

# La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza

di Giampaolo Parodi

**Abstract:** The prorogation of maritime State concessions between disapplication and incident of constitutionality. Open issues, opacity of the case law - The issue of maritime State concessions for tourist-recreational purposes that have been repeatedly extended presents some profiles of primary constitutional relevance, as is also apparent from the most recent pronouncements of the Council of State and the Court of Justice of the European Union. The tendency to dilate the area of the direct effect of precise and unconditional directives is considered in these pages both in its repercussions on the relations between internal sources and supranational norms, as well as for the purposes of the perimeter of the area reserved to the control of constitutionality. The common courts power-duty of disapplication, as an alternative to the question of constitutionality, is at the centre of the discussion on the disapplication of legislative extensions contrary to Directive 2006/123/EC, as well as Article 49 TFEU, which prohibits restrictions on freedom of establishment. The article, in particular, addresses the question of the relevance, for the purposes of recognising direct effect in the concrete case, of the invocation of the directive by the person to whom it attributes an advantage in a precise and unconditional manner.

**Keywords:** Direct effect of EU directives; invocability; disapplication; incidental question of constitutionality.

1607

## 1. Direttive provviste di effetto diretto. Verifiche preliminari

La vicenda delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative reiteratamente prorogate – tuttora aperta sul piano legislativo<sup>1</sup> ma oggetto di una giurisprudenza ormai assestata, almeno nelle linee generali – presenta interesse sotto alcuni profili di primario rilievo costituzionale<sup>2</sup>, la

---

<sup>1</sup> Proroghe ulteriori in vista del “riordino della materia”, previa istruttoria diretta al censimento delle concessioni, all’accertamento della scarsità delle risorse naturali e alla valutazione della rilevanza economica transfrontaliera, sono state disposte dal decreto-legge n. 198 del 2022, convertito nella legge n. 14 del 2023, agli articoli 10-ter e 10-quater, il quale al c. 3 proroga i termini previsti dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza n. 118 del 2022. Sul previsto riordino della materia, da ultimo, F. Di Lascio, *Le concessioni di spiaggia tra diritti in conflitto e incertezza delle regole*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2022, p. 1037 ss.

<sup>2</sup> La disciplina introdotta in sede di conversione nel citato decreto-legge “milleproroghe” è stata oggetto di rilievi critici anche da parte del Presidente della Repubblica, il quale, pur procedendo alla promulgazione della legge di conversione del

cui delicatezza appare evidente anche a séguito delle due più recenti pronunce intervenute sull'argomento. La prima del Consiglio di Stato<sup>3</sup>, la seconda della Corte di giustizia<sup>4</sup>.

La tendenza alla dilatazione dell'area dell'effetto diretto<sup>5</sup> è considerata in queste pagine tanto nei suoi riflessi sui rapporti tra fonti interne e norme sovranazionali, quanto ai fini della perimetrazione dell'ambito riservato al controllo di costituzionalità.

Il potere-dovere del giudice comune di “fare da sé”, in alternativa all'incidente di costituzionalità, è infatti da tempo al centro della discussione sulla disapplicazione delle proroghe legislative contrarie alla direttiva 2006/123/CE (“Bolkestein”)<sup>6</sup>, oltre che all'articolo 49 TFUE, che vieta restrizioni alla libertà di stabilimento.

È noto che il giudice amministrativo, nella sua massima espressione collegiale<sup>7</sup>, non ha ritenuto di dover sollevare una questione di legittimità costituzionale della disciplina legislativa di proroga – in riferimento agli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione alla direttiva citata – giacché, a quest'ultima, ha riconosciuto effetto diretto, in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>8</sup>.

È opportuno sin d'ora ricordare che l'effetto diretto di una direttiva provvista dei requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza (o “incondizionalità”) opera nei rapporti verticali in senso unidirezionale, contro lo Stato inadempiente, quando, ad invocarla, sia un privato che – come la Corte costituzionale in una occasione ha chiarito con riguardo alla generalità delle norme comunitarie dotate di effetti diretti – dalla medesima possa “trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio”<sup>9</sup>, e ciò al fine di non far gravare sul singolo l'inerzia dello Stato, destinatario della

---

decreto-legge n. 198 del 2022, nella Lettera ai Presidenti di Camera e Senato e del Consiglio del 24 febbraio 2022 ha osservato tra l'altro quanto segue: “Quanto alle modifiche approvate in materia di concessioni demaniali, è evidente che i profili di incompatibilità con il diritto europeo e con decisioni giurisdizionali definitive accrescono l'incertezza del quadro normativo e rendono indispensabili, a breve, ulteriori iniziative di Governo e Parlamento. Sarà infatti necessario assicurare l'applicazione delle regole della concorrenza e la tutela dei diritti di tutti gli imprenditori coinvolti, in conformità con il diritto dell'Unione, nonché garantire la certezza del diritto e l'uniforme applicazione della legge nei confronti dei soggetti pubblici e privati che operano in tale ambito”.

<sup>3</sup> C.S., VI, sentenza n. 2192/2023, pubblicata il 1° marzo 2023.

<sup>4</sup> Corte di giustizia UE, sentenza 20 aprile 2023, C-348/2022, *AGCM contro Comune di Ginosa*, pronunciata su rinvio pregiudiziale proposto dal T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, ord. n. 743 del 2022, con la quale si è tentato di riaprire alcune delle questioni definite dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 17 e 18 del 2021.

<sup>5</sup> Sugli aspetti controversi di tale tendenza cfr. soprattutto A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2017; G. Sorrenti, *CDFUE e rapporti inter privatos ovvero “L'essenziale è invisibile agli occhi”?* (ancora sulla doppia pregiudizialità ... passando per *Saint Exupéry*), in *Consulta online*, 2021, spec. p. 8 ss.

<sup>6</sup> La direttiva è oggetto di recepimento ad opera del decreto legislativo n. 59 del 2010, che all'articolo 16 ne incorpora l'articolo 12 attraverso un sostanziale *copy out*.

<sup>7</sup> C.S., Ad. Plen., sentenze n. 17 e 18 del 2021.

<sup>8</sup> Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 389 del 1989.

direttiva, o una scorretta trasposizione della stessa ad opera del legislatore statale.

