federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

10 OTTOBRE 2018

"Primazia" del diritto U.E. e proroghe *ex lege* delle concessioni balneari

di Cristiana Benetazzo
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

"Primazia" del diritto U.E. e proroghe *ex lege* delle concessioni balneari *

di Cristiana Benetazzo
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

Sommario: **1.** Premessa: le "preoccupanti" affermazioni di Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281 in merito all'applicabilità del regime delle proroghe legali delle concessioni balneari e gli aspetti problematici collegati all'istituto della disapplicazione. – **2.** La " primazia" del diritto U.E. e la disapplicazione quale strumento per risolvere gli eventuali conflitti tra norme. L'iniziale "distanza" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia e il successivo riconoscimento, da parte della giurisprudenza costituzionale italiana, del principio dell'effetto "diretto" del diritto U.E. Disapplicazione, abrogazione e "controlimiti" nazionali: la competenza come ulteriore criterio di risoluzione delle antinomie (la sentenza *Frontini* e i chiarimenti della Corte di Giustizia). – **3.** L'ambito di operatività dell'istituto della disapplicazione. La "primazia" delle disposizioni dei Trattati e la natura auto-applicativa dei regolamenti U.E. (ad eccezione dei regolamenti non dotati di diretta effettività). La peculiare ipotesi delle direttive: l'iniziale natura non auto-applicativa e il successivo riconoscimento di un effetto diretto subordinatamente alla ricorrenza di determinate condizioni quali: la scadenza del termine per il recepimento; l'effetto favorevole all'individuo e la non necessaria emanazione di ulteriori atti applicativi. L'interpretazione adeguatrice nei casi *Pfeiffer* e *Velasco Navarro*. – **4.** La disciplina di attuazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e la non convincente interpretazione della Cassazione penale in merito all'effetto auto-applicativo della stessa. Gli effetti sfavorevoli al privato conseguenti alla disapplicazione delle norme sulla proroga legale dei termini di durata delle concessioni disposta dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009. La deroga al principio di retroattività favorevole di cui all'art. 2, comma 2, c.p. Il conflitto tra norma interna e norma U.E. come possibile questione di legittimità costituzionale: rinvio al successivo § 5. – **5.** Gli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia: la vincolatività per il giudice *a quo* e la limitata efficacia "esterna". L'applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE anche alle concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale con finalità turistico-ricreative. Parziali aperture in favore dell'autonomia dei singoli Stati membri: la "scarsità" della risorsa e l'interesse transfrontaliero certo quali presupposti per l'applicazione di tale disposizione. Il regime transitorio a garanzia dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e la piena condivisione degli orientamenti del giudice dell'U.E. nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – **6.** Ambito e limiti di applicazione della proroga *ex* d.l. n. 194/2009. Le "oscillazioni" della giurisprudenza amministrativa e l'approccio "pragmatico" della Corte costituzionale. Compatibilità della disciplina transitoria con il principio di certezza dei rapporti giuridici enunciato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa e Melis*.

Abstract: La sentenza qui annotata appare degna di nota in quanto induce a tornare su uno dei temi più attuali e problematici del diritto amministrativo ovvero il rapporto tra concessioni balneari e direttiva Bolkestein, in merito al quale la Cassazione penale suggerisce una interpretazione non convincente. Lo scopo di queste pagine non può essere quello di tentare una soluzione del *rebus* circa l'esatta applicazione della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari, argomento già ampiamente trattato in precedenti scritti, ma di far emergere i problemi nuovi che la vicenda in esame è in grado di sollevare, soprattutto in

* Articolo sottoposto a referaggio.

relazione ai rapporti tra ordinamento nazionale e sistema delle fonti U.E., nonché ai limiti di utilizzabilità dell'istituto della disapplicazione quale strumento per risolvere gli eventuali conflitti tra norme. Il metodo seguito è quello di ripercorrere le argomentazioni della Cassazione penale per utilizzarle come traccia degli aspetti problematici appena indicati.

1. Premessa: le "preoccupanti" affermazioni di Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281 in merito all'applicabilità del regime delle proroghe legali delle concessioni balneari e gli aspetti problematici collegati all'istituto della disapplicazione.

La sentenza qui annotata appare degna di nota in quanto induce a tornare su uno dei temi più attuali e problematici[1] del diritto amministrativo ovvero il rapporto tra concessioni balneari e direttiva Bolkestein[2]. Questa volta, però, la pronuncia rischia di ingenerare degli esagerati allarmismi, se non un vero e proprio "panico", tra gli operatori del settore: i giudici della Cassazione penale hanno, infatti, disapplicato la proroga al 2020 delle attuali concessioni[3] con delle considerazioni in parte contraddittorie e caratterizzate da preoccupanti derive interpretative.

Nel caso di specie, oggetto del contendere era un'area demaniale marittima di quasi ventitremila metri quadrati, per la quale la Corte di cassazione, III sez. penale, con la sentenza n. 21281 del 14 maggio 2018, ha ritenuto sussistente il reato di abusiva occupazione *ex* artt. 54 e 1161 del Codice della navigazione, confermando il sequestro di un'area il cui utilizzo era garantito da concessione demaniale prorogata *ex lege* al 2020 in virtù del d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, conv. in l. 26 febbraio 2019, n. 25.

La pronuncia, nelle sua parte più convincente, mette al centro del ragionamento la ormai nota sentenza della Corte di Giustizia U.E. *Promoimpresa e Melis* del 14 luglio 2016[4] e richiama dei principi che ormai

[1] Il tema è particolarmente attuale e delicato non solo per i rilevanti interessi economici che ne sono coinvolti (si consideri che intorno agli stabilimenti balneari ed alle relative concessioni demaniali operano circa 30.000 aziende italiane e circa 600.000 addetti, indotto compreso), ma anche per le possibili ripercussioni della sentenza CGUE, sez. V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/157, EU:C:2016:558, in che sembra imporre - non soltanto per l'Italia - una revisione della disciplina vigente, non più procrastinabile.

[2] Su cui sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *Italian state beach concessions and Directive 2006/123/EC, in the European context,* European Parliament – Directorate General for internal policies, Policy Department C: Citizens' rights and Constitutional affairs, Bruxelles (Belgium), 2017, 1-69, in cui la disciplina italiana in materia di concessioni demaniali marittime viene affrontata in una prospettiva europea e comparata. Lo studio illustra le molte questioni problematiche e le possibili ripercussioni della sentenza CGUE *Promoimpresa e Melis*, cit., che sembra imporre una riforma organica del settore, non più procrastinabile. L'analisi è estesa ai modelli adottati da altri Stati dell'Unione (Francia, Portogallo, Spagna, Croazia e Grecia) per la gestione dei beni afferenti alla fascia costiera, al fine di verificarne funzionalità ed efficacia rispetto al sistema italiano.

[3] Per alcuni precedenti conformi, cfr. Cass. pen., sez. III, 9 aprile 2013, n. 33170; Id., sez. III, 2 maggio 2013, n. 32966; Id., Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2014, n. 7267, tutte reperibili in www.cortedicassazione.it.

[4] Per un commento alla sentenza CGUE, sez. V, cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit., cfr., oltre al contributo già citato nella nota 2, E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1217 ss.; G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni deldemanio marittimo alla luce del diritto UE*, in *giustamm.it*, n. 10/2016; R. RIGHI-E. NESI, *Osservazioni sulla sentenza della corte di giustizia dell'unione europea, sez. v, 14 luglio 2016, in c-458/14 e c-67/15, con particolare riferimento ai suoi effetti sui rapporti concessori in atto*, *ivi*, n. 11/2016; L.S. ROSSI, *Spiagge: vietate le*

possiamo definire "consolidati", ossia: 1) applicabilità della direttiva Bolkestein alle concessioni demaniali; 2) interesse transfrontaliero certo da valutarsi caso per caso; 3) eventuale legittimo affidamento da valutarsi anch'esso caso per caso in relazione al reale investimento posto in essere; 4) sussistenza della scarsità di risorse naturali da valutarsi ancora caso per caso con criteri oggettivi appuntati sul territorio ove insiste la concessione; 5) pacifica disapplicazione della proroga *ex* d.l. n. 194/2009 e della successiva norma detta "salva-spiagge" contenuta nel d.l. 24 giugno 2016, n. 113.

Ma la pronuncia suscita preoccupazione per altre affermazioni che appaiono assai opinabili.

La Corte suggerisce, infatti, un'interpretazione non convincente del d.l. n. 113/2016, che sarebbe applicabile solo ai rapporti instauratisi dopo l'entrata in vigore della l. 16 marzo 2001, n. 88 (e comunque validi a prescindere dal rinnovo automatico sessennale introdotto dalla stessa l. n. 88/2001), e una altrettanto incomprensibile lettura del d.l. n. 194/2009, che si applicherebbe solo alle concessioni rilasciate successivamente allo stesso decreto legge da ultimo citato.

I giudici culminano, infine, con l'affermazione secondo cui l'obbligo di disapplicazione della norma di proroga grava anche sul giudice penale, in quanto «il potere-dovere di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la normativa comunitaria sussiste solo laddove tale ultima normativa sia dotata di efficacia diretta nell'ordinamento interno (Sez. 3, n. 41839 del 30/09/2008 - dep. 07/11/2008, Righi, Rv. 241422). Ed è indubbio, dopo la pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 227 del 24 giugno 2010), che l'art. 12 della Direttiva Bolkestein è *self-executing*, cioè ha efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati membri, dunque la stessa può essere disapplicata anche dal giudice ordinario».

Sulla base di tali argomentazioni, la sentenza disapplica la norma che prevede la proroga, senza operare nessuna valutazione, caso per caso, sull'applicabilità dell'art. 12 della direttiva Bolkestein, in contrasto, dunque, con quanto sostenuto nella prima parte della stessa sentenza.

---

proroghe automatiche delle concessioni senza una procedura di selezione tra potenziali candidati, in *Guida al dir.*, 2016, 14 ss.; A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, 160 ss.; F. CAPOTORTI, *Cronaca di un'incompatibilità annunciata nel caso Promoimpresa: secondo l'avvocato generale Szpunar la direttiva Bolkestein osta al rinnovo automatico dei diritti esclusivi di sfruttamento dei beni del demanio pubblico marittimo e lacuale in Italia*, in *eurojus.it*. Più in generale, sul rapporto tra concessioni demaniali marittime e principio di concorrenza, cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008; G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm.– Cons. Stato*, 2010, 678 ss.; C. BENETAZZO, *Concessioni di beni pubblici e tutela della concorrenza*, *ivi*, 1463 ss.; ID., *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in www.federalismi.it, n. 25/2016, 1 ss.; ID., *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo,* in *Munus*, n. 1/2018, 287 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-Tar*, 2009, 787 ss.; N. RANGONE, *Uso imprenditoriale del demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole. Studio d'impatto sulle concessioni balneari*, Bologna, 2011, 199 ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, 437 ss.; A. SALAMONE, *La concessione di beni demaniali marittimi*, Roma, 2013, 76 ss.; A. COSSIRI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime sotto la lente del giudice costituzionale e della Corte di giustizia dell'UE*, in www.federalismi.it, n. 14/2016.

