

La sentenza AGCM c. Comune di Ginosa della Corte di giustizia europea: un punto di svolta in tema di proroga automatica delle concessioni balneari

di Pierluigi Mascaro*

7 maggio 2024

Abstract. Questa nota ricostruisce brevemente le statuizioni della Corte di giustizia dell'UE nella sentenza relativa alla causa c. 348/22, secondo cui le concessioni balneari non sono prorogabili automaticamente, ma devono essere affidate attraverso una procedura ad evidenza pubblica imparziale e trasparente.

Abstract. *This note briefly reconstructs the rulings of the Court of Justice of the EU in Case C-348/22, according to which bathing concessions are not automatically extendable, but must be awarded through an impartial and transparent public procedure.*

1. A mezzo delibera del 24 dicembre 2020 – successivamente rettificata – il Comune di Ginosa ha manifestato la volontà di prorogare tutte le concessioni di occupazione del demanio marittimo insistenti sul proprio territorio, sulla base dell'art. 1, c. 682 e 683, l. n. 145/2018¹ e dell'art. 182, d.l. n. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 77/2020².

A seguito di tale delibera, l'AGCM ha notificato al Comune di Ginosa un parere motivato, che rammentava allo stesso l'obbligo dell'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, onde garantire il rispetto dei principi della concorrenza e della libertà di stabilimento. In particolare, secondo l'Autorità, le disposizioni nazionali di proroga automatica delle concessioni violano gli artt. 49 e 56, TFUE, ove presidiano il

* Dottore magistrale in giurisprudenza.

¹ Essi prevedevano, in base al proprio combinato disposto, che le concessioni balneari in essere alla data di entrata in vigore della norma, fossero di durata temporale pari a quindici anni.

² Esso, intervenuto in contesto di crisi pandemica, vietava alle amministrazioni competenti di avviare o proseguire, a carico dei concessionari, i procedimenti per il rilascio o l'assegnazione, con procedura ad evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione.

diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché la Direttiva europea 2006/123 – c.d. *Bolkestein* – che introduce norme volte a tutelare la libertà di stabilimento dei prestatori e la libera circolazione dei servizi in seno al mercato unico europeo.

Il Comune di Ginosa ha rifiutato l'adeguamento a siffatto parere, sostenendo che la Direttiva 2006/123, essendo priva della natura auto-applicativa, comportasse impossibilità di disapplicazione della normativa nazionale con essa contrastante³: di conseguenza, avrebbe dovuto trovare applicazione la citata l. n. 145/2018, al fine di scongiurare la creazione di una lacuna legislativa, che avrebbe messo a repentaglio, nel caso di specie, il baluardo della certezza del diritto.

Conseguentemente, l'AGCM ha adito il TAR per la Puglia, mediante un ricorso diretto all'annullamento della delibera controversa e di tutti gli atti ad essa consequenziali.

2. Sulla scorta dell'argomentazione sostenuta nella citata ordinanza di rimessione (in nota n. 3), che ha ravvisato la necessità in capo al giudice nazionale, in tema di proroga automatica delle concessioni balneari, di adire la CGUE in sede di rinvio pregiudiziale quale unico giudice deputato dai Trattati a rendere la corretta interpretazione del diritto unionale, e non aderendo alle statuizioni delle sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021, che avevano asserito la natura auto-applicativa della Direttiva 2006/123, il TAR Puglia ha rimesso alla CGUE nove quesiti pregiudiziali: anzitutto, se la Direttiva in parola, poiché adottata a maggioranza invece che all'unanimità, in violazione dell'art. 115 TFUE, risultasse valida e vincolante per gli Stati membri o, al contrario, come direttiva di sola armonizzazione; quali fossero gli effetti dell'applicazione della direttiva nell'ordinamento nazionale, ovvero se fosse da attribuirle il carattere dell'auto-applicazione o, in caso contrario, se fosse possibile dare applicazione alle norme interne con essa confliggenti, ferma restando la possibilità per l'UE di applicare le sanzioni relative all'inadempimento – da parte dello Stato nazionale, degli obblighi derivanti dall'adesione ai Trattati (art. 49 TFUE), e di esperire una procedura d'infrazione nei confronti del medesimo per mancata attuazione della direttiva; se quest'ultima, nell'ipotesi della sua immediata efficacia, fosse direttamente applicabile ovvero si limitasse a creare un obbligo in capo allo stato membro; se ancora l'applicazione della direttiva fosse prerogativa esclusiva del giudice interno o anche del funzionario/dirigente comunale; se, in caso si riconosciuta natura auto-applicativa della direttiva, il requisito della presenza di un interesse transfrontaliero certo costituisca o meno un presupposto necessario, con riferimento all'applicazione dell'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva⁴.

