re che l'art. 12 della direttiva servizi abbia efficacia diretta quanto meno nella sua componente negativa ⁽²¹⁾. Utili indicazioni in tal senso si possono ricavare dalla già citata sentenza *Promoimpresa*, nella quale la Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire come l'art. 12 osti «a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede 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» ⁽²²⁾. La Corte, è opportuno precisarlo, non si è spinta fino a qualificare esplicitamente l'art. 12 come disposizione produttiva di effetti diretti. Pur tuttavia, appare ragionevole sostenere che l'attuazione degli obblighi negativi di cui all'art. 12 non richieda alcun tipo di valutazione discrezionale in capo alle autorità degli Stati membri, tale da giustificare l'impossibilità di produrre di effetti diretti: d'altra parte, il divieto di concedere proroghe automatiche appare formulato in modo cristallino, sufficientemente preciso e incondizionato. Lo stesso dicasi per gli altri due obblighi negativi come sopra individuati.

È bene ribadire, tuttavia, che la produzione di effetti diretti da parte dell'art. 12 implica la possibilità che lo stesso sia invocato direttamente da un privato, di fronte ad un giudice interno o ad un'autorità amministrativa, nelle controversie tra questi ed uno Stato membro. Dunque, nel caso delle concessioni balneari, si può forse sostenere che Caio (soggetto privato) potrebbe far valere, ad esempio, il divieto di concedere la proroga automatica a Tizio (anch'esso soggetto privato) opponendosi alla medesima in una controversia con lo Stato italiano (in sostanza, impugnando il provve-

⁽²¹⁾ Si vedano, in questo senso, le considerazioni svolte da 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 *Giustizia Insieme* 2021.

⁽²²⁾ Si veda C. giust. UE 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, 57.

dimento di proroga), ancorché in tale maniera potrebbero verosimilmente aversi ripercussioni giuridiche negative nei confronti di Tizio e quindi originarsi una situazione ‘triangolare’ del tipo di quelle indicate in precedenza ⁽²³⁾. È da escludere, invece, che un privato possa invocare l’art. 12 in un ipotetico contenzioso orizzontale con un concessionario titolare di una concessione prorogata automaticamente, sebbene illegittimamente, *ex lege*. Dunque, nell’esempio appena fatto, la validità della concessione di Tizio non sarebbe contestabile in una controversia tra questi e Caio. Ciò a causa dei limiti strutturali delle direttive di cui si è detto sopra.

4. *L’efficacia diretta delle direttive nelle sentenze gemelle del Consiglio di Stato in materia di concessioni balneari* – Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, appare opportuno soffermarsi sull’orientamento adottato dal Consiglio di Stato in merito alla questione dell’efficacia diretta delle direttive nelle sentenze gemelle del novembre 2021. In quell’occasione, il Consiglio di Stato ha qualificato l’art. 12 come disposizione produttiva di effetti diretti non soltanto nella sua componente negativa, come indirettamente ricavabile dalla menzionata sentenza *Promoimpresa*; ma anche nella sua componente positiva, nella misura in cui ha affermato che esso «ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* fino al 2033 e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità» ⁽²⁴⁾. Dall’efficacia diretta dell’intero contenuto dispositivo dell’art. 12, il Consiglio di Stato ha tratto conseguenze normative molto rilevanti, su cui vale la pena soffermarsi.

⁽²³⁾ Si veda *supra*, sez. 2.

⁽²⁴⁾ Si veda p. 26, corsivo aggiunto.