A questo riguardo, a partire dalla sentenza *Ratti*, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, per un verso, si chiarisce 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”<sup>10</sup>.

Per altro verso, si precisa come, da tale premessa, consegue “che il giudice nazionale cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell’ordinamento interno dello Stato inadempiente deve accogliere tale richiesta, se l’obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso”<sup>11</sup>.

*Prima facie*, pertanto, è solo in favore del beneficiario della disciplina sovranazionale che il giudice nazionale, una volta scaduto inutilmente il termine per il recepimento, deve, su richiesta del singolo, disapplicare la disciplina interna incompatibile e procedere all’applicazione, in linea di principio “sostitutiva” di tale disciplina<sup>12</sup>, della direttiva non trasposta ove provvista dei menzionati requisiti. Nella lettura del giudice costituzionale, tra questi, come si è detto, vi è la possibilità per il singolo di trarre dalla direttiva “situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio”<sup>13</sup>.

Su questa linea sembra porsi, come vedremo, anche la recentissima sentenza della Corte di giustizia sopra citata<sup>14</sup>, pur non esente da alcuni elementi di ambiguità, sui quali si tornerà più avanti<sup>15</sup>.

Solo in presenza delle richiamate condizioni si giustifica la limitazione di sovranità costituita dall’eccezionale riconoscimento di effetti diretti a una direttiva, la quale, secondo la sua generale fisionomia (articolo 288, terzo comma, TFUE), si rivolge al legislatore nazionale senza esautorarlo e senza introdurre alterazioni dell’ordinario funzionamento delle fonti interne<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Corte di giustizia, sentenza 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti*, par. 22. Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*: “*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” (punto 49; corsivo non testuale).

<sup>11</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza 5 aprile 1979, C-148/78, *Ratti* (par. 23).

<sup>12</sup> Sulla discussione relativa alla contrapposizione tra disapplicazione in chiave sostitutiva e disapplicazione in funzione ostativa, oppositiva, o di esclusione, nel quadro della dottrina dell’effetto diretto, cfr. gli autori citati *infra*, nota 19.

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 389 del 1989.

<sup>14</sup> Corte di giustizia UE, sentenza 20 aprile 2023, C-348/2022, *AGCM contro Comune di Ginosa*.

<sup>15</sup> Paragrafo 2.

<sup>16</sup> Appare a tale riguardo nitido il profilo delle limitazioni di sovranità evocato in Corte cost., sentenza n. 227 del 2010 (redattore Tesaurò): “È sempre in forza dell’art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell’amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto (sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984)”.

La vicenda delle concessioni demaniali prorogate offre l'occasione per soffermarsi sugli orientamenti giurisprudenziali volti ad estendere l'area dell'effetto diretto, di norma escluso, per le direttive, in senso sia verticale che orizzontale<sup>17</sup>. Tale giurisprudenza ha infatti suggerito, come si dirà più avanti, letture critiche dirette a denunciare un ricorso alla disapplicazione oltre i limiti tradizionalmente delineati<sup>18</sup>, anche in contrasto con il divieto di applicazione verticale inversa<sup>19</sup>.

Prima di soffermarsi su alcuni passaggi dell'ultima sentenza della Corte di giustizia, occorre brevemente riconsiderare le sentenze "gemelle" dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 17 e 18 del 2021, che hanno come noto teorizzato la necessità – sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza *Promoimpresa*<sup>20</sup> – di procedere alla disapplicazione delle proroghe legislative che, nel corso dell'ultimo quindicennio, si sono succedute.

## 2. Segue. Precisione e titolarità di "situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio"

Nelle due sentenze dell'Adunanza plenaria, in conformità alla sentenza *Promoimpresa*, il Consiglio di Stato ha anzitutto ribadito il possesso, da parte delle pertinenti disposizioni della direttiva "servizi", dei requisiti di

---

<sup>17</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez*, dove al punto 37 si ribadisce che "ai sensi di una costante giurisprudenza, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze del 14 luglio 1994, Faccini Dori, C-91/92, Racc. pag. I-3325, punto 20; del 7 marzo 1996, El Corte Inglés, C-192/94, Racc. pag. I-1281, punto 15; Pfeiffer e a., cit., punto 108, nonché Küçükdeveci, cit., punto 46)"; Corte di giustizia, sentenza 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, par. 36.

<sup>18</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza 24 giugno 2019, C-573/17, *Popławski*, punti 65 e 67, concernente la decisione quadro del 2002 sul mandato di arresto europeo, ma contenente enunciazioni di portata generale in tema di effetto diretto.

<sup>19</sup> È opportuno premettere che, secondo alcune ricostruzioni – da ultimo, L. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2021 – non va ricondotta alla dottrina dell'effetto diretto la tendenza a dilatare l'area degli effetti meramente ostativi attribuiti ad alcune direttive, con conseguente disapplicazione "per esclusione", anziché "sostitutiva", della disciplina interna. In questa prospettiva, il fondamento di tale traiettoria espansiva andrebbe ricercato nel principio del primato, mentre altre letture riportano tale casistica alla dottrina dell'effetto diretto latamente intesa – pur nell'impossibilità di sostituire la normativa interna, contraria al diritto dell'Unione, con una disciplina di fonte sovranazionale compiutamente attributiva di un diritto – ove si tratti di una direttiva precisa e incondizionata quanto meno nella formulazione di obblighi o divieti a carico delle autorità nazionali, idonea a garantire un "vantaggio" al singolo che la invochi al fine di determinare la disapplicazione della disciplina nazionale ad essa contraria. In questo senso 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 Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, Roma, 5-6 giugno 2019, Napoli, 2020, p. 131 ss.

<sup>20</sup> Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

precisione e incondizionatezza il cui accertamento costituisce condizione necessaria per il riconoscimento di effetti diretti all'articolo 12 della direttiva stessa<sup>21</sup>.

Secondo alcune letture critiche, la disapplicazione in danno dei concessionari in regime di proroga da parte del giudice penale si sarebbe prodotta in violazione del divieto di effetto verticale *in malam partem*, posto che lo Stato non può invocare contro il privato la natura *self-executing* della direttiva non correttamente recepita (o successivamente disattesa da una disciplina interna contraria) per considerare *sine titulo* l'occupazione dei beni pubblici di cui si tratta e il loro sfruttamento economico in regime di proroga della concessione<sup>22</sup>.