Vista l'estrema complessità tecnica della questione[5], lo scopo di queste pagine non può essere quello di tentare una soluzione del *rebus* circa l'esatta applicazione della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari, argomento già ampiamente trattato in precedenti e più organici scritti[6], ma di far emergere i problemi nuovi che la vicenda in esame è in grado di sollevare, soprattutto in relazione ai rapporti tra ordinamento nazionale e sistema delle fonti del diritto U.E., nonché ai limiti di utilizzabilità dell'istituto della disapplicazione quale strumento per risolvere gli eventuali conflitti tra norme. Il metodo che si intende seguire è quello di ripercorrere le argomentazioni della Cassazione penale per utilizzarle come traccia degli aspetti problematici appena indicati.

2. La " primazia" del diritto U.E. e la disapplicazione quale strumento per risolvere gli eventuali conflitti tra norme. L'iniziale "distanza" tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia e il successivo riconoscimento, da parte della giurisprudenza costituzionale italiana, dei principi dell'effetto "diretto" del diritto U.E. Disapplicazione, abrogazione e "controlimiti nazionali: la competenza come ulteriore criterio di risoluzione delle antinomie (la sentenza *Frontini* e i chiarimenti della Corte di Giustizia).

Prima di entrare nel vivo del lavoro, è necessario chiarire qualche aspetto relativo alla portata del concetto stesso di "primazia"[7] del diritto U.E. e alla disapplicazione come tecnica di risoluzione delle antinomie. «Primazia e disapplicazione sono due facce della stessa medaglia»[8].

[5] La regolazione di questa materia pone, pertanto, una molteplicità di questioni, tanto rilevanti quanto cruciale è l'importanza economica del comparto in seno al settore turismo. Tra queste, il problema principale è quello di individuare una procedura di assegnazione in grado di conciliare gli obblighi di trasparenza derivanti dall'Ue con il diritto di proprietà degli Stati, a fronte di una giurisprudenza europea, spesso incline ad attribuire prevalenza ai primi, anche a scapito dell'affidamento del privato concessionario. Altri problemi riguardano l'allocazione e le modalità di svolgimento delle competenze amministrative, il regime della concessione amministrativa (non solo con riguardo alla competizione nella scelta del concessionario ma anche alla durata della concessione), la qualità e il costo dei servizi turistico-balneari, l'operatività di strumenti per il controllo integrato delle coste (amministrativi e ambientali), lo sviluppo economico del settore, la fruizione libera delle spiagge. Un diverso problema attiene alla compatibilità tra l'uso collettivo e l'uso individuale del bene, su cui si rinvia a M. RENNA, *Beni pubblici*, (voce), in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 717, il quale sottolinea che «soltanto le norme di settore possono prevedere la costituzione di diritti a favore di terzi sui beni demaniali, stabilendone "modi" e "limiti"», aggiungendo che «queste norme, salvo rare eccezioni, non consentono alle amministrazioni di ricorrere a strumenti privatistici […] ma le vincolano all'utilizzo di provvedimenti amministrativi, segnatamente di provvedimenti concessori». Ulteriori peculiarità sono individuabili in merito al complesso tema della tutela dell'ambiente, destinato inevitabilmente a confrontarsi con gli altri interessi rilevanti in materia di demanio marittimo, su cui v. M. DE BENEDETTO, *Introduzione*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Spiagge in cerca di regole*, Bologna, 2011, 15 ss.

[6] Su tali aspetti, sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo,* cit., 287 ss.; ID., *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, cit., 1 ss.

[7] Traduzione del francese *primauté.*

[8] Come efficacemente affermato da A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in www.federalismi.it, n. 17/2011, 5 ss.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia utilizza, infatti, il meccanismo della disapplicazione per rendere concretamente operante il primato del diritto U.E. sul diritto interno[9].

La soluzione scelta è, a tutti gli effetti, un prodotto giurisprudenziale.

Infatti, sulle modalità di risoluzione di tali antinomie, non si rinvengono, nel nostro ordinamento, specifiche disposizioni, ad eccezione del disposto dell'art. 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo[10], che, ad oggi, è l'unico riferimento di diritto positivo a prevedere un meccanismo a carattere disapplicativo[11]. Questa linea è stata nitidamente indicata nella celeberrima sentenza *Simmenthal* del 1978[12]. In virtù della suddetta "primazia", «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»[13]. Peraltro, con la sentenza *Simmenthal*, la Corte di Lussemburgo ha semplicemente esplicitato quanto già indicato fin dalla sentenza *Costa/ENEL*[14]. In quell'occasione, la Corte di Giustizia aveva precisato che la primazia del diritto comunitario trova un suo fondamento nell'art. 189 TCE (poi 249 e adesso 288 del TFUE), rilevando che «questa disposizione, che *non è accompagnata da alcuna riserva*, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento nazionale che prevalesse sui testi comunitari», e ciò in contrasto con l'orientamento all'epoca prevalente della Corte costituzionale, secondo cui il contrasto tra norme di pari rango andava risolto sulla base del principio della successione delle leggi nel tempo[15]. In relazione alla stessa vicenda, affermò che le disposizioni comunitarie non avevano un'efficacia superiore

---

[9] Sulla primazia del diritto U.E., cfr., a titolo esemplificativo, A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, 262 ss.; M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006; R. SCHÜTZE, *Supremacy Without Pre-Emption? The Very Slowly mergent Doctrine of Community Pre-Emption*, in *Common Market Law Review*, 2006, 1023 ss.; T. SCHILLING, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Mattias Kumm*, in *European Law Journal,* 2006, 173 ss.; G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, 235 ss.; A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de Justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Revue du droit de l'Union Europeénne*, 2006, 9.

[10] ***L.*** 20 marzo ***1865***, n. ***2248***, all. E.

[11] Cfr., in proposito, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, 8 e A. VANNUCCI, *op. cit.*, 5.

[12] CGCE, 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1978, 629 ss., spec. § 24.

[13] Anche in precedenza, la Corte di Giustizia si era espressa nel senso che il giudice nazionale è obbligato a disapplicare la norma nazionale contraria ad una disposizione comunitaria dotata di efficacia diretta: cfr. CGCE, 4 aprile 1968, C-34/67, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1968, 334 ss.; Id., 13 luglio 1972, *Commissione c. Italia*, C-48/71, *ivi*, 1972, 534 ss.; e, successivamente, CGCE, 19 giugno 1990, *House of Lords c. Factortame ltd.*, C-213/89, in *Giur. it.*, 1991, 1123 ss., con nota di C. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare.*

[14] CGCE, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa/ENEL*, EU:C:1964:66.

[15] A. VANNUCCI, op. cit., 5-6.

a quella della legge ordinaria, considerato che i Trattati erano stati resi esecutivi con legge ordinaria, con la conseguenza che la compatibilità della legge interna sulla nazionalizzazione dell'energia elettrica con il Trattato non andava neppure verificata, dovendosi applicare la norma nazionale in quanto successiva alla norma comunitaria[16].

La distanza tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, in origine netta, è stata progressivamente colmata, in seguito ad un avvicinamento della Corte costituzionale italiana al risultato affermato e costantemente sostenuto dalla Corte di Giustizia, che ha consentito di riconoscere, anche nel nostro ordinamento, i principi dell'effetto diretto e del primato, in quanto necessari a garantire l'esigenza di uniformità di applicazione e di efficacia all'interno della Comunità[17].

Nella sentenza Frontini[18], la Corte ha, in particolare, posto l'accento sul fatto che ordinamento nazionale e ordinamento comunitario sono autonomi e distinti, pur se coordinati a mezzo di una precisa articolazione di competenze. Eventuali conflitti vanno risolti in base al criterio della competenza[19], in quanto si tratta di norme di ordinamenti diversi. In merito alla fattispecie inerente il contrasto tra fonte interna e fonte euro-unitaria sembra, dunque, possibile rintracciare nella disapplicazione, più che un ulteriore criterio di risoluzione delle antinomie, la semplice osservanza, seppur in un ottica finalistica volta alla costruzione del mercato interno, del criterio della competenza[20]. In questo caso, il ricorso al

---

16 In questo senso, la Corte di Giustizia ha più volte ha affermato che il principio della preminenza del diritto comunitario «impone *non solo alle giurisdizioni, ma a tutte le istanze dello stato membro* di dare pieno effetto alla norma comunitaria»: così, ad es., CGCE, 28 giugno 2001, *Larsy*, C-118/01, EU:C:2001:368, punto 52.61.

17 «Essendo l'obiettivo del diritto comunitario quello di tendere al ravvicinamento e all'unificazione dei diritti nazionali, nel caso fosse ammessa l'esistenza di norme nazionali in grado di resistere alla sua primazia […] verrebbe meno l'essenza stessa del processo di integrazione europea» (così A. VANNUCCI, *op. cit.*, 3). In questo senso si è correttamente parlato di *primauté existentiel* (v., ad es., P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972, 85). Un concetto, quest'ultimo, molto apprezzato dalla dottrina di area fiamminga e di recente fatto proprio anche dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità spagnola, che, in occasione delle decisioni propedeutiche alla ratifica del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004 ha parlato di *exigencia existencial*: v. Consejo de Estado, dict. 2544/2004 del 21 ottobre 2004, in www.boe.es e Tribunal Constitutional, DTC 1/2004 del 13 dicembre 2004, in www.tribunalconstitucional.es. Sull'orientamento giurisprudenziale appena citato, cfr., in dottrina, T. GIOVANNETTI, *Parlamento europeo, Tribunal constitucional etc.* in *Foro it.*, 2005, c. 276; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, *ivi*, 2007, IV, c. 539.

18 Corte cost., 18 settembre 1973, n. 183, in www.cortecostituzionale.it.

19 Sulla base di questa condivisibile opinione, la primazia del diritto U.E. risulta fondata su una legittimazione finalistica e non attraverso la superiorità gerarchica. In questo senso, il ruolo del diritto U.E. appare teleologicamente delimitato dall'obiettivo di tutelare il mercato interno e il relativo effetto utile (il cosiddetto *effet utile*): ne deriva che il perseguimento di uno scopo non determina l'assorbimento *ipso facto* di una intera materia, soprattutto alla luce delle evoluzioni recenti della costruzione comunitaria che hanno visto la rigida separazione per ambiti di competenza tra Comunità e stati membri soppiantata dall'applicazione dei principi di sussidiarietà e collaborazione: v. C. PAGOTTO, Milano, 2008, 152 ss.

20 In questo senso espressamente F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Relazione al Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione dal titolo «*Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*», svoltosi presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma Tre il 27 e 28 novembre 2008, reperibile in *http://host.uniroma3.it/centri/crispel/Modugno2008.pdf*, 33 ss.

meccanismo disapplicativo si rese, dunque, indispensabile al fine di dirimere le tensioni tra due ordinamenti, separati e distinti, nei casi di concreto conflitto normativo. Sul presupposto di una avvenuta cessione di sovranità nei limiti delle competenze fissate dai Trattati comunitari e forzatamente fondata sull'art. 11 Cost.[21], la disapplicazione è stata invocata quale unica soluzione praticabile al fine di consentire l'ingresso e la diretta applicabilità del diritto comunitario, senza che a tal fine occorresse sottoporre a scrutinio di legittimità costituzionale la norma interna contrastante. Per altro verso, il ricorso alla disapplicazione si è mostrato congeniale rispetto all'esigenza di conservare efficacia alle norme interne "incompetenti" in assenza di apposita normazione comunitaria di settore (configurando anche qui, nella sostanza, un assetto relazionale tra fonti caratterizzato dalle tecniche proprie della cedevolezza)[22] e, ancora, rispetto all'esigenza di escludere effetti immediatamente ed irrecuperabilmente abrogativi del diritto interno in capo alla normazione comunitaria contrastante[23].