In primo luogo, il supremo giudice amministrativo ha ribadito che l'obbligo di non applicare la legge interna contrastante con la norma unionale direttamente efficace grava anche in capo all'apparato amministrativo, in ossequio alla già citata sentenza *Fratelli Costanzo* ⁽²⁵⁾. Tuttavia, giova ricordare come la giurisprudenza in parola concerne i rapporti giuridici verticali tradizionali, non le situazioni cui sembra fare riferimento il Consiglio di Stato. Per questo motivo, come si dirà meglio nella sezione 5, il richiamo alla sentenza *Fratelli Costanzo* non sembra del tutto condivisibile. In secondo luogo, il supremo giudice amministrativo ha sottolineato come la norma interna che ha disposto la proroga venga meno «anche nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole» ⁽²⁶⁾ al concessionario. Esso ha fondato tale affermazione non sul diritto dell'Unione, bensì sul consolidato principio di diritto amministrativo della sopravvenienza normativa, a cui le sentenze interpretative della Corte di giustizia sarebbero equiparabili: in tal caso, la sentenza rilevante sarebbe la già citata *Promoimpresa*, in cui, come detto, la Corte si è limitata ad affermare (anzi, a suggerire) l'efficacia diretta del divieto di proroghe automatiche. Infine, il Consiglio di Stato ha precisato che anche «eventuali proroghe legislative [future] dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo» ⁽²⁷⁾. In tal modo, il Consiglio di Stato è sembrato trascendere la funzione nomofilattica, assumendo una prospettiva che si addice di più al giudice delle leggi che al supremo organo della giustizia amministrativa ⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, 32.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, 45.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, 48.

⁽²⁸⁾ Non a caso, la dottrina costituzionalista non ha mancato di criticare tale sospetta invasione di campo. Si veda, *ex plurimis*, E. DI SALVATORE, *Proroghe legislative automatiche, non applicazione e*

5. *Considerazioni critiche* – La vicenda delle concessioni balneari, culminata per il momento nelle sentenze gemelle del Consiglio di Stato ⁽²⁹⁾, ha riaperto il dibattito su un problema classico di diritto dell'Unione: quello, in buona sostanza, concernente i limiti intrinseci della teoria dell'efficacia diretta, nonché i suoi rapporti con il principio del primato. Tuttavia, la ricostruzione della vicenda normativa di cui trattasi effettuata dal supremo giudice amministrativo, quanto meno in relazione ai profili di diritto unionale (gli unici, d'altronde, rilevanti ai presenti fini), non appare del tutto convincente, in quanto fondata su un'interpretazione eccessivamente estensiva dell'efficacia diretta, nonché, a parere di chi scrive, su un'erronea applicazione del principio del primato.

Giova rilevare, infatti, come l'efficacia diretta delle norme unionali si limiti ad imporre agli Stati membri l'obbligo di non applicare la norma interna contrastante, applicando invece, in sostituzione di questa, la norma unionale direttamente efficace. Tale obbligo, al contrario, non sorge in caso di norma non produttiva di effetti diretti. In tale ultima situazione, l'ordinamento unionale offre sia un rimedio alternativo, seppur parziale e limitato, all'individuo eventualmente leso dall'inadempimento statale ⁽³⁰⁾; sia un rimedio sistemico che ha l'obiettivo di consentire, in definitiva, l'espunzione dall'ordinamento interno della norma

disapplicazione: l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulla direttiva servizi, in *Giurisprudenza costituzionale* 2021, 2935.

⁽²⁹⁾ In realtà, la saga delle concessioni potrebbe presto arricchirsi di un nuovo episodio, dato che il TAR Puglia, Sezione di Lecce, ha effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, evidentemente non del tutto persuaso dalle sentenze gemelle. Si veda C. BURELLI, *Un nuovo (discutibile) capitolo della saga «concessioni balneari»: il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*, *BlogDUE* 2022.

⁽³⁰⁾ Ci si riferisce, naturalmente, alla responsabilità risarcitoria dello Stato ai sensi della sentenza *Francovich*. Si veda C. giust. UE 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*.

incompatibile, garantendo in tal modo la primazia del diritto dell'Unione ⁽³¹⁾. A ciò si aggiunga che gli ordinamenti interni possono essi stessi fornire degli strumenti aggiuntivi rispetto a quelli già previsti dal diritto dell'Unione. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, a seguito della riforma costituzionale del 2001, il giudice interno che riscontri un contrasto tra una norma unionale non direttamente efficace ed una norma interna ha l'obbligo sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 della costituzione ⁽³²⁾.