Del pari, la disapplicazione delle disposizioni legislative di proroga in sede di rigetto dei ricorsi proposti, davanti al giudice amministrativo, da titolari di concessioni in scadenza per impugnare il diniego di proroga o di prosecuzione del rapporto "in essere" è apparsa in contrasto con il divieto di *inverse direct effect*<sup>23</sup>.

La deduzione volta a lamentare l'effetto verticale rovesciato è tuttavia disattesa da chi osserva che l'effetto diretto della direttiva "servizi", determinando la disapplicazione, da parte dell'autorità amministrativa o giurisdizionale, delle proroghe legislative, non si traduce, a ben vedere, in un'indebita applicazione diretta in danno dei concessionari attuali, giacché il pregiudizio subito in conseguenza del diniego di proroga o rinnovo andrebbe ascritto al novero delle "mere ripercussioni negative sui diritti di terzi", le quali, "anche se certe, non giustificano il rigetto della pretesa del singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato"<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Sotto questo profilo, è sufficiente ricordare che, secondo la Corte di giustizia, sentenza 1° luglio 2010, C-194/08, *Gassmayr*, punto 45, "Una disposizione del diritto dell'Unione è incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri. Essa è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci".

<sup>22</sup> Su questo aspetto si rinvia a F. Tondin, *In tema di abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo*, nota a Cass., Sez. III - C.c. 13 aprile 2022 (dep. 22 aprile 2022), n. 15676, in *Cassazione penale*, p. 3853 ss.

<sup>23</sup> 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 *giustiziainsieme.it*, 2021, p. 7.

<sup>24</sup> Mette conto riportare di séguito per esteso alcuni passaggi della citata sentenza *Wells* della Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-201/02, punti da 56 a 58, in tema di valutazione di impatto ambientale: "56. ... il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli. *Nei confronti di questi ultimi, le disposizioni di una direttiva possono generare solo diritti* (v. sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, Racc. pag. 723, punto 48). Di conseguenza, un singolo non può far valere una direttiva nei confronti di uno Stato membro, qualora si tratti di un obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo, ai sensi di tale direttiva (...). 57. Per contro, *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* (v. segnatamente, in tal senso, sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, Racc. pag. 1839, punti 28-33 ...). 58. Nella causa principale, l'obbligo per lo Stato membro interessato di garantire

In tale prospettiva, il concessionario interessato alla prosecuzione del rapporto non subirebbe alcuna indebita applicazione inversa, sopportando piuttosto una “mera ripercussione negativa” derivante dall’effetto diretto della direttiva riconosciuto in favore del soggetto al quale essa attribuisce – in ipotesi – un diritto azionabile in modo preciso e incondizionato<sup>25</sup>.

Quanto precede, tuttavia, non pare dispensare il giudice – ai fini del riconoscimento di effetti diretti alla disciplina di diritto derivato nel caso concreto – dalla preliminare verifica della sussistenza, all’origine della controversia, della domanda del titolare della posizione di vantaggio di fonte sovranazionale.

Come si è visto, anche nella logica “triangolare” della sentenza *Wells* poc’anzi citata, per procedere alla disapplicazione della disciplina di proroga non sembra sufficiente accertare l’astratta idoneità della direttiva ad attribuire diritti tutelabili in giudizio; nel caso dell’articolo 12 della direttiva “servizi”, l’interesse all’avvio di una procedura selettiva dovrebbe essere in concreto “azionato” dall’aspirante concessionario con domanda rivolta all’autorità amministrativa o al giudice diretta a far valere l’effetto diretto della disposizione.

In altri termini, alla luce della giurisprudenza sovranazionale e costituzionale richiamata, la disapplicazione dovrebbe ritenersi possibile su iniziativa del “singolo” che invochi, contro lo Stato inadempiente, l’effetto diretto a tutela del proprio interesse a una “procedura di selezione tra i potenziali candidati”<sup>26</sup> “imparziale e trasparente”<sup>27</sup>.

### 3. L’eventuale incidente di costituzionalità in assenza dell’iniziativa del “singolo” al quale la direttiva attribuisce un diritto

Prima di riconsiderare le questioni appena poste alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, è necessario interrogarsi brevemente sulla piena aderenza della soluzione adottata dal Consiglio di Stato ai criteri che determinano l’effetto diretto di una direttiva alla luce della giurisprudenza sovranazionale<sup>28</sup>.

Al di là dell’omaggio tributato dal Consiglio di Stato all’approccio “sostanzialistico” che connota tale giurisprudenza, la disapplicazione della

---

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 di tale 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 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*” (corsivo non testuale).

<sup>25</sup> In tal senso R. Mastroianni, *L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1/2022, p. 9.

<sup>26</sup> Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, capo 1) del dispositivo

<sup>27</sup> Corte di giustizia UE, sentenza 20 aprile 2023, C-348/2022, *AGCM contro Comune di Ginosa*, capo 4) del dispositivo.

<sup>28</sup> Sulla sentenza della Corte di giustizia citata alla nota precedente, v. *infra*, paragrafi 6 e 7.

legge, in accoglimento delle ragioni addotte dalle amministrazioni contrarie al riconoscimento delle proroghe, sembra discostarsi dallo schema giustificativo della diretta efficacia, eccezionalmente ammessa per non far gravare sul singolo l'inadempienza dello Stato, oltre che al fine di evitare che quest'ultimo tragga vantaggio dalla sua inerzia.

Infatti, qualora vi sia ragione di dubitare della compatibilità della disciplina interna con una direttiva non suscettibile di spiegare effetti diretti nel caso concreto – in quanto, sebbene provvista dei requisiti inerenti alla sua scrittura, non invocata in giudizio dal “singolo amministrato” che dalla stessa possa “trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio”<sup>29</sup> – il giudice non dovrebbe, a rigore, procedere a disapplicazione in favore della pubblica amministrazione ma ad impugnazione in via incidentale delle disposizioni legislative contrarie al diritto dell'Unione, in riferimento agli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione.