Un'impostazione, poi, ripresa dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 389 del 1989[24], che, pur qualificando formalmente «la disapplicazione come un modo di risoluzione delle antinomie normative», in realtà nega questa natura sostanziale, laddove riconosce che la stessa «presupponendo la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e, pertanto, non può esser causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto».

Risulta, quindi, di immediata evidenza la differenza con l'istituto abrogativo: questo produce, infatti, una cessazione tendenzialmente definitiva dell'efficacia della norma, capace di innovare il quadro normativo complessivo[25]. La disapplicazione, invece, agisce semplicemente limitando l'efficacia della norma, non

---

[21] Su questa ricostruzione v. D. PORENA, *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o "figura limite" nella teoria delle fonti?*, in www.federalismi.it, n. 15/2011; in senso critico, v. A. RUGGERI, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del Titolo V*, *ivi*, 24 gennaio 2006, 4 ss., il quale è orientato a «ritenere che, non potendo ad oggi l'ordinamento comunitario fare a meno del puntello offertogli dall'art. 11, secondo una sua visibilmente slargata ed impropria lettura, ogni qual volta una norma interna si mostri irrispettosa di norma comunitaria e, per ciò stesso, della norma costituzionale di "copertura", essa non possa che esser sanzionata con le procedure usuali, che – trattandosi di norma di legge – passano attraverso la sua impugnazione ed il successivo annullamento da parte della Consulta».

[22] In argomento, cfr., ancora F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., 33, secondo cui in materia si delinea «un rapporto tra fonte competente-fonte incompetente nel quale la fonte incompetente è valida e potenzialmente efficace fino a che non interviene la fonte competente, momento nel quale due fonti sono valide, ma solo una efficace. È la chiave di lettura che ho sostenuto, più in generale, per tutti i numerosi casi di competenza-concorrenza non definiti da una attribuzione esclusiva».

[23] Cfr. D. PORENA, *op. cit.,* 5.

[24] Corte cost., 4 luglio 1989, n. 389, in www.giurcost.org.

[25] Secondo D. PORENA, *op. ult. cit.*, 5 ss, mentre l'abrogazione costituisce uno strumento ordinario di risoluzione delle antinomie, la disapplicazione opera, invece, come strumento eccezionale. In argomento cfr. il contributo di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 299, secondo cui la disapplicazione «designa il *potere di non applicare* ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace»; secondo l'Autore, questa si realizza «nel caso in cui l'ordinamento giuridico limiti

facendola però cessare in senso assoluto, ma determinando la compresenza di due discipline normative tra loro concorrenti[26]. Rispetto agli effetti, inoltre, il meccanismo disapplicativo non determina effetti *erga omnes*. Gli effetti della disapplicazione hanno, infatti, portata limitata *inter partes*, nell'ambito del giudicato, senza peraltro poter "ipotecare" successive e differenti soluzioni giurisprudenziali.

A chiarire questo cruciale aspetto è intervenuta, senza ambiguità, la stessa Corte di Lussemburgo affermando che «l'incompatibilità di una normativa nazionale con disposizioni comunitarie, anche direttamente efficaci, può essere eliminata definitivamente solo mediante disposizioni interne di carattere vincolante aventi la stessa portata giuridica di quelle da modificare»[27]. Su tale aspetto la Corte di Giustizia sembra, quindi, in linea con quanto disposto dall'art. 15 delle preleggi che configurano l'abrogazione esclusivamente quale possibile effetto di un'altra legge.

A prescindere da queste considerazioni, per conclamate esigenze di certezza del diritto, la Corte di Lussemburgo ha, comunque, sostenuto, a più riprese, la sussistenza di un successivo obbligo in capo allo Stato membro di adattare la propria legislazione interna ai principi di diritto U.E. attraverso l'abrogazione delle disposizioni in questione.

Dunque, se, da un lato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia su primazia ed effetto diretto sia ormai consolidata nelle sue linee essenziali e faccia ormai parte dell' *acquis communautaire* [28]; dall'altro lato, questo non ha tuttavia impedito agli Stati di cercare di limitare e condizionare il principio di *primauté*, esplicitando in norme costituzionali *ad hoc* le "condizioni" cui sottoporre il diritto europeo.

A dispetto di una realtà ormai consolidata, diverse Corti costituzionali nazionali, «autodichiaratesi custodi di principi costituzionali irrinunciabili», hanno posto dei limiti, in realtà finora a livello solo ipotetico[29]: la relazione tra primazia del diritto comunitario e "controlimiti" nazionali è, invero, a tutt'oggi uno dei punti

---

le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisca l'annullamento del medesimo e gli renda possibile solo l'*accertamento della non validità* con la conseguente non applicazione alla fattispecie sottoposta al suo esame». Sull'istituto, cfr., inoltre, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Il Mulino, 1998, 170 ss. Merita, infine, di essere ricordato il tentativo di qualificazione in termini di "non applicazione" della *primautè*, effettuata dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza 9 aprile 1991, n. 168, in *Foro it.*, 1992, I, c. 660, con nota di L. DANIELE. In argomento cfr. P. MENGOZZI, *Il giudice nazionale di fronte al diritto comunitario*, in *Contratto e impresa*, 1986, 792 ss., con riferimenti alla posizione assunta da altri Stati membri dell'Unione; ID., *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997; A. CELOTTO, *Dalla «non applicazione» alla «disapplicazione» del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1995, 341 ss.

[26] In tal senso A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in www.federalismi.it, n. 17/2011, 5 ss.

[27] CGCE, 17 novembre 1992, *Commissione c. Irlanda*, causa C-235/91, EU:C:1992:443.

[28] Cfr. B. DE WITTE, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order*, in P. CRAIG, J. DE BURCA (cur.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 196 ss.

[29] Non essendosi mai concretizzata tale fattispecie, di fronte alla quale anche la primazia deve capitolare: in questo senso, cfr., ad es., G.S. KATROUGALOS, *Le problème du rapport entre droit communautaire et Constitution nationales, à la lumière du «dualisme institutionnel» de l'Union européenne*, in *Rev. eur. droit public*, 2000, 1236.

deboli della costruzione euro-unitaria[30], ancorché a livello esclusivamente teorico, perché in tal caso non è chiaro quale comportamento dovrebbe tenere la Corte costituzionale. Non potendo infatti sancire l'illegittimità costituzionale di un atto legislativo europeo, dovrebbe sanzionare l'incostituzionalità della legge di esecuzione dei Trattati comunitari decretando l'uscita del paese dalla costruzione unitaria europea: uno scenario, realisticamente, poco probabile e dai costi politici facilmente immaginabili.

Anche a prescindere dalle resistenze espresse dai tribunali costituzionali, gli operatori giuridici nazionali, operanti in veste di giudici europei in stretto dialogo con la Corte di Giustizia, sono stati chiamati a far valere la primazia e ad attuare il dettato euro-unitario.

A questa stregua, appare naturale chiedersi come si esplica tale primazia e come si garantisce la corretta applicazione del diritto U.E.

3. L'ambito di operatività dell'istituto della disapplicazione. La "primazia" delle disposizioni dei Trattati e la natura auto-applicativa dei regolamenti U.E. (ad eccezione dei regolamenti non dotati di diretta effettività). La peculiare ipotesi delle direttive: l'iniziale natura non auto-applicativa e il successivo riconoscimento di un effetto diretto subordinatamente alla ricorrenza di determinate condizioni quali: la scadenza del termine per il recepimento; l'effetto favorevole all'individuo e la non necessaria emanazione di ulteriori atti applicativi. L'interpretazione adeguatrice nei casi *Pfeiffer* e *Velasco Navarro.*

Prima di analizzare la presa di posizione della Cassazione penale con riferimento ai rapporti tra normativa interna e direttiva Bolkestein, è opportuno indagare previamente l'ambito di operatività della disapplicazione stessa.

La questione concerne essenzialmente l'estensione della nozione di "norma comunitaria avente effetti diretti", solo alle quali è riconosciuto il beneficio della *primauté* rispetto alle norme interne[31].

Si tratta probabilmente dell'ipotesi dalla quale sono scaturiti i più ampi dibattiti ed approfondimenti dottrinali. Il meccanismo disapplicativo nasce, in questo settore, come ultimo approdo del "cammino" euro-unitario percorso dalla Corte costituzionale a partire dalla metà degli anni sessanta. A lungo "pressata" dalla giurisprudenza comunitaria reclamante l'adozione da parte degli Stati membri di efficaci meccanismi di garanzia della *primauté* del diritto comunitario, fu – come si è visto – la stessa Consulta ad autorizzare, *ob torto collo,* il ricorso alla disapplicazione[32].

In particolare la "primazia" è riconosciuta ovviamente alle disposizioni dei Trattati, sia in senso verticale, sia in senso orizzontale[33]. Non desta, inoltre, dubbi la natura auto-applicativa dei regolamenti U.E., per

[30] Cfr. M. CARTABIA, J.J. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 91 ss. e A. VANNUCCI, *op. cit.*, 4.
[31] Corte cost., sent. n. 389/89, cit., su cui A. VANNUCCI, *op. cit.*, spec. 8 ss.
[32] Cfr., sul punto, A. VANNUCCI, *op. cit.*, 24.
[33] Con riferimento all'effetto verticale, basta richiamare la nota sentenza CGCE, 5 febbraio 1963, *Nv Algemene Transport - En Expeditie Onderneming Van Gend En Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1, ove si legge «[…] il disposto

natura dotati di diretta effettività[34]. In merito ai regolamenti che invece necessitano di misure interne di esecuzione, la stessa Corte di Giustizia ha individuato una limitazione negli effetti della disapplicazione in senso orizzontale rilevando che «se, in conseguenza della natura stessa dei regolamenti e della loro funzione nel sistema delle fonti del diritto comunitario, le disposizioni dei detti regolamenti producono, in genere, effetti immediati negli ordinamenti giuridici nazionali, senza che le autorità nazionali debbano adottare misure di attuazione, talune loro disposizioni possono tuttavia richiedere, per la loro applicazione, l'adozione di misure di esecuzione da parte degli stati membri […]» e che «considerato il margine di valutazione di cui dispongono gli stati membri per l'applicazione di tali disposizioni, non si può ritenere che i privati possano far valere diritti sulla base di tali disposizioni in assenza di misure di esecuzione adottate dagli stati membri»[35].