Dunque, volendo provare a sistematizzare la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Consulta italiana in un quadro concettuale unitario, si potrebbe forse affermare quanto segue. L'efficacia diretta, che mira a porre l'individuo titolare di un diritto soggettivo fondato su una direttiva nelle condizioni di invocare tale diritto nei suoi rapporti con lo Stato membro inadempiente, impone di non applicare la norma interna contrastante e di sostituirla con quella unionale direttamente efficace. Il principio del primato, che mira a garantire la sovraordinazione gerarchica del diritto dell'Unione, consente innanzitutto a quest'ultima di prendere provvedimenti contro lo Stato inadempiente; inoltre, nell'ordinamento italiano, in virtù della codificazione del primato nell'art. 117 della costituzione, consente altresì l'attivazione di un rimedio aggiuntivo di diritto interno, anch'esso fondato su un meccanismo gerarchico. Dunque, effetti diretti e primazia del diritto dell'Unione, sulla base della ricostruzione qui prospettata, andrebbero tenuti distinti, sebbene all'interno di un quadro concettuale unitario.

Occorre tuttavia segnalare una diversa ricostruzione della teoria dell'efficacia diretta, che a parere di chi scrive sem-

⁽³¹⁾ Ossia la procedura d'infrazione, anch'essa notoriamente affetta da rilevanti limiti intrinseci, su cui si vedano le considerazioni di E. CANNIZZARO, *op. cit.*, 210 ss.

⁽³²⁾ Nella giurisprudenza più recente, si veda C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269.

brerebbe aver quanto meno influenzato le sentenze gemelle del Consiglio di Stato. In particolare, è stato sostenuto che l'efficacia diretta andrebbe scomposta in due operazioni concettualmente distinte. Da un lato, essa imporrebbe il divieto di applicare una norma contrastante: si parla, in tal caso, di effetto di esclusione. Dall'altro, essa postulerebbe la sostituzione della norma interna con quella unionale: si parla, in tal caso, per l'appunto di effetto di sostituzione⁽³³⁾. Secondo tale tesi, l'esclusione sarebbe conseguenza non dell'efficacia diretta, bensì del principio del primato; mentre la sostituzione sarebbe subordinata alla produzione di effetti diretti. Tale orientamento sarebbe stato avallato dal Consiglio di Stato francese, che da qualche anno parrebbe disapplicare le norme interne contrastanti senza più porsi il problema di verificare l'efficacia diretta delle direttive⁽³⁴⁾.

Tale ricostruzione, come si accennava, sembra in un certo senso emergere anche nelle sentenze gemelle del Consiglio di Stato. Sebbene, occorre ribadirlo, il supremo giudice amministrativo abbia affermato che l'art. 12 della direttiva ha efficacia diretta, il ragionamento dallo stesso sviluppato sembra fondato su una sorta di applicazione congiunta del principio del primato e della teoria degli effetti diretti: ciò vale, in particolare, per quella parte delle sentenze gemelle in cui ci si interroga sulla legittimità della legislazione italiana, peraltro anche futura⁽³⁵⁾. In altre parole, il Con-

⁽³³⁾ Si vedano, in tal senso, le considerazioni di L. Rossi, *Effetti diretti delle norme europee ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia insieme* 2021, 7.

⁽³⁴⁾ Si veda H. CASSAGNABÈRE, *Chronique de jurisprudence de la CJUE, Actualité juridique droit administratif*, 2019, 164.

⁽³⁵⁾ Giova precisare, peraltro, che (letteralmente) pochi giorni prima della consegna definitiva del presente contributo, il legislatore italiano ha aggiunto un ulteriore, discutibile capitolo alla saga delle concessioni demaniali, facendo esattamente ciò che, con le sentenze gemelle, il Consiglio di Stato aveva inteso scongiurare. Infatti, con la conversione in legge del famigerato «decreto milleproroghe» (più precisamente, il d.l. 198/2022) è stata approvata un'ulteriore proroga

siglio di Stato sembra a tratti più preoccupato di garantire la supremazia del diritto dell'Unione, in ossequio, appunto, al principio del primato; che animato dall'esigenza di consentire ad un privato di invocare un proprio diritto soggettivo derivante dall'art. 12 nei suoi rapporti con lo Stato: tanto più che la controversia sottoposta al Consiglio di Stato riguarda un ricorso presentato da un concessionario avverso un provvedimento di diniego della concessione demaniale, dunque un caso che, a ben vedere, sembrerebbe risolversi nella produzione di effetti diretti verticali inversi. Tale orientamento del supremo giudice amministrativo, per quanto lodevole nelle intenzioni, in quanto presumibilmente motivato dalla volontà di porre rimedio alla renitenza di un legislatore da molto tempo inadempiente, non appare convincente sul piano tecnico e, soprattutto, non sembra conforme alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia.