Quanto precede si accorda con il divieto di effetto diretto inverso e sembra coerente con la (seconda) sentenza *Popławski*, di poco precedente le pronunce dell'Adunanza plenaria, nella quale il giudice sovranazionale ribadisce, per un verso, che, “secondo costante giurisprudenza della Corte, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti dinanzi a un giudice nazionale”<sup>30</sup>; per un altro verso, 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”<sup>31</sup>; a meno che, si può aggiungere, tale obbligo non sia ascrivibile al novero delle “mere ripercussioni negative sui diritti di terzi”, riflesso della garanzia assicurata al beneficiario della direttiva provvista delle menzionate caratteristiche<sup>32</sup>.

Nelle controversie di cui si tratta, il privato concessionario non può, com'è ovvio, pretendere alcunché sulla base della direttiva “Bolkestein” (se non il rispetto dei presupposti da essa previsti, tra i quali quello relativo alla scarsità delle risorse naturali, dal quale, peraltro, il legislatore nazionale potrebbe prescindere prevedendo comunque una procedura selettiva); ma l'autorità amministrativa e il giudice dovrebbero ritenersi tenuti a disapplicare in suo danno la disciplina di proroga contraria alla direttiva solo su iniziativa del soggetto al quale quest'ultima attribuisce una posizione di vantaggio.

#### 4. Le strettoie processuali e il loro apparente superamento. La recente sentenza del Consiglio di Stato n. 2192 del 2023

---

<sup>29</sup> Corte cost., sentenza n. 389 del 1989.

<sup>30</sup> Corte di giustizia, sentenza 24 giugno 2019, C-573/17, *Popławski*, punto 65.

<sup>31</sup> Punto 67. Sulla sentenza richiamata cfr. anche D. Miasik, M. Szwarc, *Primacy and Direct Effect – Still Together: Popławski II*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 571 ss.

<sup>32</sup> Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*, punti da 56 a 58, riportati per esteso sopra, nota 24.

Le sentenze “gemelle” del Consiglio di Stato – a parte la sorprendente anomalia concernente la modulazione degli effetti nel tempo, più che delle due pronunce<sup>33</sup>, della stessa contrarietà al diritto dell’Unione della censurata disciplina legislativa di proroga<sup>34</sup> che, in questa prospettiva, risulterebbe così indebitamente estesa<sup>35</sup> – teorizzano, in luogo dell’incidente di costituzionalità, la disapplicazione della disciplina interna non già in accoglimento di ricorsi proposti da aspiranti concessionari, ma in sede di conferma di provvedimenti dell’autorità amministrativa contrari alla proroga.

La soluzione proposta dall’Adunanza plenaria nelle sentenze del 2021 non risulta appagante, pur a fronte della difficoltà di promuovere una rituale contestazione della mancata indizione, da parte dell’autorità amministrativa, di procedure ad evidenza pubblica per l’attribuzione delle concessioni<sup>36</sup> e della rarità dei giudizi, pur in astratto ammissibili, promossi da aspiranti concessionari per censurare l’attribuzione diretta di spazi demaniali a scopo turistico ricreativo<sup>37</sup>.

Trattandosi, nel caso delle richiamate pronunce del 2021, di giudizi instaurati da soggetti diversi da quelli ai quali la direttiva riconosce una posizione di vantaggio, sembrano realizzate le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale della disciplina legislativa di proroga, in riferimento agli articoli 11 e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione alla direttiva 2006/123/CE, come interpretata dalla Corte di giustizia.

---

<sup>33</sup> Su questo aspetto, riferimenti in G. Parodi, *Le fonti del diritto, linee evolutive*, Milano, 2012, p. 331 ss.

<sup>34</sup> Quasi a voler mutuare i poteri di modulazione degli effetti della decisione attribuiti dai Trattati alla Corte di giustizia, sui quali, volendo, G. Parodi, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, pp. 319 ss.

<sup>35</sup> Cfr. le condivisibili osservazioni di E. Lamarque, *Le due sentenze dell’Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, in *Diritto e Società*, 2021, p. 473 ss.; in argomento anche A. Squazzoni, *Le sentenze gemelle dell’Adunanza plenaria in tema di concessioni demaniali marittime: a proposito di un fatto di “brutta normazione giurisprudenziale”*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1/2022, p. 314 ss.

<sup>36</sup> È sufficiente al riguardo ricordare i principi generali enunciati nel Codice del processo amministrativo agli articoli 34, c. 2, primo periodo, che vieta al giudice di “pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”, e 31, comma 3, in materia di silenzio dell’amministrazione e accertamento dell’obbligo di provvedere. Da ultimo, cfr. T.a.r. Puglia, Lecce, I, sent. n. 523/2023.

<sup>37</sup> In tema di concessioni demaniali marittime, da ultimo, T.a.r. Liguria, I, sentenza n. 138/2022, nella quale si ribadisce che “per consolidato orientamento giurisprudenziale, ha titolo a contestare l’affidamento diretto o senza gara esclusivamente l’operatore economico del settore di mercato cui afferisce l’oggetto del contratto, *in quanto titolare di una posizione differenziata* (in tal senso cfr., *ex multis*, C.G.A. reg. sic., sez. giur., 16 febbraio 2021, n. 116; Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2982; T.A.R. Liguria, sez. II, 4 febbraio 2020, n. 81)” (corsivo aggiunto); nella richiamata sentenza del C.G.A., si legge: “Ha un astratto titolo a impugnare l’affidamento non preceduto da gara colui che è operatore del settore di mercato cui afferisce l’oggetto del contratto. “*Nelle controversie relative a procedimenti ad evidenza pubblica, la condizione (elemento) radicante, in modo certo, la legittimazione al ricorso è costituita dalla circostanza della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. Tale regola subisce alcune deroghe, concernenti [...] la legittimazione dell’operatore economico del settore, che intende contestare un affidamento diretto o senza gara*” (Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2982)”.

Un assetto processuale apparentemente diverso da quello sottoposto all'Adunanza plenaria si è da ultimo delineato nel giudizio instaurato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a norma dell'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990, definito dal Consiglio di Stato con una recente sentenza<sup>38</sup>.

In questa pronuncia, il Consiglio di Stato ha anzitutto, con ampiezza di argomenti, riconosciuto la legittimazione ad agire all'AGCM<sup>39</sup>, attivatasi per impugnare “un atto di carattere generale, con cui il comune, senza specifico riferimento alla concessione dell'appellante incidentale, ha dato indicazione ai propri uffici per l'automatica proroga di tutte le concessioni demaniali marittime in essere nel territorio comunale”.