Più articolato il discorso relativo alle direttive. Inizialmente pensate come fonti del diritto destinate a vincolare i singoli Stati membri soltanto riguardo al risultato da raggiungere e non anche rispetto alla forma e ai mezzi (art. 288 TFUE), queste ultime sembravano non dotate di diretta applicabilità e, quindi, di prevalenza sulla normativa interna. La Corte di Giustizia ha, però, nel tempo riconosciuto anche alle direttive un effetto diretto, seppur in determinate circostanze: è necessario infatti che sia scaduto invano il termine di attuazione, che la direttiva, in tutto o in alcune parti, sia precisa e non condizionata dalla necessità di emanazione da parte delle autorità nazionali di ulteriori atti per garantirne l'applicazione e

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 e per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati»; quanto all'effetto orizzontale, v. la sentenza 6 giugno 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, C-281/98, EU:C:2000:296, secondo la quale «la Corte ha così concluso, quanto ad una disposizione del Trattato avente natura imperativa, che il divieto di discriminazione riguarda del pari tutti i contratti che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure i contratti fra privati […] (punto 34). Si deve, quindi, considerare che il divieto della discriminazione in base alla cittadinanza, enunciato dall'art. 48 del Trattato, si applica anche ai privati» (punto 36). Si ricordi, infine, che la Corte di Giustizia, nella sentenza 3 maggio 2005, *Silvio Berlusconi e a.*, cause riunite C-387/2002, C-391/2002 e C-403/2002, EU:C:2005:270, ha affermato che il principio di retroattività favorevole «deve essere considerato come parte integrante di principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario».

[34] Al riguardo, la Corte di Giustizia ha, infatti, affermato che «i regolamenti comunitari, per poter avere la stessa efficacia nei confronti dei cittadini di tutti gli stati membri, entrano a far parte dell'ordinamento giuridico nazionale, il quale deve rendere possibile l'efficacia diretta di cui all'art. 189, di guisa che i singoli possono farli valere senza vedersi opporre delle disposizioni o prassi di carattere nazionale […] le norme di bilancio di uno stato membro non possono quindi ostare all'efficacia immediata di una disposizione comunitaria né, di conseguenza, all'esercizio immediato dei diritti soggettivi che detta disposizione attribuisca ai singoli»: CGCE, 17 maggio 1972, *Orsolina Leonesio Contro Ministero dell'Agricoltura e foreste della Repubblica italiana*, C-93/71, EU:C:1972:39, punti 22 e 24.

[35] CGCE, 17 maggio 1972, C-93/71, cit., punto 26 e 28.

che dalla stessa discenda un effetto giuridico favorevole all'individuo rispetto allo Stato. In presenza di tali condizioni il giudice sarà quindi tenuto a disapplicare la normativa interna contrastante[36].

La Corte di Lussemburgo ha, comunque, mantenuto distinti gli effetti diretti "verticali" da quelli "orizzontali"[37], sottolineando, in più occasioni, che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso[38].

Nel prescrivere che la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, pur restando salva la competenza in capo agli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi, la norma impone a ciascun organo nazionale il perseguimento di quel risultato, nelle forme ad esso pertinente.

Per ciò che concerne l'organo giudiziario rileva, quindi, lo strumento interpretativo. Tanto nel caso *Pfeiffer*[39] quanto nel successivo caso *Velasco Navarro*[40] la Corte di Giustizia ha dato quindi una risposta nel segno dell'interpretazione adeguatrice: un'impostazione che, peraltro, era già stata delineata dalla Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 170 del 1984[41].

---

[36] Si tratta di una giurisprudenza che trae origine dalle sentenze 6 ottobre 1970, *Franz Grad c. Finanzamt Traunsteins*, C- 9/70, EU:C:1970:78 e 17 dicembre 1970, *SACE c. Ministero delle finanze*, C-33/70, in EU:C:1970:118; e viene sviluppata nella successiva sentenza 4 dicembre 1974, *Van Duyn c. Home Office*, C-41/74, EU:C:1974:133. In particolare, secondo questo orientamento, le tre condizioni richieste affinché le direttive U.E. producano effetti diretti in senso verticale, ovvero per l'attribuzione ai singoli di diritti nei confronti dello Stato o nei confronti di organismi o enti soggetti all'autorità o al controllo dello Stato, ma non anche in senso orizzontale sono: 1) chiarezza, precisione e completezza delle norme; 2) assenza di qualsiasi condizione alla loro efficacia; 3) inutile decorso del termine per la recezione a livello nazionale.

[37] Come è noto, il riconoscimento degli effetti diretti di una direttiva è stato concepito dal giudice dell'U.E. come una sanzione nei confronti dello Stato per il suo inadempimento degli obblighi di cooperazione sanciti dal Trattato istitutivo CE e si risolve nell'attribuzione al giudice nazionale del potere di realizzare lo scopo della direttiva in funzione della tutela delle posizioni giuridiche individuali dei privati lesi dal comportamento dello Stato membro; cfr., in argomento, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 171-172 e G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in M.P. CHITI – G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Milano, 2007, 32.

[38] Tra le tante pronunce in tal senso, cfr. CGCE, 19 gennaio 1982, *Ursula Becker Contro Finanzamt Muenster-Innenstadt*, C-8/81, EU:C:1982:7, punti 20 e 21; CGCE, 26 febbraio 1986, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, C-152/84, EU:C:1986:84, punto 48; CGCE, 14 luglio 1994, *Faccini Dori c. Recreb Srl.*, C-91/92, EU:C:1994:292.

[39] Ci si riferisce a CGCE, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Foro it.*, 2005, IV, c. 23 con osservazioni di G. RICCI.

[40] Si tratta della sentenza CGCE., 17 gennaio 2008, causa C-246/06, EU:C:2008:19. Nel medesimo senso già CGUE, 4 luglio 2006, *Konstantinos Adeneler e a. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, C-212/04, in *Foro it.*, 2007, IV, 72, con nota di A.M. PERRINO, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, ove si sottolinea che, dalla data di entrata in vigore della direttiva, i giudici degli Stati membri devono astenersi - per quanto possibile - dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito dalla direttiva medesima.

[41] Si tratta della sentenza Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170 (*Soc. Granital c. Ammin. finanze e a.*), in *Giur. cost.*, 1984, I, 1098.

4. La disciplina di attuazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e la non convincente interpretazione della Cassazione penale in merito all'effetto auto-applicativo della stessa. Gli effetti sfavorevoli al privato conseguenti alla disapplicazione delle norme sulla proroga legale dei termini di durata delle concessioni disposta dall'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009. La deroga al principio di retroattività favorevole di cui all'art. 2, comma 2, c.p. Il conflitto tra norma interna e norma U.E. come possibile questione di legittimità costituzionale: rinvio al successivo § 5.

Le esposte considerazioni in merito all'istituto della disapplicazione e al suo ambito di applicazione oggettivo, inducono a chiedersi se le disposizioni della direttiva Bolkestein (e, in particolare, l'art. 12, cit.) siano *self-executing*, come affermato inequivocabilmente dalla Cassazione penale, nel caso di specie.

Va al riguardo, innanzitutto, precisato che l'Italia ha dato attuazione all'art. 12 della direttiva servizi mediante l'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010[42], in vigore dall'8 maggio 2010, il quale consiste nella pressoché letterale trasposizione dell'art. 12 della direttiva[43].

Se è stato necessario approvare una norma di recepimento, è evidente che i contenuti della direttiva non possono essere considerati auto-applicativi e che l'eventuale contrasto con altra disposizione interna successiva alla prima andrebbe trattato e risolto come un contrasto tra norme interne, in base ai principi di teoria generale[44].

[42] D.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, *Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*, pubblicato in GURI n. 94 del 23 aprile 2010, Suppl. Ord. N. 75.

[43] L'art. 16 del d.lgs. n. 59/2010, rubricato «Selezione tra diversi candidati», prevede quanto segue: «1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi.
2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.
3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio.
4. Nei casi di cui al comma 1 il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, ne' possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo».

[44] Diversamente, secondo una prospettiva propugnata in ambiente europeo, il contrasto tra due norme interne una delle quali però di trasposizione del diritto comunitario, andrebbe risolto tenendo in non cale i criteri tradizionali (successione cronologia, specialità etc.) ma facendo prevalere quest'ultima. Non a caso l'avvocato generale Szpunar nelle conclusioni presentate per la causa *Promoimpresa* ad un certo punto dà ben conto di questo aspetto giungendo ad affermare che «nel caso di specie, i giudici italiani sono tenuti ad interpretare il diritto interno, nella misura del possibile, in modo tale da garantire che l'articolo 16 del decreto legislativo n. 59/2010, che traspone l'articolo 12 della direttiva 2006/123, prevalga sulla normativa speciale relativa alle concessioni demaniali marittime e lacuali». Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Miciej Szpunar, 25 febbraio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:122, spec. punti da 101 a 107.

Si potrebbe cioè sostenere che, nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, gli obblighi per il privato non derivino dalla direttiva, bensì dalla disciplina interna conforme alla direttiva e, successivamente, modificata.

L'aspetto sembra, però, essere stato del tutto trascurato nella sentenza in esame, secondo cui è in forza della vigenza della direttiva che i privati (in questo caso, i concessionari) dovrebbero essere puniti per il mancato rispetto degli obblighi derivanti, appunto, dalla direttiva.

Ma anche a prescindere da questi aspetti formali relativi alla disapplicazione e al rapporto tra diritto U.E. e diritto interno, a non convincere sono soprattutto le conseguenze pregiudizievoli che il privato (in questo caso il concessionario) dovrebbe sopportare in ragione di una violazione del diritto U.E. perpetrata dal legislatore italiano; sanzione da cui, diversamente, il soggetto andrebbe esente sulla base dell'art. 2, comma 2, c.p. (ovvero l'applicazione della norma penale posteriore più favorevole).

Invero, secondo la sentenza annotata, il contrasto tra la direttiva e il d.l. n. 113/2016 (c.d. "salva spiagge") legittimerebbe il giudice interno a disapplicare le norme sulla proroga legale dei termini di durata delle concessioni *ex* art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, conv. in l. n. 25/2010, cit.[45]; proroga che, se applicabile alla concreta fattispecie, esclude la configurabilità del reato di occupazione abusiva di beni del demanio marittimo[46].

In altre parole, "in nome" del principio della preminenza del diritto U.E. su quello interno, il giudice, di fronte ad una norma nazionale la cui emanazione ha eliminato la qualificazione penale del fatto o ne ha comportato una più mite (di cui accerti la contrarietà al diritto U.E.), dovrebbe applicare non già la norma successiva (incompatibile col diritto U.E. ma favorevole al cittadino), bensì quella vigente all'epoca del fatto (pienamente conforme alla legislazione sovranazionale ma sfavorevole al privato), in deroga al principio di retroattività favorevole di cui all'art. 2, comma 2, c.p., cit.

Può il diritto U.E. arrivare a tanto?

Come è noto, il principio di preminenza del diritto U.E., da cui deriva la dottrina dell'effetto diretto[47], nasce per attribuire ai singoli un più ampio riconoscimento dei diritti nell'ambito dell'Unione anche in

[45] Si tratta della disposizione che, contestualmente all'abrogazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37, comma 2, cod. nav., aveva previsto una proroga della durata delle vigenti concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative fino al 2015 (termine poi prorogato al 2020 dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221).

[46] Cfr. Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2014, n. 29763, in *Cass. pen.*, 2015, 289 ss.; in senso conforme, Cass. pen, sez. III, 9 aprile 2013, n. 33170, in www.cortedicassazione.it; Id., 2 maggio 2013, n. 32966, *ivi*; Id., 9 gennaio 2014, n. 7267, *ivi*.