Occorre ribadire, infatti, che la supremazia del diritto dell'Unione concerne la sua posizione gerarchica nei rapporti interordinamentali. L'efficacia diretta, invece, almeno nella sua accezione tradizionale, riguarda esclusivamente la giustiziabilità dei diritti soggettivi attribuiti in maniera

ex lege delle concessioni esistenti fino al 31 dicembre 2024, in aperto contrasto, quindi, con la decisione del supremo giudice amministrativo. A ben vedere, il periodo di efficacia delle concessioni in essere potrebbe estendersi persino oltre tale ultima proroga, poiché l'ultimo periodo dell'art. 10-*quater* della legge di conversione stabilisce che le suddette concessioni «continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori» (dunque anche successivamente al 31 dicembre 2024, se del caso). Alla luce di tale ulteriore spiacevole sviluppo, le lodevoli intenzioni del Consiglio di Stato emergono con ancor maggiore evidenza, soprattutto se si pensa che tale ultima proroga legislativa potrebbe costituire, in realtà, soltanto il preludio ad un più strutturato intervento finalizzato ad impedire che il contenuto essenziale dell'art. 12 della direttiva servizi, cioè a dire l'organizzazione di procedure competitive ad evidenza pubblica, trovi finalmente applicazione nell'ordinamento italiano.

chiara ed incondizionata dal diritto dell'Unione. Anche a voler accogliere declinazioni più ampie degli effetti diretti, quale ad esempio quella fondata sui conflitti normativi atipici ⁽³⁶⁾, resta il fatto che il principio del primato e l'efficacia diretta operano su due piani distinti, in quanto una norma dell'Unione sprovvista di efficacia diretta non cessa per ciò stesso di essere gerarchicamente sovraordinata al diritto interno; analogamente, la capacità di una norma di produrre effetti diretti non altera in senso accrescitivo la sua superiorità gerarchica. In tal senso, la necessità di distinguere le operazioni logiche dell'esclusione e della sostituzione, distinzione che, peraltro, non trova riscontri nella giurisprudenza della Corte di giustizia, non si porrebbe nemmeno.

Ci si potrebbe chiedere, peraltro, se la vicenda delle concessioni demaniali, con il suo (temporaneo) epilogo giurisprudenziale non esattamente irreprensibile, non possa offrire lo spunto per una riflessione più ampia, che contempli l'eventualità di avvalersi di un meccanismo che attribuisce la possibilità al «giudice [interno], nonché [a] qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di [...] efficacia [diretta]» ⁽³⁷⁾, conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. Come si evince chiaramente da tale passaggio, la Corte ritiene che il diritto dell'Unione non imponga ma *consenta* la disapplicazione (*rectius*: non applicazione) del diritto interno contrastante anche quando la norma dell'Unione non è produttiva di effetti diretti. Ci si può chiedere, in altre parole, se non sia opportuno che i giudici italiani, in particolare quello costituzionale, non possano e debbano cogliere tale opportunità, ricostruendo in via interpretativa un meccanismo di diritto interno *ad hoc*, che consentirebbe di supera-

⁽³⁶⁾ Efficacemente formulata da A. Rasi, *op. cit.*, 573 ss.

⁽³⁷⁾ Si veda *supra*, nt. 14.

re i limiti intrinseci dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Prendendo a prestito una statuizione molto nota della corte costituzionale, ciò avverrebbe «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi [...] nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia»⁽³⁸⁾. Nel caso specifico dell'efficacia diretta delle direttive, il citato passaggio della Corte di giustizia sembra costituire proprio una sorta di appello al dialogo. Da questo punto di vista, appare ragionevole auspicare che tale appello venga raccolto e valorizzato dalla controparte italiana.