La necessità del ricorso all'incidente di costituzionalità è stata esclusa dal Consiglio di Stato osservando che, “nell'economia del presente giudizio, sarebbe del tutto irrilevante l'omessa deduzione di censure di costituzionalità, atteso che nella fattispecie l'antinomia concretamente fatta valere riguarderebbe il rapporto tra il diritto interno e quello europeo dotato di efficacia diretta nell'ordinamento interno per il tramite di norme sovranazionali c.d. ‘auto-esecutive’”<sup>40</sup>.

Sebbene “preposta alla salvaguardia di un interesse che si soggettivizza in capo ad essa come posizione qualificata” – l'interesse al corretto funzionamento del mercato – è dubbio che l'intervento di un'autorità amministrativa<sup>41</sup>, seppure indipendente, possa soddisfare la condizione di operatività dell'effetto diretto verticale della direttiva, riconosciuto in favore dei soli soggetti – estranei, deve ritenersi, all'organizzazione statale – che dalla medesima possano trarre situazioni giuridiche immediatamente tutelabili.

Dalle premesse esplicitate nella pronuncia in esame consegue una (peraltro non inedita<sup>42</sup>) dilatazione dell'area dell'effetto diretto delle fonti UE al di là dell'ipotesi relativa a norme incondizionatamente attributive di una posizione soggettiva di vantaggio che il beneficiario abbia invocato contro lo Stato<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> C.S., VI, sent. n. 2192/2023.

<sup>39</sup> Si legge tra l'altro in C.S., VI, sent. n. 2192/2023 che “L'interesse sostanziale, a tutela del quale l'AGCM può ricorrere, *ex art. 21-bis* della citata L. n. 287/1990, assume i connotati dell'interesse a un bene della vita, nella specie quello al corretto funzionamento del mercato, che trova tutela a livello comunitario e costituzionale, e del quale l'AGCM, secondo la L. n. 287/1990, è, istituzionalmente, portatrice. L'Autorità, quindi, in base alla menzionata normativa, è preposta alla salvaguardia di un interesse che si soggettivizza in capo ad essa come posizione qualificata e differenziata rispetto a quella degli altri attori del libero mercato, circostanza questa idonea a fondare la legittimazione processuale di cui all'art. 21-*bis* citato”.

<sup>40</sup> C.S., VI, sent. n. 2192/2023.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 13 del 2019.

<sup>42</sup> D. Gallo, *L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 162 ss.

<sup>43</sup> Pare utile a questo riguardo la definizione utilizzata da A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivistaaic.it*, n. 4/2017, p. 10, il quale parla di “*vis obsidens*” per definire l'effetto “paralizzante” il diritto nazionale incompatibile, derivante da norme di diritto dell'Unione incapaci di esprimere compiutamente una disciplina sostitutiva di quella interna, oggetto di disapplicazione, aggiungendo che “una norma europea può considerarsi applicabile, con effetto quindi ‘sostitutivo’ della norma interna, solo in caso di sua precisione e completezza e di

Nonostante la chiarezza della sua *ratio*, la giurisprudenza comunitaria sull'effetto diretto non ha impedito improprie estensioni applicative, nelle pieghe di un *reasoning* che pure fa riferimento ora ai “privati”, ora ai “singoli”, o “singoli amministrati” – nelle versioni linguistiche usualmente comparate: *les justiciables; a person involved in legal proceedings; die Rechtsbürger; los justiciables (Marshall)*<sup>44</sup> – per argomentare che ad essi (*aux particulieres, against individuals, den einzelnen, a los particulares*) lo Stato non può opporre l'inattuazione di una direttiva precisa e incondizionata (*Ratti*)<sup>45</sup>.

Pur a fronte del tenore linguistico dei richiamati *leading cases* e nonostante una giurisprudenza costituzionale consolidata<sup>46</sup>, l'opzione dell'incidente di costituzionalità è stata ritenuta preclusa dal Consiglio di Stato, che ha accolto il ricorso dell'AGCM sulla scorta dei precedenti dell'Adunanza plenaria assunti in funzione nomofilattica nella parte in cui affermano l'effetto diretto nei termini descritti.

## 5. L'effetto diretto delle disposizioni di diritto primario dell'Unione. Un'ipotesi applicativa accantonata

Le pronunce dell'Adunanza plenaria – in apparente sintonia con la sentenza *Promoimpresa*<sup>47</sup> e con la lettera di messa in mora della Commissione UE<sup>48</sup> – chiamano in causa, unitamente all'articolo 12 della direttiva, l'articolo 49 TFUE, affermandone la diretta efficacia in senso verticale in presenza di un interesse transfrontaliero certo.

Tale disposizione di diritto primario entra tuttavia in gioco solo nei casi nei quali la direttiva 2006/123 non dovesse ritenersi applicabile, in difetto dei requisiti necessari per spiegare effetto diretto, o in mancanza della dimostrazione del presupposto della scarsità delle risorse naturali, ai sensi dell'articolo 12 della direttiva, considerato tuttavia sussistente, dalle sentenze gemelle del Consiglio di Stato, con riguardo all'intero patrimonio costiero nazionale<sup>49</sup>.

---

*individuazione altrettanto compiuta dei destinatari*” (corsivo aggiunto). Su questo aspetto si tornerà più avanti.

<sup>44</sup> Cfr. *supra*, nota 24.

<sup>45</sup> Sentenza *Ratti*, sulla quale *supra*, nota 10.

<sup>46</sup> Da ultimo, Corte cost., sent. n. 263 del 2022: “«[I]n caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta [...] e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa» – si legge in una fra le tante analoghe pronunce di questa Corte – «il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)» (ordinanza n. 207 del 2013; negli stessi termini sentenza n. 269 del 2017)”.

<sup>47</sup> Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, punto 63.

<sup>48</sup> Commissione europea C(2020)7826 *final*, lettera di costituzione in mora del 3 dicembre 2020, procedura di infrazione 2020/4118, nella quale si contesta la violazione del diritto dell'Unione ad opera dell'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34 del 2020 e dell'art. 24, comma 3-*septies*, del d.l. n. 113 del 2016.