[47] Quello dell'"effetto utile" o "diretto" è un principio generale proprio del diritto U.E., attinente in modo specifico a questo ordinamento, che impone un'interpretazione dell'atto normativo dell'Unione, funzionale al raggiungimento della finalità perseguita. Costituiscono espressione di questo principio, le sentenze Corte di Giustizia U.E., 15 luglio 1963, *Germania c. Commissione*, causa 341/62, in *Racc.*, I-269; Id., 14 ottobre 1999, *Adidas*, causa C-223/98, *ivi*, I-7081; Id., 19 ottobre 2004, *Zhu e Chen*, causa C-200/02, *ivi*, I-9925. Si vedano, inoltre, in dottrina, D. CURTIN, *Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights*, in *Common Market Law Rev.*, 1990,

presenza di un atteggiamento inerte (in caso di mancata trasposizione) o, comunque, non conforme al diritto U.E. (in caso di errata trasposizione) dello Stato nazionale.

Rispetto alle finalità di ampliamento della sfera giuridica dei singoli, perseguite attraverso il principio di preminenza del diritto U.E., l'effetto di riespandere la responsabilità penale del singolo, in deroga al principio di retroattività favorevole, e senza alcuna previsione legislativa in tal senso, si presenta, quantomeno, «eterodosso»[48].

È ben vero che l'attuale disciplina contempla delle espresse eccezioni al principio di retroattività favorevole, il quale, trovando il proprio fondamento nel principio di uguaglianza, ammette che vi siano ragionevoli giustificazioni per cui esso non trovi applicazione: e, sotto questo profilo, la violazione di una norma dell'U.E. potrebbe costituire una ragionevole deroga di carattere oggettivo al principio di retroattività favorevole. Inoltre, la stessa Corte costituzionale ha sempre affermato che il principio di

709 ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. int. diritti dell'uomo*, 1992, 426 ss.; F. EMMERT, M. PEREIRA DE AZEVEDO, *L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?*, in *Rev. trim. Dr. eur.*, 1993, 503 ss.; W. VAN GERVEN, *The Horizontal effect of Directive Provisions Reviseted: The Reality of Ctchwors*, in *Essays Schermers*, II, Dordrecht, 1994, 335 ss.; G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli Stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, 679 ss.; P. CRAIG, *Direct, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *European Law Review*, 1997, 519 ss.; ID., *The legal effect of Directives: Policy, rules and exceptions*, in *European Law Review*, 2009, 349 ss.; D.A.O. EDWARD, *Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, 423 ss.; R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternative, principio di uguaglianza*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, 81 ss.; ID., *On the Distinction Between Vertical and Horizontal Effect of Community Directives: what Role for the Principle of Equality?*, in *European Public Law*, 1999, 417 ss.; B. DE WITTE, *Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law*, in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds.), *General Principles of EC Law*, The Hague-Dordrecht-Boston, 2000, 143 ss.; S. PRECHAL, *Does Direct Effect Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, 2000, 1047 ss.; ID., *Directives in EC Law*, II ed., Oxford, 2005; R. ADAM, *Le fonti comunitarie*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, I, 42 ss.; E.J. LOHSE, *Fundamental Freedoms and Private Actors – Towards an "Indirect Horizontal Effect"*, in *European Public Law*, 2007, 159 ss.; P. CRAIG, *The legal effect of Directives: Policy, rules and exceptions*, in *European Law Review*, 2009, 349 ss.; E. DUBOUT, *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux*, in *Rév. trim. dr. eur.*, 2010, 277.

[48] In generale, sul rapporto tra diritto penale e diritto U.E. cfr.: R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; K. TIEDMANN, *Diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. Economia*, 1993, 209 ss.; C. BERNASCONI, *L'influenza del diritto comunitario sulle tecniche di costruzione della fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1996, 451 ss.; F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario* (voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, 89; A. BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, 995 ss.; ID., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentale*, in *Ambiente*, 1998, 758 e 837; ID., *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 333 ss.; S. RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia («influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 trattato Ce, questioni di costituzionalità)*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997, 1135 ss.; E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale,* vol. I, Milano, 1999, 61 ss.; F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, spec. 238-254: M. PARODI GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. Economia*, 1999, 105 ss.; G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *Dir. Un. europea*, 2000, 349 ss.; N. MAZZACUVA, *A proposito di "interpretazione creativa" tra diritto penale, principi costituzionali e direttive comunitarie*, 2004, in www.giurcost.org. Con specifico riferimento al caso del falso in bilancio, cfr. G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nell'attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, 60 ss. e A. BERNARDI, *Falso in bilancio e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 367 ss.

retroattività della legge penale più favorevole, a differenza di quello di irretroattività della norma penale incriminatrice, non ha acquisito rilevanza costituzionale[49].

Ed è, altresì, noto che la preminenza del diritto U.E. sul diritto interno, soprattutto dopo la riforma dell'art. 117 Cost., trova sicuro fondamento in Costituzione[50].

Nondimeno, ammettere la disapplicabilità della proroga delle concessioni balneari al 2020 a vantaggio della direttiva 2006/123/CE equivarrebbe ad affermare la preminenza del diritto U.E. sul principio di retroattività favorevole.

Aggiungasi che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 183 del 1973[51], enunciando la c.d. teoria dei "controlimiti", ha affermato che le limitazioni alla sovranità statale, previste dall'art. 11 Cost., «non possono comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti della persona umana».

Tale teoria, nel caso in esame, non sembra venire in rilievo o, più correttamente, l'eccezione al principio di retroattività favorevole come effetto derivante dalla partecipazione eurounitaria – ove tale effetto sia ammesso dall'ordinamento di origine – non sembra configurare una lesione di un principio fondamentale del nostro ordinamento[52].

Piuttosto, la questione della disapplicabilità del suddetto regime delle proroghe nei giudizi relativi a fatti pregressi sembra porsi come questione di diritto U.E., che – in quanto tale - attiene agli effetti che si

---

[49] Cfr. Corte cost., 6 marzo 1995, n. 80, in www.giurcost.org; diversamente, il principio di irretroattività della legge penale incriminatrice è stato definito «fondamentale principio di civiltà giuridica» o «superiore principio di civiltà» dalla Corte costituzionale nelle famose sentenze 3 giugno 1983, n. 148, in *Giur. cost.*, 1983, I, 846 e 22 febbraio 1985, n. 51, *ivi*, 1986, I, 1635. Su tale orientamento della giurisprudenza costituzionale, v. F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., 295.

[50] In tal senso, A. BORZI, *Interpretazione autentica, disapplicazione, e giudizio di costituzionalità in una vicenda di contrasto tra diritto interno e ordinamento comunitario. A proposito della sentenza della Corte di Giustizia, 11 novembre 2004, causa C-457/02,* Niselli, in www.federalismi.it , n. 12/2005, 20, il quale ritiene che, ragionando in questi termini, non si ponga un problema di controlimiti alle limitazioni di sovranità stabilite dalla nostra Carta costituzionale. A conclusioni diverse giunge L. MEZZETTI, *Il falso in bilancio fra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana (passando attraverso i principi supremi dell'ordinamento costituzionale…)*, disponibile sul sito internet www.giurcost.org, il quale osserva: «il principio della applicazione retroattiva della legge penale più favorevole, corollario del principio della riserva di legge in materia penale proclamato dall'art. 25, comma 2, Cost. (principio oggi contemplato anche dalla Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea – art. 49 – e confluito nell'art. II-109 del Trattato costituzionale europeo firmato a Roma il 29 ottobre 2004), deve ritenersi perpetrato all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano, al di là e oltre la sua esplicita previsione da parte dell'art. 2, comma 2, c.p. e qualora non se ne ritenesse sufficiente la enunciazione ad opera di una norma di legge ordinaria (secondo quanto ritenuto dall'avvocato generale Kokott), attraverso l'*art. 7 della Convenzione di Roma per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950*, resa esecutiva in Italia con legge n. 848/1955, nonché attraverso l'*art. 15 del patto internazionale sui diritti civili e politici di New York del 1966*, reso esecutivo in Italia con legge n. 881/1977) e, in forza della copertura costituzionale offerta dagli artt. 10 e 11 Cost. alle norme internazionali in precedenza citate, tale da rivestire un rango ed un ruolo pienamente assimilabile rispetto ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato, in particolare per quanto concerne i diritti inviolabili dell'uomo» (corsivi nel testo).

[51] Corte cost., 21 dicembre 1973, n. 183, in www.cortedicassazione.it.

[52] Così A. BORZI, *op. cit.*, 20.

intendono riconoscere ad una direttiva, nel senso, cioè, della capacità o meno di comportare la riespansione della responsabilità penale di un individuo, mediante una deroga al principio di retroattività favorevole, a fronte di una violazione del diritto U.E. perpetrata dallo Stato[53].

L'effetto che deriverebbe dalla scelta del giudice di disapplicare la disciplina transitoria di cui al d.l. n. 194/2009 e al successivo d.l. n. 113/2016 – ma lo stesso problema si pone anche per la legge di bilancio del 2017 che ha confermato la proroga delle concessioni al 2020[54]– non è molto diverso da quello che si avrebbe nel caso di legge successivamente dichiarata incostituzionale.

Ed è nel senso di una questione di costituzionalità che, probabilmente, occorrerebbe orientarsi per risolvere il conflitto tra norma interna e norma eurounitaria[55], come meglio si dirà *infra*[56].

5. Gli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia: la vincolatività per il giudice *a quo* e la limitata efficacia "esterna". L'applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE anche alle concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale con finalità turistico-ricreative. Parziali aperture in favore dell'autonomia dei singoli Stati membri: la "scarsità" della risorsa e l'interesse transfrontaliero certo quali presupposti per l'applicazione di tale disposizione. Il regime transitorio a garanzia dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e la piena condivisione degli orientamenti del giudice dell'U.E. nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Quanto vale per le direttive *self executing* può essere argomentato anche per le sentenze interpretative del giudice U.E. Com'è noto, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, non spetta alla Corte di Giustizia pronunciarsi sul diritto nazionale e sulla sua compatibilità con il diritto dell'Unione. Le pronunce rese dalla Corte di Giustizia in via pregiudiziale vertono, infatti, sulle disposizioni del diritto dell'Unione europea oggetto del quesito, delle quali mirano ad assicurare la corretta interpretazione in modo uniforme

[53] Altra e diversa prospettiva, a cui si può solo accennare, concerne il fenomeno disapplicativo dal punto di vista del diritto interno: ci si potrebbe chiedere, a questo riguardo, se una disapplicazione *in malam partem* sia ammissibile per i giudici italiani in forza del principio di riserva di legge ovvero non configuri, al contrario, un'indebita intromissione nelle scelte di politica criminale del legislatore. La questione è complessa e, in gran parte, rimessa ai margini di intervento interpretativo che la nozione di rifiuto lascia ai giudici nazionali, come rilevato da A. BORZI, *op. cit.*, 21. Per considerazioni analoghe, in merito alla questione del falso in bilancio, v. N. MAZZACUVA, *op. cit.*, spec. § 1. In relazione allo stesso caso, si veda, in giurisprudenza, Tribunale di Milano, sez. II penale, ord. 5 novembre 2002, che rigetta le richieste di rinvio alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia, affermando che «se l'obbligo di ottemperanza alla disciplina comunitaria sovraordinata investe certamente tutto intero lo Stato nelle sue diverse articolazioni ciò non pare affatto di poter di per sé comportare, allo stato attuale della legislazione, una modifica delle ripartizioni interne di competenza dei diversi organi costituzionali né tanto meno può legittimare forme anomale di supplenza».