³ Si veda l'ordinanza di rimessione del TAR Puglia, sez. I, 11 maggio 2022, n. 743.

⁴ Questo stabilisce, al par. 1, che siano presupposti necessari per l'applicazione di una procedura selettiva tra potenziali candidati al rilascio dell'autorizzazione di una determinata attività, la scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili. In siffatte ipotesi, prescrive il par. 2 che l'autorizzazione viene rilasciata per una adeguata durata limitata e che non possa prevedere la procedura di rinnovo automatico, né accordare al prestatore uscente o a persone che con questi abbiano significativi legami ulteriori vantaggi.

In aggiunta, il Collegio ha chiesto alla Corte europea se fosse prerogativa del giudice nazionale la valutazione della sussistenza, in via generale ed astratta, del requisito della limitatezza delle risorse e delle concessioni disponibili, con riferimento all'intero territorio nazionale ovvero se, viceversa, tale giudizio non sia di spettanza dei singoli comuni, essendo in Italia in capo a loro una specifica competenza. Infine, l'ultimo quesito concerne il se, riconosciuta eventualmente la natura auto-applicativa della Direttiva 2006/123, quest'ultima possa ritenersi compatibile con l'art. 49, cod. nav., nonché con la tutela di alcuni diritti fondamentali – come quello di proprietà – ampiamente riconosciuti nell'ordinamento europeo, nonché nella Carta di Nizza.

3. La CGUE, il 20 aprile 2023, si è pronunciata, con la sentenza in commento, sui quesiti pregiudiziali ad essa rimessi dal TAR Puglia: sul primo quesito, la Corte si è espressa per la natura auto-applicativa della Direttiva 2006/123, argomentando che «la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un'istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali lo scopo e il contenuto dell'atto». Così che, secondo la Corte, laddove ci sia un cumulo di basi giuridiche incompatibili, come nel caso di specie, la finalità prevale sulla forma («in via eccezionale, ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente *più obiettivi tra loro inscindibili*, senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto all'altro, tale atto dovrà fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti»). Ancora, la Corte, in merito alla prima questione, oltre a rilevare che «nessuno Stato membro ha chiesto [...] un voto all'unanimità del Consiglio [...]» in merito alla direttiva Bolkestein, ha ritenuto comunque opportuno giustificare la scelta del Consiglio di deliberare a maggioranza qualificata, conformemente all'ultima frase dell'art. 47, par. 2, CE, che prevede una clausola residuale per la quale, negli altri casi diversi da quelli prospettati nella prima parte dell'articolo (tra i quali rientra, come rilevato della Corte, l'adozione di «misure volte a migliorare il funzionamento del mercato interno»), il Consiglio delibera, per l'appunto, a maggioranza qualificata, conformemente alla massima secondo cui «le norme speciali derogano alle norme generali».

Stabilita dunque la piena validità e l'efficacia vincolante della direttiva, la Corte ha affrontato contestualmente le questioni nn. 2 e 4, in merito alla qualificazione dei par. 1 e 2 dell'art. 12 della direttiva come disposizioni aventi efficacia diretta⁵: anche in questo caso, la risposta è affermativa. Più nello specifico, a riguardo dell'art. 12, par. 1, della direttiva 2006/123, rileva che la disposizione, nella sua formulazione, «prescrive, in maniera incondizionata e sufficientemente precisa, un contenuto di tutela minima a favore dei candidati potenziali», sicché, pur essendo vero che «gli Stati membri conservano un certo margine di discrezionalità qualora decidano di adottare

⁵ Sul punto, la Corte chiarisce, citando precedente giurisprudenza, che una disposizione del diritto dell'Unione è incondizionata se «sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione, né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni dell'Unione, o degli Stati membri, ulteriore rispetto a quello con cui viene recepita nel diritto nazionale», sufficientemente precisa «allorché sancisce un obbligo in termini inequivocabili».

disposizioni destinate a garantire concretamente l'imparzialità e la trasparenza di una procedura di selezione», l'ipotesi è pressoché derogatoria, considerando il principio generale che impone l'applicazione di una procedura di selezione imparziale e trasparente. Stesso ragionamento è applicato dalla Corte a riguardo dell'art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123, che, nella sua formulazione letterale, vieta, «in termini inequivocabili», di prevedere proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni oggetto della disciplina medesima, con la sola differenza, sostanziale, rispetto al par. 1 del medesimo articolo, che in questo caso non sussiste, in capo agli Stati Membri «alcun margine di discrezionalità» in ordine alla volontà di prorogare temporalmente una concessione.