<sup>49</sup> Su questo aspetto, da ultimo, 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*, n. 13/2023.

Tale profilo interessa ai presenti fini giacché, in base ad una giurisprudenza consolidata, la diretta efficacia delle previsioni di diritto primario dell’Unione – nei casi nei quali è ammessa dalla Corte di giustizia, che la esclude ove la materia sia integralmente armonizzata<sup>50</sup> – non soggiace al divieto di applicazione diretta “rovesciata”. Si tratta di un’ulteriore ipotesi nella quale, in luogo dell’incidente di costituzionalità, il giudice comune è chiamato a “fare da sé”, nel solco dei precedenti della Corte di giustizia, disapplicando la disciplina interna contraria a una disposizione di diritto primario, senza doversi preoccupare di un possibile *inverse direct effect*.

Rispetto alle norme di rango primario non viene infatti in rilievo il divieto di applicazione nei rapporti orizzontali (tendenzialmente esclusa per le direttive<sup>51</sup> e affermata dalla Corte di giustizia con riguardo a singole previsioni della CDFUE<sup>52</sup>) né il divieto di effetto diretto inverso nei rapporti verticali, posto che tali disposizioni primarie “non incontrano il limite della verticalità e unidirezionalità proprio degli effetti diretti delle direttive”<sup>53</sup>.

Nel caso di specie, l’applicazione dell’art. 49 TFUE presuppone precisi e accurati adempimenti da parte del giudice, al quale è affidato il compito, in via preliminare, di verificare se si tratti di materia esaustivamente armonizzata; quindi, in caso contrario, nell’impossibilità, per qualche motivo, di applicare la direttiva, di accertare in concreto l’esistenza di un “interesse transfrontaliero certo”<sup>54</sup>.

La questione relativa all’articolo 49 TFUE sembra passata in secondo piano a séguito delle precisazioni contenute nella recente sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, C-348/2022, *AGCM c. Comune di Ginosa*, esaminata nei paragrafi seguenti.

Sin d’ora si può anticipare che quest’ultima pronuncia – confermando quanto già affermato in *Promoimpresa* – ribadisce che “qualsiasi misura

<sup>50</sup> La Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, al punto 59 premette che “qualsiasi misura nazionale in un settore che abbia costituito oggetto di un’armonizzazione completa a livello dell’Unione deve essere valutata in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle di tale misura di armonizzazione (...)”; quindi, al punto 61, si afferma che “si deve ritenere che gli articoli da 9 a 13 di questa stessa direttiva provvedano a un’armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione (...)”; pertanto, aggiunge la Corte al punto successivo, “le questioni pregiudiziali, nella misura in cui vertono sull’interpretazione del diritto primario, si pongono solo nel caso in cui l’articolo 12 della direttiva 2006/123 non sia applicabile ai procedimenti principali, circostanza che spetta ai giudici del rinvio stabilire, come risulta dal punto 43 della presente sentenza”, concernente il presupposto della scarsità delle risorse naturali.

<sup>51</sup> Un’ampia analisi critica su questo aspetto, da ultimo, in M. E. Gennusa, *Dietro l’effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1/2023.

<sup>52</sup> Riferimenti in G. Parodi, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022, p. 128 ss.

<sup>53</sup> 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 *giustiziainsieme.it*, 2021, p. 7.

<sup>54</sup> Secondo Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, l’interesse transfrontaliero certo deve essere valutato “sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali l’importanza economica dell’appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell’appalto in questione”.

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”.

Poiché la direttiva provvede ad una “armonizzazione esaustiva”, le evocate misure statali di adeguamento – questo pare implicare la sentenza – prescindono dall’articolo 49 e, di conseguenza, dall’accertamento di un interesse transfrontaliero certo<sup>55</sup>.

6. La recente sentenza della Corte di giustizia del 20 aprile 2023, C-348/2022, AGCM contro Comune di Ginosa. L’apparente conferma del paradigma consolidato in tema di effetto diretto

All’origine della sentenza richiamata nel titolo del presente paragrafo, vi è una discussa ordinanza di rinvio pregiudiziale, di validità e di interpretazione, del T.a.r. Puglia<sup>56</sup>, molto articolata nella formulazione di alcune questioni prospettate in aperto contrasto con quanto statuito dall’Adunanza plenaria nelle due sentenze del 2021.

Tra i quesiti di natura interpretativa, particolare rilievo ai nostri fini riveste la terza questione<sup>57</sup>, riportata dalla Corte di giustizia<sup>58</sup> nei termini seguenti: “Qualora ritenuta la direttiva 2006/123 non *self-executing*, se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l’effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale ... ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste”.

La formulazione riportata sembra presupporre la distinzione tra, da un lato, direttive *self-executing* – cioè, nella prospettazione del rimettente, idonee

---

<sup>55</sup> Punti da 36 a 41. Al punto 40 si afferma in chiave espansiva dell’ambito di applicazione che le disposizioni della direttiva “devono essere interpretate nel senso che esse si applicano, in particolare, a una situazione i cui elementi rilevanti si collocano tutti all’interno di un solo Stato membro”.

<sup>56</sup> T.a.r. Puglia, ord. 11 maggio 2022, sulla quale cfr. M. Timo, *Le proroghe ex lege delle concessioni “balneari” alla Corte di Giustizia: andata e ritorno di un istituto controverso (nota a T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2022, n. 743)*, in *giustiziainsieme.it*, 2022.

<sup>57</sup> La terza questione è preceduta da quella, preliminare, con la quale si chiede “Se la direttiva 2006/123 (...) presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile”; e seguita dalla questione *sub* 4, anch’essa sull’immediata applicabilità della direttiva medesima. Di séguito il tenore della quarta questione riportata nella sentenza della Corte di giustizia in questi termini: “Se l’efficacia diretta dell’articolo 12, paragrafi 1, 2, 3 della direttiva 2006/123 equivalga al riconoscimento della natura *self-executing* o immediata applicabilità della direttiva medesima ovvero se, nell’ambito di una direttiva di armonizzazione quale quella in esame (“si deve ritenere che gli artt. da 9 a 13 della direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva ...” ex sentenza [del 14 luglio 2016, *Promoimpresa* e a. (C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558)]), debba intendersi come prescrizione per lo Stato nazionale di adottare misure di armonizzazione non generiche, ma vincolate nel loro contenuto”.