[54] Più precisamente, si tratta dell'art. 1, comma 1180, della l. 27 dicembre 2017, n. 205.

[55] Alle medesime conclusioni giunge A. BORZI, *op. cit.*, 20, secondo il quale «Non si avrebbe disapplicazione, ma dovrebbero ugualmente aprirsi le porte di un giudizio costituzionale, qualora il giudice ritenesse di non poter disapplicare, non già per "ragioni di diritto comunitario", ma per il dubbio che quanto stabilito dalla Corte di giustizia vada a limitare i principi fondamentali del nostro ordinamento e, segnatamente, il principio di retroattività della norma penale favorevole».

[56] V., *infra*, § 5.

in tutti gli Stati membri[57]. Di contro, spetta esclusivamente al giudice nazionale del rinvio pronunciarsi in merito all'interpretazione del diritto nazionale ai fini della decisione sul caso *a quo*[58] .

Si può ricordare, inoltre, che, secondo una costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, una sentenza emessa da quest'ultima a titolo pregiudiziale vincola innanzitutto il giudice nazionale *a quo*, quanto all'interpretazione degli atti delle istituzioni dell'Unione di cui trattasi, ai fini della soluzione della lite nel procedimento principale[59]. Le sentenze pregiudiziali producono altresì una "efficacia esterna" nei confronti degli altri giudici dei Paesi membri dell'UE, i quali sono esonerati dall'obbligo di rinvio per la soluzione di questioni "sostanzialmente identiche" rispetto a quelle già risolte dalla Corte di Giustizia in via pregiudiziale[60]. Anche in tale ipotesi, tuttavia, i giudici nazionali conservano la facoltà di adire la Corte di Giustizia in via pregiudiziale[61].

Rapportando tali argomentazioni al caso di specie, risulta, dunque, contestabile anche quella parte della sentenza annotata che afferma la portata autoapplicativa della stessa pronuncia *Promoimpresa e Melis,* già più sopra citata[62].

---

[57] Con riguardo alla applicabilità negli ordinamenti giuridici interni delle statuizioni contenute nelle sentenze della Corte di Giustizia, si rammenta che «poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato [ora 234 TCE] spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" - vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio - non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate»: così la sentenza Corte cost., n. 389 del 1989, cit.. Nel medesimo senso cfr. anche Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, in *Foro amm.*, 1992, 1837; Id., 13 luglio 2007, n. 284, in *Giur. cost.*, 2008, 457, con nota di V. CAPUANO, *Sulla composizione dei contrasti tra la normativa italiana in materia di gioco e scommesse e il diritto comunitario: quale ruolo per la Consulta?*

[58] Cfr., in tal senso, CGUE, 18 aprile 2013, *L v. M*, causa C-463/11, EU:C:2013:247, punto 29. Si veda, inoltre, CGUE, 26 gennaio 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, causa C-118/08, EU:C:2010:39, punto 23, ove la Corte ha chiarito che «se è vero che non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione, essa ha reiteratamente dichiarato di essere competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti a tale diritto che gli consentano di pronunciarsi sulla detta compatibilità per la definizione della causa della quale è adito».

[59] CGUE, 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler e a. contro Deutscher Bundestag*, C-62/14, EU:C:2015:400, punto 16.

[60] Sull'argomento, cfr. P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali*, in *Foro it.* 1986, V, 41; M.T. CARINCI**,** *Spunti sul dilemma del giudice fra norme interne e norme comunitarie. (A proposito del divieto di lavoro notturno per le donne)*, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, 557 ss.; R. FOGLIA, *Il ruolo della Corte di giustizia e il rapporto tra giudice comunitario e i giudici nazionali nel quadro dell'art. 177 del Trattato (con particolare riferimento alle politiche sociali)*, in *Dir. lav.* 1999, 141; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, I, 1193 ss.; M. RUVOLO**,** *Il giudice nazionale a confronto con la nozione di interpretazione conforme e con la sua «particolare» applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Nuove autonomie*, 2006, 239 ss.

[61] Così CGUE, 6 ottobre 1982, *Cilfit*, 283/81, EU:C:1982:335, punti 15 e 21.

[62] Su cui v. la nota 4.

Tale pronuncia, come è noto, riveste un'importanza cruciale nel dibattito sul tema in quanto ha fornito degli utili chiarimenti al legislatore italiano – e non solo[63] – proprio in merito alla portata applicativa dell'art. 12 della direttiva Bolkestein: il che, peraltro, conferma il convincimento che non si tratti di direttiva *self executing*, come emerge espressamente da alcuni passaggi della stessa sentenza del giudice dell'Unione, che vale la pena richiamare in questa sede.

In particolare, con la sentenza 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, la Corte di Giustizia – rispondendo ai quesiti sollevati, in via pregiudiziale, dal Tar Milano e dal Tar Sardegna rispettivamente, con le ordinanze n. 2401/2014[64] e n. 224/2015[65], ha affermato inequivocabilmente il principio secondo cui le concessioni demaniali marittime non possono essere automaticamente rinnovate in quanto una siffatta procedura sarebbe in contrasto con i principi di libertà di stabilimento, non discriminazione e tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 del TFUE[66].

Traendo conferma dall'art. 49 TFUE, la Corte ha, poi, precisato che, ove tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo, una proroga automatica disposta in favore di un'impresa, con sede in un certo Stato membro, costituisce una disparità di trattamento nei confronti delle altre imprese collocate in altri Stati ed interessate al settore[67].

Sulla base di queste premesse, il giudice dell'Unione ha, quindi, rivolto la sua particolare attenzione sulle condizioni di applicazione del suddetto art. 12 della "direttiva servizi" nel caso concreto. Ed è sotto tale profilo che la Corte di Giustizia sembra consentire delle aperture, in favore dell'autonomia dei singoli Stati membri in un settore che costituisce oggetto di un'armonizzazione a livello euro-unitario[68]. Ci si

---

[63] Come si è rilevato in C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *op. cit.*, 57 ss., nessuno degli Stati membri ha finora offerto soluzioni pienamente soddisfacenti in merito alla specifica procedura da adottare per l'assegnazione delle concessioni di spiaggia, ad eccezione del sistema di gestione "francese", spesso citato come modello di tutela oculata da parte dello Stato di questi delicati ambienti naturali. La sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, C-458/14 e C-67/157, cit., sembra, dunque, imporre - non soltanto per l'Italia - una revisione della disciplina vigente, non più procrastinabile.

[64] Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 24 settembre 2014, n. 2401, in www.giustizia-amministrativa.it.

[65] Tar Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 22493, in www.giustizia-amministrativa.it.

[66] In tal senso la Corte ha affermato il principio secondo cui: «L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta 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».

[67] Questo il principio di diritto enunciato al riguardo dalla Corte di Giustizia: «L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo».

[68] Non è certo questa la sede opportuna per una esauriente ricostruzione dell'origine, della *ratio* e delle finalità di questo importante principio giurisprudenziale. Tuttavia, trattandosi dell'argomento principale sul quale la Corte di Giustizia ha fondato tutto il suo ragionamento sull'effettiva portata dell'art. 12 della "direttiva servizi", interessa qui richiamare l'attenzione sulla interpretazione e corretta applicazione del principio stesso, come risulta dalla

riferisce, innanzitutto, all'affermazione secondo cui spetta, comunque, al giudice nazionale (e, dunque, *in primis*, all'ordinamento interno), stabilire se l'art. 12 della direttiva n. 123/2006, cit., sia applicabile al caso concreto[69]. Con riferimento alla fattispecie in esame, la Corte di Giustizia ha stabilito, in particolare, che, ai fini dell'applicabilità del suddetto art. 12, il giudice nazionale deve innanzitutto valutare se le attività economiche svolte sulle aree demaniali in questione possono essere oggetto solo di un numero limitato

consolidata giurisprudenza U.E. In primo luogo, pur non avendo sempre manifestato un giudizio univoco, dalla stessa giurisprudenza si ricava che, di regola, il diritto primario svolge un ruolo secondario, allorché la Corte di Giustizia è chiamata a controllare la conformità di una normativa nazionale alle disposizioni di una direttiva di armonizzazione. Si vedano, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale L.A. Geeholed, del 4 luglio 2002, *C.E. c. Austria*, C-221/00, EU:C:2003:44, punti 44 e 45, il quale, esaminando lo stato della giurisprudenza in materia, ha constatato che, in talune occasioni, la giurisprudenza relativa al rapporto tra una determinata direttiva di armonizzazione ed i corrispondenti articoli del Trattato mancava di coerenza. Lo stesso A.G. Geeholed ha, quindi, concluso affermando che, quando è stata adottata una normativa europea armonizzata per una determinata materia, è preferibile esaminare le disposizioni nazionali rilevanti che rientrano nel campo di applicazione della direttiva stessa alla luce di questa normativa derivata e non del diritto europeo primario. Questo ragionamento va poi completato con l'opinione espressa sullo stesso argomento dall'A.G. P. Cruz Villalón, nelle conclusioni del 10 marzo 2015, *Presidenza del Consiglio dei Ministri e a. contro Rina Services SpA e a.*, C-593/13, EU:C:2015:399, in specie, laddove afferma che per valutare la normativa nazionale controversa è sufficiente interpretare le disposizioni della direttiva di riferimento (v. in particolare, la nota 7 e la copiosa giurisprudenza *ivi* citata). Entrambe le opinioni, simili nella sostanza, hanno considerato il caso di una normativa nazionale che disciplina un determinato settore economico sottoposto ad una direttiva di armonizzazione. Va, inoltre, sottolineato un aspetto particolare rilevabile nelle sentenze citate dall'A.G. M. Szpunar, sia direttamente nelle sue conclusioni relative al caso in esame (EU:C:2016:122), sia con un richiamo indiretto alle numerose sentenze menzionate nelle suddette conclusioni dell'A.G. Cruz Villalón nella causa *Rina Services e a.*: in nessuna di queste pronunce la Corte ha affermato che il principio in questione autorizza un'interpretazione di una direttiva di armonizzazione contraria alle norme e ai principi del Trattato; il che induce a concludere che gli obblighi derivanti dalle direttive di armonizzazione devono, comunque, essere interpretati in armonia con le esigenze derivanti dalle disposizioni del Trattato. È quanto emerge anche dalle statuizioni della pronuncia in esame, secondo cui il ricorso al diritto primario (TFUE) ed alla successiva interpretazione, si pone come eventuale, ovvero solo nel caso in cui la disciplina della direttiva 2006/123/CE non sia applicabile alla fattispecie concreta. La stessa Corte, sempre con riferimento al suddetto principio giurisprudenziale, ha, peraltro, indirettamente, affermato che l'art. 12 della direttiva n. 123, cit., non è applicabile quando si tratta di concessioni ubicate su aree demaniali libere e disponibili: circostanza che, come detto, spetta ai giudici nazionali stabilire. Diversamente, alcune sentenze del giudice dell'Unione precisano che, se è vero che qualsiasi misura nazionale in un settore che costituisce oggetto di un'armonizzazione esauriente a livello euro-unitario deve essere valutata in rapporto alle disposizioni di tale misura di armonizzazione e non di quelle di diritto primario, tuttavia, tale valutazione deve essere esercitata nel rispetto del Trattato: v., ad es., le sentenze CGUE, 9 giugno 1992, *Delhaize et Le Lion*, C-47/90, punto 26, in *Racc.*, I, 3669; Id., 2 febbraio 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV*, C-315/92, EU:C:1994:34, punti 11, 12 e 13; Id., 21 gennaio 2003, *C.E. c. Austria*, C-221/00, EU:C:2003:44, punto 48 e Id., 11 dicembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. DocMorris NV e Jacques Waterval*, C-322/01, EU:C:2003:664, punti 64 e 65. Per maggiori approfondimenti al riguardo, sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, cit., 322-324.