Dunque, dal combinato disposto delle risposte ai quesiti nn. 1, 2 e 4⁶, la Corte ha ricostruito il corretto quadro regolatorio in tema di concessioni balneari (e loro proroghe), ritenendo direttamente applicabile la Direttiva 2006/123 e, di conseguenza, oggetto di disapplicazione i co. 682 e 683 della l. n. 145/2018, in quanto normativa interna con essa contrastante.

Quanto ai soggetti tenuti a disapplicare siffatta normativa confliggente con il diritto dell'Unione direttamente applicabile (risposta ai quesiti nn. 5 e 8, seconda parte), la Corte, rinviando a precedente giurisprudenza sul punto⁷, ha chiarito che l'art. 288, co. 3, TFUE non produce obblighi di disapplicazione di una normativa nazionale contraria a quella europea, direttamente applicabile, nei soli confronti del giudice nazionale, ma anche nei confronti delle autorità amministrative, ancor più quelle comunali. Invero, secondo la Corte, «ogni amministrazione è tenuta ad applicare», in forza della disposizione di cui all'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123, «una procedura di selezione tra i candidati potenziali e a garantire che tutte le condizioni previste [...] siano rispettate, disapplicando, se del caso, le norme di diritto nazionale non conformi». La sentenza prosegue con la risposta ai quesiti nn. 6 e 8, prima parte: anzitutto, la Corte, «in base a un'interpretazione letterale, storica, contestuale e teleologica» della direttiva 2006/123, ha confutato la tesi secondo cui il capo III della direttiva stessa trovasse applicazione alle sole concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentino un interesse transfrontaliero certo⁸. Infine, in ordine al quesito n. 8, prima parte e, in particolare, se i presupposti di cui l'art. 12, par. 1, della direttiva 2006/123, ossia la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili, fossero suscettibili di valutazione combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, la risposta si intende positiva, in quanto, secondo la Corte, «l'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 conferisce agli Stati membri un certo margine di

⁶ La terza questione non è oggetto di trattazione della Corte, in quanto, in seno al quesito posto, si presupponeva l'eventuale portata non auto-applicativa della direttiva 2006/123, ipotesi smentita dalle risposte al secondo e quarto quesito.

⁷ In particolare, Corte di Giustizia CE, 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256; Corte di Giustizia UE, 10 ottobre 2017, *Farrell*, C-413/15, EU:C:2017:745.

⁸ Tenuto conto di questa risposta, la Corte non affronta la settima questione, la quale si fondava sulla premessa secondo cui l'applicabilità dell'articolo 12 della direttiva 2006/123 fosse subordinata alla dimostrazione che la concessione di occupazione del demanio marittimo di cui trattasi presenti un interesse transfrontaliero certo.

discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali». E ancora: «tale margine di discrezionalità può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci».

Irrricevibile è, in ultima istanza, la questione n. 9, con la quale si chiede se, alla scadenza di una concessione, tutte le opere inamovibili costruite dal concessionario sul terreno affidatogli in concessione restassero acquisite al concedente, senza alcun compenso o rimborso e se la disapplicazione di tale normativa fosse compatibile con l'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali, disposizione che tutela il diritto di proprietà. Sul punto, i giudici europei hanno chiarito che, come da giurisprudenza costante, l'intervento della Corte in via pregiudiziale è contemplato al solo fine «di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri», e non già all'espressione di pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche.

4. Per chiarezza di esposizione, si riportano qui di seguito, in conclusione, i principi di diritto, per come esposti dalla CGUE nella sentenza in commento:

a) *La direttiva 2006/123 è valida alla luce dell'articolo 94 CE;*

b) *L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti;*

c) *L'articolo 288, terzo comma, TFUE deve essere interpretato nel senso che la valutazione dell'effetto diretto connesso all'obbligo e al divieto previsti dall'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 e l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie incombono ai giudici nazionali e alle autorità amministrative, comprese quelle comunali;*

d) *L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non si applica unicamente alle concessioni di occupazione del demanio marittimo che presentano un interesse transfrontaliero certo;*

e) *L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione.*