<sup>58</sup> Punto 30.

a conferire ai privati diritti azionabili – e, dall’altro, direttive che, pur chiare, precise e incondizionate nella formulazione di obblighi e divieti, non attribuiscono ai singoli correlate e speculari situazioni soggettive idonee a trovare tutela in giudizio.

Affrontando il tema degli “effetti diretti”<sup>59</sup>, la Corte di giustizia antepone una serie di riferimenti alla sua precedente giurisprudenza, espressivi dell’impostazione tradizionale che, alle direttive provviste dei consolidati requisiti di formulazione, riconosce effetto diretto per consentire ai “*privati*”<sup>60</sup> di “farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti di uno Stato membro, sia qualora esso abbia omesso di trasporre la direttiva in diritto nazionale entro i termini, che qualora l’abbia recepita in modo scorretto”<sup>61</sup>.

Coerentemente con tale premessa, la sentenza aggiunge che una disposizione del diritto dell’Unione è “sufficientemente precisa per poter essere *invocata da un singolo* ed applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini inequivocabili”<sup>62</sup>.

In linea con le riportate premesse, poi, è la precisazione, pur estensiva, secondo la quale “anche se una direttiva concede agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nell’adozione delle modalità della sua attuazione, tale circostanza non incide sul carattere preciso e incondizionato delle sue disposizioni qualora tale margine di discrezionalità non escluda che sia possibile *determinare alcuni diritti minimi* e che sia, quindi, possibile *determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata*”<sup>63</sup>.

La conclusione del ragionamento si traduce nell’affermazione secondo la quale “imponendo l’applicazione di una procedura di selezione imparziale e trasparente, l’articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 prescrive, in maniera incondizionata e sufficientemente precisa, un contenuto di *tutela minima a favore dei candidati potenziali*”<sup>64</sup>.

## 7. Segue. Alcune perduranti opacità

A valle di tali premesse, nel segno di una sostanziale continuità con i precedenti più noti, il duplice riferimento ai “*privati*” e alla “*tutela minima a favore dei candidati potenziali*”, estranei alle vicende processuali all’origine del rinvio, sembra smarrire la sua centralità.

Alla Corte si chiedeva anzitutto – in presenza di una direttiva che, pur precisa e incondizionata nella formulazione di obblighi e divieti, non attribuiva alle parti private costituite posizioni soggettive idonee a ricevere tutela in giudizio – se “risulti compatibile con i principi di certezza del diritto

<sup>59</sup> Punto 61.

<sup>60</sup> Nelle versioni linguistiche francese, inglese, tedesca e spagnola della pronuncia, rispettivamente, *particuliers, individuals, Einzelne, particulares*.

<sup>61</sup> Punto 62, dove si rinvia ai precedenti.

<sup>62</sup> Punto 63, corsivo non testuale, con rinvio ai precedenti.

<sup>63</sup> Punto 65, corsivo non testuale, con rinvio ai precedenti.

<sup>64</sup> Punto 67, corsivo non testuale, con rinvio ai precedenti: “(v., per analogia, sentenze del 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 74, nonché del 5 ottobre 2004, Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 105)”.

l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale"<sup>65</sup>, in danno dei concessionari controinteressati.

La Corte di giustizia ha ritenuto quest'ultimo quesito assorbito<sup>66</sup> dalla risposta affermativa alla seconda e alla quarta questione, relative all'effetto diretto dell'articolo 12 della direttiva<sup>67</sup>. A proposito di quest'ultimo, al punto 69, si legge: "Tale disposizione *ha effetto diretto in quanto vieta*, in termini inequivocabili, *agli Stati membri*, senza che questi ultimi dispongano di un qualsivoglia margine di discrezionalità o possano subordinare tale divieto a una qualsivoglia condizione e senza che sia necessaria l'adozione di un atto dell'Unione o degli Stati membri, di prevedere proroghe automatiche e generalizzate di siffatte concessioni"<sup>68</sup>.

La Corte afferma così che "non occorre rispondere alla terza questione"<sup>69</sup>, sopra riportata, ritenendo la stessa superata dalla risposta fornita, in tema di effetto diretto dell'articolo 12, alla seconda e alla quarta questione, nei termini conclusivamente precisati con le seguenti parole: "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*"<sup>70</sup>.

Nel passaggio appena riportato, il riconoscimento di "effetti diretti" parrebbe, a prima lettura, prescindere dall'attitudine della direttiva ad attribuire ai privati posizioni soggettive idonee a ricevere tutela in giudizio, secondo lo schema consolidato a partire dalla sentenza *Ratti*<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> V. nuovamente il punto 30.

<sup>66</sup> Punto 75.

<sup>67</sup> Cfr. *supra*, nota 57.

<sup>68</sup> Corsivo non testuale. Di séguito, sempre al punto 69, la Corte aggiunge: "Dalla giurisprudenza della Corte risulta peraltro che un rinnovo automatico di queste ultime è escluso dai termini stessi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123 (v., in tal senso, sentenza del 14 luglio 2016, *Promoimpresa e a.*, C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558, punto 50)". Inoltre, "L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva impone quindi agli Stati membri l'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali e vieta loro di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività, in termini incondizionati e sufficientemente precisi" (punto 70). "La circostanza che tale obbligo e tale divieto si applichino solo nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, le quali devono essere determinate in relazione ad una situazione di fatto valutata dall'amministrazione competente sotto il controllo di un giudice nazionale, non può rimettere in discussione l'effetto diretto connesso a tale articolo 12, paragrafi 1 e 2" (punto 71).

<sup>69</sup> Punto 75.

<sup>70</sup> Punto 74. Quanto riportato nel testo trova una definitiva enunciazione nel quarto capo del dispositivo, testualmente iterativo di tale passaggio.

<sup>71</sup> Una analoga estensione in Corte di giustizia, sentenza 21 marzo 2013, C-244/12, *Salzburger Flughafen*, sulla quale cfr. L. Squintani, H. H. B. Vedder, *Towards Inverse Direct Effect? A Silent Development of a Core European Law Doctrine*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2014, p. 144 ss.