[69] V., in particolare, il punto 49 della sentenza *Promoimpresa e Melis*, ove si legge: «Nell'ipotesi in cui le concessioni di cui ai procedimenti principali rientrassero nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della direttiva 2006/123 – circostanza che spetta al giudice del rinvio determinare, come risulta dal punto 43 della presente sentenza – occorre rilevare che, secondo il paragrafo 1 di tale disposizione, il rilascio di autorizzazioni, qualora il loro numero sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali, deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un'adeguata pubblicità».

di autorizzazioni in ragione della scarsità delle risorse naturali sulle quali tali attività sono esercitate[70]: il fatto che le attività di servizi possono essere autorizzate in un numero ridotto a causa della limitata disponibilità degli arenili costituisce cioè il presupposto necessario per applicare questa disposizione[71]. Al riguardo, la Corte ha anche precisato che, al fine di pervenire ad un convincimento in tal senso, lo stesso giudice nazionale deve considerare se le autorizzazioni sono rilasciate a livello nazionale o locale, accertando sul luogo il livello di disponibilità delle aree interessate da tali attività[72].

La stessa Corte, sempre con riferimento al suddetto principio giurisprudenziale, ha, peraltro, indirettamente, affermato che l'art. 12 della direttiva n. 123, cit., non è applicabile quando si tratta di concessioni ubicate su aree demaniali libere e disponibili: circostanza che, come detto, spetta ai giudici nazionali stabilire[73]. La medesima sentenza fornisce poi, ulteriori chiarimenti in merito alla portata applicativa dei principi formulati, riconoscendo che una disparità di trattamento tra i singoli operatori economici «può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto»; principio sommo che, nel caso di specie, va contemperato con quello di affidamento del privato contraente/ concessionario dell'amministrazione. Non a caso il giudice dell'Unione, a maggiore definizione dei «motivi imperativi», ovvero delle situazioni che potrebbero giustificare una proroga delle concessioni e, quindi, una deroga alle regole della concorrenza (come ad es., la necessità di ammortizzare gli investimenti effettuati), precisa che: «il principio della certezza del diritto, nel caso di una concessione attribuita nel 1984, quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico»: principio ribadito anche con riguardo all'ipotesi specifica in cui si ritenga applicabile la direttiva Bolkestein[74].

Questi fondamentali passaggi sono richiamati – sia pure per sommi capi – dalla sentenza della Cassazione penale qui annotata, che, da un lato, sembra propendere per la non immediata applicabilità della direttiva Bolkestein; dall'altro, disapplica la norma sulla proroga senza operare nessuna valutazione, caso per caso, sull'applicabilità dell'art. 12 della direttiva Bolkestein, in contrasto con quanto sostenuto nella prima parte

[70] V. i punti 43 e 49 della sentenza citata.
[71] Nello stesso senso G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, cit., spec. § 2.
[72] V. il punto 43.
[73] Si vedano i punti 62 e 64 della sentenza in esame.
[74] Cfr., in tal senso, le già citate sentenze CGUE, 17 luglio 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, C-347/06, EU:C:2008:416, punti 70 e 71, nonché Id., 14 novembre 2013, *Belgacom NV contro Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) e a.*, C-221/12, EU:C:2013:736, punto 40.

della stessa sentenza e, peraltro, richiamandosi ad un precedente della Corte costituzionale (sent. n. 227/2010)[75], che appare del tutto inconferente.

Il riferimento appare anche improprio giacché la stessa sentenza della Corte costituzionale appena citata si riferisce non all'applicazione di una direttiva ma ad una decisione del Consiglio U.E. in tema di mandato di arresto europeo, giungendo a conclusioni opposte a quelle della sentenza della Cassazione penale qui annotata, seppure conformi al consolidato orientamento della Corte costituzionale più sopra citato[76].

Infatti, il giudice delle leggi, in tale occasione, pur premettendo che il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto U.E. trova sicuro fondamento nell'art. 11 Cost., sulla base del quale si è riconosciuto il potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme euro-unitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa, ha, tuttavia anche chiarito che l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento U.E., trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona. Sia pure con riferimento alla diversa fattispecie del mandato di arresto europeo, il giudice delle leggi ha, quindi, concluso che il contrasto tra la normativa di recepimento e la norma europea, insanabile in via interpretativa, non poteva trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune, trattandosi di norma dell'Unione europea priva di efficacia diretta, ma doveva essere sottoposto alla verifica di costituzionalità, la quale si estende anche alla verifica di legittimità rispetto alle conferenti norme del Trattato CE, ora trattato FUE, che integrano a loro volta i parametri costituzionali - art. 11 e 117, comma 1, Cost. - che a quelle norme fanno rinvio.

Tali conclusioni – corrispondenti ad un consolidato orientamento della Corte costituzionale[77] - appaiono pienamente condivisibili nonché in linea con quanto più sopra sostenuto in merito all'istituto della disapplicazione, in generale, e con particolare riferimento alle direttive U.E.

---

[75] Ci si riferisce alla sentenza Corte Costituzionale, 24 giugno 2010, n. 227, in *Giur. cost.*, 2010, 2598, con note di R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione* e di B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lett. r, l. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato.*

[76] Su cui v., *supra*, § 2.

[77] La Corte ha più volte affermato che «l'impossibilità di non applicare la legge interna in contrasto con una direttiva comunitaria non munita di efficacia diretta non significa [...] che la prima sia immune dal controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta [alla] Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost.»: cfr., *ex multis*, Corte cost., 7 marzo 1964 n. 14; Id., 27 dicembre 1965 n. 98; Id., 27 dicembre 1973, n. 183; Id., 30 ottobre 1975, n. 232, tutte reperibili in www.giurcost.it; Id., 8 giugno 1984, n. 170, cit.; Id., 4 luglio 1989, n. 389, cit.; Id., 18 aprile 1991, n. 168, in *Foro amm.* 1992, 1837; Id., 24 aprile 1996, n.126, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1250 ss., con nota di A. MARZANATI, *Diritto comunitario e rapporti Stato-Regioni: la Corte chiarisce le regole-chiave, ma lascia aperti alcuni interrogativi*. Sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, cfr., altresì, Corte cost, n. 284/2007, cit.; Id., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 197; Id., 24 ottobre 2007, n. 349,*ivi*, 2008, 229. Circa la

6. Ambito e limiti di applicazione della proroga *ex* d.l. n. 194/2009. Le "oscillazioni" della giurisprudenza amministrativa e l'approccio "pragmatico" della Corte costituzionale. Compatibilità della disciplina transitoria con il principio di certezza dei rapporti giuridici enunciato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa e Melis.*

Qualche considerazione merita, infine, quella parte della sentenza che opera un disconoscimento della proroga legale *ex* d.l. n. 194/2009 e ss. mm. ii., che, essendo applicabile solo alle concessioni rilasciate prima dell'entrata in vigore del suddetto decreto, necessiterebbe – secondo la sentenza in esame – di un provvedimento espresso da parte della p.A.

Non sorprende certo che di fronte alle reiterate proroghe introdotte dal legislatore italiano (dapprima con il d.l. n. 194/2009, poi con la l. n. 25/2010 ed, infine, con la l. n. 221/2012), non coperte dalla chiusura della procedura d'infrazione[78], nell'ambiente giurisprudenziale italiano si sia creato un diffuso sentimento

possibilità (o l'obbligo) della Corte costituzionale di adire in via pregiudiziale la Corte di Giustizia cfr. Corte cost., 15 aprile 2008, n. 102, in *Riv. dir. trib.*, 2009, II, 281, con nota di R. SUCCIO, *La fiscalità "sarda" si misura con l'ordinamento costituzionale e comunitario: l'esito del primo round e alcune considerazioni comparatistiche*. In senso analogo cfr. anche le sentenze Corte cost., 15 aprile 2008, n. 103, in *Riv. dir. internaz.* 2008, 3, II, 867; Id., 20 maggio 2008, n. 164, in *Giur. cost.*, 2008, 1973; Id., 17 dicembre 2008, n. 415, *ivi*, 2008, 4790 e 439 del 2008; Id., 28 gennaio 2010, n. 28, in *Giur. cost.*, 2010, 358, con nota di A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, che si sofferma anche sull'uso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) da parte della Corte costituzionale. In tale ultimo senso cfr., altresì, Corte cost., 30 maggio 2008, n. 182, in *Giur. cost.*, 2008, 2141; Id., 18 giugno 2008, n. 215, in *Riv. pen.*, 2008, 873; Id., 4 luglio 2008, n. 251, in *Giur. cost.*, 2008, 2931.

[78] Per completezza, sembra qui utile ricostruire, almeno nelle sue linee essenziali, la vicenda delle proroghe. In seguito all'avvio, nel 2008, della procedura di infrazione da parte della Commissione U.E., venne inizialmente introdotta una soluzione "tampone", prevedendo, con l'art. 1, comma 18, d.l. 20 dicembre 2009, n. 194, la soppressione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 comma 2, cod. nav., ma al contempo stabilendo una proroga delle concessioni, in essere alla data di entrata in vigore del medesimo decreto ed in scadenza entro il 31 dicembre 2012, inizialmente fino a quest'ultima data. Riuscito faticosamente a "spuntare" dalla Commissione europea il beneficio di prolungare detto periodo di proroga di altri tre anni, il legislatore, in sede di conversione del decreto, con la legge 26 febbraio 2010, n. 25, non solo adeguò il termine di proroga al 31 dicembre 2015, ma ne approfittò per inserire alla fine del comma 18 un inciso che faceva salvezza delle disposizioni di cui all'art. 3, comma 4-*bis*, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400/1993 conv. in l. 4 dicembre 1993, n. 494. E poiché quest'ultimo comma, nel prevedere che le concessioni potessero avere una durata superiore ai sei anni ma non ai venti, faceva in esordio salvezza proprio della disposizione dell'art. 1, comma 2, del medesimo d.l. n. 400/1993 come già novellato dalla legge n. 88/2001, era evidente che l'effetto ultimo sarebbe stato quello di mantenere in vita la disposizione che prevedeva il rinnovo automatico. Ne seguiva un lettera di messa in mora complementare del 5 maggio 2010, (n. 2010/2734), nella quale la Commissione significava che detta modifica, contemplando il rinnovo automatico, avrebbe privato di ogni effetto utile il testo del decreto-legge inizialmente ispirato ad eliminare la preferenza del concessionario uscente. Il legislatore italiano affrontò quindi il problema con l'art. 11 della legge 15 dicembre 2011, n. 217 (c.d. legge comunitaria 2010), che, al comma 1, lett. *a*), dispose l'abrogazione dell'art. 1, comma 2, d.l. n. 400/1993, delegando poi il Governo, con la disposizione del successivo comma 2, ad adottare entro quindici mesi un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. La procedura di infrazione, in conseguenza di questo intervento, si chiudeva il 27 febbraio 2012. Sennonché pochi mesi dopo, e segnatamente con l'art. 34-*duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, introdotto in sede di conversione con la legge n. 221/2012, il nostro legislatore, forse pensando di essere ormai fuori dai riflettori delle istituzioni comunitarie, decise di protrarre la proroga sino al 31 dicembre 2020 novellando in questo senso l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009. Cfr., su tali aspetti, S. SQUAZZONI, *op. cit.*, 166-168.

di disappunto, che ha portato all'idea di far ridiscutere il tutto avanti al giudice competente a sindacare la compatibilità comunitaria delle norme interne, come poi è avvenuto con la sentenza *Promoimpresa*.