6. *Considerazioni conclusive* – Le considerazioni fin qui sviluppate fanno emergere, verrebbe da dire quasi plasticamente, le perduranti, non lievi e spesso irrisolte difficoltà e incertezze incontrate dai giudici amministrativi di ultima istanza con l'interpretazione e applicazione della dottrina unionale dell'efficacia diretta delle direttive.

Di tali difficoltà e incertezze danno ampia prova e conferma, almeno ad avviso di chi scrive, in particolar modo le sopra ricordate indebite sovrapposizioni della suddetta dottrina giuridica con il principio del primato del diritto unionale sul diritto interno e le fin troppo laconiche considerazioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sulla natura integralmente *self executing* dell'art. 12 della direttiva servizi. Sempre a parere di chi scrive, queste ultime considerazioni, sebbene sostanzialmente (ma non totalmente) condivisibili nei loro contenuti e approdi finali, risultano infatti eccessivamente lapidarie e a tratti persino quasi sbrigative nel loro *iter* argomentativo di supporto. Il riferimento è in particolare a quei punti delle due decisioni in cui il supremo giudice amministrativo ha proclamato, sostanzialmente *sic et simpliciter*, l'efficacia diretta dell'art.

⁽³⁸⁾ Si veda C. Cost. 14 dicembre 2017, cit., 5.2.

12 della direttiva servizi anche oltre le statuizioni della stessa Corte di Giustizia in *Promoimpresa e Melis* del 2016 ⁽³⁹⁾ e, ciò che risulta forse ancora più singolare e quindi censurabile, in maniera persino asetticamente avulsa dai dubbi pure avanzati e analiticamente esposti e motivati in pronunce dei TAR anche recenti ⁽⁴⁰⁾ nonché in taluni scritti dottrinari posteriori alla decisione *Promoimpresa e Melis* a proposito della natura integralmente *self-executing* del sopra citato articolo 12 ⁽⁴¹⁾.

In questo senso è dunque perfettamente lecito e assolutamente ragionevole e plausibile considerare le due sentenze gemelle come espressioni di un'occasione perduta da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per

⁽³⁹⁾ Particolarmente emblematico è a questo proposito il punto 12 delle sentenze gemelle nn. 17 e 18/2021, in cui quasi incidentalmente si ricorda, per poi peraltro discostarsene andando oltre nelle conclusioni sulla natura *self-executing* del sopra ricordato art. 12, che: «La questione degli effetti diretti dell'Articolo 12 della direttiva servizi è stata già in gran parte scandagliata dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 14 luglio 2016...» (corsivo aggiunto).

⁽⁴⁰⁾ Si pensi in particolare modo al Tar Puglia, Sezione I che, con la recente pronuncia 29 giugno 2021, n. 981, ha respinto il ricorso proposto dall'AGCOM per l'annullamento degli atti con i quali il Comune di Manduria aveva «riconosciuto e preso atto» della proroga delle concessioni demaniali marittime, come «disposta» dall'art. 1 commi 682 e 683 della legge n. 145 del 2018. Infatti, il Tar Puglia è sembrato qui introdurre una precisa e chiara distinzione tra gli obblighi derivanti dal TFUE e dalle direttive *self-executing* e gli obblighi emergenti dalla direttiva servizi, come se esclusivamente nei confronti dei primi non fosse ammesso inadempimento, mentre per i secondi si potesse derogare, attenendosi «all'applicazione della norma nazionale, di certa ed immediata esecutività, non potendosi consentire la violazione della legge certa ed applicabile alla fattispecie», in attesa dell'adozione di una idonea normativa nazionale di attuazione uniforme. Sul punto si vedano anche i rilievi di V. CURELLA, *31 dicembre 2033: tra il dire e il fare, ci va di mezzo il mare*, in A. COSSIRI (a cura di), *op. cit.*, 36 ss.

⁽⁴¹⁾ Vedasi da ultimo S. AUGUSTO, *La natura self-executing dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE: una analisi critica*, in A. COSSIRI (a cura di), *op. ult. cit.*, 57 ss.

l'approfondimento e il successivo corretto consolidamento della dottrina degli effetti diretti delle direttive in generale e della direttiva servizi in particolare nel contesto e nei contenuti ed equilibri della suprema giurisprudenza amministrativa.