Nondimeno, sebbene non immediata sia la via per individuare, quale corollario di tali obblighi e divieti, un diritto dei “candidati potenziali” all’avvio, in presenza dei presupposti indicati dalla direttiva, di procedure competitive per l’individuazione del concessionario, non può dirsi inedita – né, tutto sommato, in questo caso forzata – l’enucleazione di posizioni di vantaggio come riflesso di obblighi o divieti incondizionati posti in capo alle autorità nazionali da direttive alle quali, per tale ragione, si riconosce effetto diretto<sup>72</sup>.

Quanto precede non consente tuttavia di superare ogni dubbio. Infatti, pur configurando in capo agli aspiranti concessionari una posizione di vantaggio correlata all’obbligo di evidenza pubblica, un elemento di incertezza permane con riguardo alla situazione processuale all’origine delle questioni pregiudiziali, nella quale, come si è detto, non erano i privati beneficiari della disciplina sovranazionale ad agire contro lo Stato.

Forse in omaggio ad un sottinteso principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, la sentenza della Corte di giustizia non si è soffermata sul punto, ribadendo l’effetto diretto dell’articolo 12 della direttiva in termini generali, senza (poter) annettere rilievo alla circostanza che il giudice del rinvio si trovava a decidere su ricorso proposto non da “candidati potenziali” ma da un soggetto pubblico (l’AGCM).

D’altro canto, nei giudizi davanti all’Adunanza plenaria, l’effetto diretto era stato riconosciuto, in favore dell’amministrazione resistente e in apparente contrasto con il divieto di *inverse direct effect*<sup>73</sup>, nell’ambito di giudizi promossi da soggetti (i concessionari che avevano impugnato dinieghi di proroga) che certo non invocavano la direttiva contro un’autorità nazionale, nella parte relativa al divieto di proroga.

L’effetto diretto verticale *in malam partem* – che non costituisca mera ripercussione negativa dell’applicazione di disposizioni attributive di un vantaggio al terzo beneficiario della disciplina di diritto derivato<sup>74</sup> – rimane problematico sul terreno dei rapporti tra ordinamenti, giacché, in assenza delle premesse giustificative inerenti all’invocabilità dell’effetto diretto, incide sull’assetto delle fonti e sull’ambito riservato all’incidente di costituzionalità, peraltro comprensivo della facoltà del giudice delle leggi di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> D. Gallo, *L’evoluzione dell’effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l’immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 162 ss.

<sup>73</sup> Sull’*inverse direct effect* cfr. l’ampia analisi proposta da 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*, Vol. 38, No. 1, 2019, p. 18 ss.

<sup>74</sup> Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*, punti da 56 a 58, già citata.

<sup>75</sup> La Corte costituzionale non si è ad oggi pronunciata sulla legittimità delle disposizioni legislative statali di proroga, ma, nel ricondurre la materia alla competenza legislativa esclusiva relativa alla tutela della concorrenza di cui all’art. 117, primo comma, lettera e) della Costituzione, ha ripetutamente censurato diverse leggi regionali più o meno esplicitamente dirette a prorogare le concessioni in essere o a regolare le modalità di affidamento in termini divergenti dalla disciplina statale. Cfr. in particolare Corte cost., sentenze n. 180, 233 e 340 del 2010; 171 del 2013; 40 e 157 del 2017; 109 e 118 del 2018; 1 del 2019, 222 del 2020; 10, 101 e 139 del 2021; 46, 108 e 112 del 2022. In particolare, nella sentenza n. 180 del 2010 si afferma che “La previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso, in luogo di una procedura di rinnovo 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<sup>76</sup>.

In una chiave di lettura diversa e alternativa, l'operazione compiuta dalla Corte di giustizia potrebbe essere intesa non già come ampliamento del perimetro dell'effetto diretto bensì come disapplicazione “per esclusione” della disciplina interna in omaggio al principio di *primauté*, secondo un'ipotesi ricostruttiva ancora da ultimo, ad altri fini, proposta in sede di rilettura della seconda sentenza *Popławski*<sup>77</sup>.

Dal differente punto di vista privilegiato in queste pagine, attinente ai rapporti tra ordinamenti e giurisdizioni, di tale pronuncia interessa segnalare ancora un passaggio, di segno diverso, nel quale, in termini del tutto persuasivi, si afferma che “Il principio del primato del diritto dell'Unione non può [...] condurre a rimettere in discussione la distinzione essenziale tra le disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive, né, pertanto, a instaurare un regime unico di applicazione di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali”<sup>78</sup>.

Giampaolo Parodi  
Professore Ordinario  
Università di Pavia  
[giampaolo.parodi@unipv.it](mailto:giampaolo.parodi@unipv.it)

---

«apra» il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari (sentenza n. 1 del 2008)”.

<sup>76</sup> Si tratta di una questione ancora di recente posta nei termini seguenti: “*who is entitled to invoke this provision, against whom it can be invoked*”, in 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*, cit., p. 26 (corsivo nel testo).

<sup>77</sup> L. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, cit., dove si rinvia, in particolare, al precedente della Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, *Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N*, nella quale, al punto 62, si legge che il giudice nazionale, in caso di impossibilità di interpretazione conforme, deve “disapplicare ogni disposizione nazionale laddove, nelle circostanze del caso di specie, l'applicazione di tale disposizione conduca ad un risultato contrario al diritto dell'Unione”.

<sup>78</sup> Corte di giustizia, sentenza 24 giugno 2019, C-573/17, *Popławski*, punto 60. Ai due paragrafi successivi si precisa: “[61] A tale riguardo, occorre sottolineare che ogni giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi nell'ambito delle proprie competenze, ha, in quanto organo di uno Stato membro, l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione che abbia effetto diretto nella controversia di cui è investito (v., in tal senso, sentenze dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, EU:C:2010:503, punto 55 e giurisprudenza ivi citata; 24 gennaio 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punto 41, nonché del 6 novembre 2018, *Bauer e Willmeroth*, C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, punto 75). [62] Per contro, una disposizione del diritto dell'Unione che sia priva di effetto diretto non può essere fatta valere, in quanto tale, nell'ambito di una controversia rientrante nel diritto dell'Unione, al fine di escludere l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale ad essa contraria”.