Altrettanto comprensibili appaiono le perplessità emerse con riguardo all'art. 24, comma 3-*septies*, del d.l. n. 113/2016 (inserito in sede di conversione del decreto cit. in l. 7 agosto 2016, n. 160)[79], ove si è stabilito che «nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio, n. 25». Una strada che, a prima, vista potrebbe sembrare censurabile perché, ad onta dell'obbligo di conformazione al diritto europeo, sembrerebbe perpetuare gli effetti di una disposizione già dichiarata anticomunitaria[80].

Non si può, tuttavia, dimenticare che l'obiettivo "politico" avuto di mira dalla disciplina transitoria è quello di preservare quanto più possibile i rapporti in essere, al fine di consentire un adeguamento del nostro ordinamento alle nuove procedure di selezione europee applicabili al comparto balneare.

Un obiettivo che, sul piano giuridico, corrisponde, peraltro, al fondamentale principio di certezza dei rapporti giuridici e che appare, del resto, in linea con quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella più volte citata sentenza *Promoimpresa e Melis*[81].

Questo obiettivo non è, del resto, sfuggito alla Corte costituzionale che, in diverse occasioni, ha affrontato il tema delle proroghe legali.

In proposito, va, infatti, ricordato, che la Corte costituzionale, ogni qual volta ne ha avuto l'occasione, ha sistematicamente dichiarato l'illegittimità di leggi regionali che disponevano regimi di proroga o di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime. E lo ha fatto, nella sostanza, per contrasto con il diritto U.E. e proprio rammentando i rilievi formulati nella procedura di infrazione subita dall'Italia

[79] Recante «Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio».

[80] Cfr., in argomento, S. SQUAZZONI, *op. cit.*, 180.

[81] V. il punto 72 della sentenza citata, ove si legge: «Al fine di declinare caso per caso la tutela esperibile per ragioni di certezza del diritto, la Corte dà rilievo alla data di attribuzione delle singole concessioni. Per concessioni attribuite nel 1984 «quando non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza, [il principio della certezza del diritto] esige che la risoluzione di siffatta concessione sia corredata di un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico». Per contro, per concessioni - quali quelle oggetto di controversia - attribuite negli anni Duemila «quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, […] il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE»: *ibid.*, punto 73.

nel 2008. Allo stesso tempo, però, nella sentenza n. 213/2011[82], la Corte, con dubbia coerenza[83], sembrerebbe aver implicitamente "salvato" la disciplina statale o, più precisamente, l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009, nella parte in cui prevedeva la proroga *ex lege* sino al 31 dicembre 2015[84], e lo ha fatto – ovviamente – insistendo sulla natura transitoria di quella norma.

Lo stesso Consiglio di Stato ha poi enfatizzato la circostanza che la Corte costituzionale avesse utilizzato la norma statale sulla proroga come fosse una sorta di fonte interposta, suggellandone quindi implicitamente la costituzionalità, per escludere che vi fosse contrasto tra l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e gli artt. 49 e 106 TFUE[85].

Non meno interessante è l'approccio del giudice amministrativo sul tema delle proroghe legali delle concessioni, con particolare riguardo alla novella apportata dalla legge n. 88/2001, che configurando un rinnovo automatico di sei anni in sei anni pareva voler dar corpo a ben altro che ad un semplice diritto di preferenza. Ci si limita a ricordare che un certo orientamento del Consiglio di Stato – cui mostra di aderire la sentenza annotata – ha ridotto di molto l'area di incidenza di questa norma, sostenendo che essa poteva essere applicata solo per le concessioni rilasciate *ex novo*, successivamente all'entrata in vigore della medesima legge[86]. Non va, però, dimenticato che a fronte di taluni precedenti placidamente adagiati sulla lettera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 400/1993, cit., come già novellato dalla legge n. 88/2001, cit.[87], in altre pronunce si è arrivati esplicitamente a dire che anche le disposizioni sulla proroga legale della durata delle concessioni dovrebbe, invece, essere filtrata dal principio concorrenziale escludendosi così quella sottrazione del rinnovo al confronto competitivo che il precetto farebbe supporre[88].

Inoltre, sebbene un certo orientamento della magistratura amministrativa, anche di primo grado, sia incline a disapplicare la norma interna che prevede la proroga automatica[89], il contrasto tra questa ed il

---

[82] Si tratta, più precisamente, di Corte cost., 18 luglio 2011, n. 213, in *Giur. cost.*, 2011, 2801.

[83] Il problema, molto banalmente, è rappresentato dalla difficoltà di comprendere come la norma che dispone il regime di proroga possa ritenersi anticomunitaria se risiede in leggi regionali, mentre non lo sarebbe se ospitata in una legge statale. Per alcune "sollecitazioni" in questo senso, cfr. A. GRECO, *Il legislatore interviene (ancora) in materia di demanio marittimo. Problemi di costituzionalità e "tenuta" comunitaria nel bilanciamento tra tutela dell'affidamento, libera concorrenza e parità di trattamento*, in www.federalismi.it, 6 luglio 2011.

[84] Su questo significato della sent. n. 213/2011, cfr. anche M. MAGRI, *I rapporti tra «direttiva servizi» e concessioni demaniali marittime*, in *deje.ua.es*.

[85] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2012, n. 6682, in *Riv. giur. edil.* 2013, I, 104.

[86] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2006, n. 613, in *Foro amm.-CDS*, 2006, 550; Id., 17 febbraio 2009, n. 902, in *Dir. trasporti*, 2010, 822 ; Id., 3 dicembre 2009, n. 7547, in *Foro amm.- CDS*, 2009, 2930.

[87] Si tratta, appunto, della disposizione che ha sancito il rinnovo automatico, di sei anni in sei anni, delle concessioni balneari.

[88] Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765, in *Riv. giur. edil.*, 2010, I, 246; Id., 6 settembre 2010, n. 647, in www.giustizia-amministrativa.it.

[89] Cfr., a d es., Tar Sardegna, sez. I, ord. 27 ottobre 2010, n. 473, in *Urb. app.*, 2011, 599 con nota di M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*; Id., sez. I, 3 aprile 2012, n. 338, in

diritto U.E. era stato da altra giurisprudenza escluso, anche perché il termine sessenale della proroga coincideva con quello delle concessioni, sicché si parlò di «un'ultima proroga»[90] .

Sebbene questo orientamento non abbia avuto unanime seguito, non si può trascurare che vi sono pronunce, anche recenti, ove i giudici nemmeno si son posti il problema della compatibilità del regime di proroga con il diritto U.E.[91], oppure non lo censurano in via generale, affermando che si tratta di un regime derogatorio delle regole comunitarie sulla concorrenza e, quindi, da ritenersi di stretta interpretazione[92].

Una diversa lettura della disciplina transitoria legittimerebbe, del resto, una ingiustificata compressione del principio del legittimo affidamento del concessionario uscente[93], che, come affermato dallo stesso giudice dell'Unione, rappresenta un vincolo insuperabile per il legislatore nazionale nell'attuazione della direttiva Bolkestein[94].

---

www.giustizia-amministrativa.it. A favore della disapplicazione, più recentemente, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2622, in www.giustizia-amministrativa.it.

[90] V., ad es., Tar Puglia, Lecce, sez. I, 13 aprile 2011, n. 679, in *Riv. giur. edil.*, 2011, I, 1080.

[91] V., ad es., Tar Sicilia, Catania, sez. III, 9 marzo 2016, n. 731, in *Foro amm.*, 2016, 767.

[92] V., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3554, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 5, 1268; Tar Liguria, Genova, sez. II, 27 luglio 2012, n. 1123, in *Foro amm.- TAR*, 2012, 2270; Tar Toscana, sez. III, 21 marzo 2016, n. 519, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Marche, Ancona, sez. I, 8 settembre 2017, n. 706, *in Foro amm.*, 2017, 1887; Tar Lazio, Roma, sez. II, 16 febbraio 2018, n. 1847, in www.giustizia-amministrativa.it. In tale ambito, si colloca anche una recente sentenza del Tar Abruzzo, Sez. I, 2 luglio 2018, n. 271, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ammesso il prolungamento di 20 anni di una concessione in base agli investimenti effettuati prima della Bolkestein, ritenendo dirimente il fatto che sia la concessione, sia gli investimenti effettuati dalla società ricorrente siano stati compiuti prima che la Commissione notificasse, il 2 febbraio 2009, la lettera di costituzione in mora di cui alla procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4908. A non apparire convincente è, però, il riferimento temporale cui la sentenza collega la tutela della buona fede, in contraddizione con quanto sostenuto nella sentenza della Corte di Giustizia *Promoimpresa e Melis,* secondo la quale, come si è visto, per concessioni – quali quelle oggetto di controversia – attribuite negli anni Duemila «quando già era stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo dovevano essere soggetti a obblighi di trasparenza, […] il principio della certezza del diritto non può essere invocato per giustificare una disparità di trattamento vietata in forza dell'articolo 49 TFUE». Quindi il riferimento temporale per consentire una deroga alle procedure di trasparenza applicabili alle concessioni balneari non dovrebbe essere il 2008 (data della procedura di infrazione), ma, semmai, i primi anni Duemila.

[93] In argomento, v. Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2018, n. 3600, in www.giustizia-amministrativa.it, che, pur non entrando nel merito della sussistenza o meno della tutela del legittimo affidamento e della sua eventuale quantificazione in termini di durata, ha deciso la controversia sulla questione processuale ovvero se attualmente, vigente la proroga al 2020, sussiste o meno un interesse ad avere una proroga ulteriore in assenza di una normativa nazionale di riferimento. A tale proposito, il Consiglio di Stato ha confermato la valutazione del giudice di prime cure secondo cui «essendo la concessione del 2009 stata prorogata sino al 2020, non sarebbe ravvisabile un interesse della ricorrente, concreto ed attuale, ad ottenere una pronuncia su di un'istanza di proroga proposta in un tempo considerevolmente antecedente alla scadenza». Il Massimo giudice amministrativo ha, quindi, concluso che se anche, attualmente, sulla istanza di una eventuale ulteriore proroga «non sussiste l'obbligo in capo all'Amministrazione di provvedere *ex ante*, in un contesto normativo alquanto complesso», sarà comunque necessaria «un'approfondita valutazione caso per caso nell'esatto momento in cui si evidenzia l'interesse pubblico a disporre del bene demaniale» e cioè quando scadranno le concessioni il 31 dicembre 2020.

[94] Su tale aspetto sia consentito il rinvio a C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, cit., 333 ss.