

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

GIAMPIERO DI PLINIO

**IL MOSTRO DI BOLKESTEIN IN SPIAGGIA.
LA "TERRIBILE" DIRETTIVA E LE CONCESSIONI
BALNEARI, TRA GLI ECCESSI DEL *JUDICIAL ITALIAN
STYLE* E LA CRISI DEL *FEDERALIZING PROCESS***

27 MARZO 2020



Giampiero di Plinio
Il Mostro di Bolkestein in spiaggia.
La “terribile” Direttiva e le concessioni balneari, tra gli eccessi del *Judicial Italian Style* e la crisi del *federalizing process*

1. Premessa in *flashback* — 2. *Bolkestein Directive Scenario*. Da «Cassis de Dijon» alle porte della crisi — 3. La ‘terribile’ Direttiva e la sua paternità — 4. *What is left?* Un nuovo scenario, dopo la crisi globale, dentro una Europa smarrita — 5. Il mito della disapplicazione — 6. Lo stile italiano della disapplicazione e il Mostro di Bolkestein in action, sulle spiagge — 7. *Italian Style 2: the Return*. Attacco alla proroga e pregiudizialità — 8. *Italian Style 3, the Revenge*: al mio via, scatenate l’inferno! Sì, ma la Corte costituzionale? — 9. Senza concludere

1. *Premessa in flashback*

Quando ero adolescente, per arrotondare il bilancio di una famiglia in perpetua ristrettezza economica, e vivendo a Pescara, terra di bagni, trabocchi dannunziani e lidi chilometrici, facevo il bagnino, anzi per la precisione il ragazzo di spiaggia, di fatica insomma, presso lo stabilimento Marechiaro. Il “concessionario” era “Don” Clemente Papa, che tutti chiamavano Mastr ‘Mintine (si noti che nel nobile linguaggio abruzzese quella “e” finale è gutturale, e suona un po’ come lo *schwa*/ə anglosassone). Era adorabile (botte da orbi se si batteva la fiacca) e ci permetteva di pescare i cannicchi e le pelose la mattina presto (‘davvero’ presto), e poi venderli — ovviamente crudi, perché all’epoca non c’era la celeste tutela del diritto alimentare, eravamo a rischio terribile ma stranamente, solo per puro caso, non ci si ammalava mai — in vassoi di carta e con spicchi di limone ai centocinquanta o poco più clienti. I soldi restavano a noi ragazzi, e lui rideva sotto i baffi, mentre ci lanciava i suoi soliti urlacci. Con questa e altre meraviglie (pizzette da sballo, e il primo *juke box* della riviera) Mastr ‘Mintine, come Grazia, Nando e altri numerosissimi concessionari, era ovviamente, anche se non lo sapeva, un microimprenditore, e faceva coscienziosamente il suo lavoro, traendone un reddito dignitoso, di modesta entità.

Oggi, davanti alla vasta giurisprudenza iper-liberalizzatrice delle spiagge che devo sempre più controvoglia commentare, mi piace immaginare Mastr ‘Mintine post Bolkestein, con un palmare in mano, a caccia di concessioni a bando europeo da conquistare qua e là per l’Europa, che so, sulle spiagge spagnole, portoghesi, croate, svedesi, tedesche, austriache (??). M’immagino un Mastr ‘Mintine per ogni microspiaggia d’Europa, e, non so perché (anzi lo so bene), mi viene teneramente da sorridere.

Dopo la sequenza onirica, ritorno al presente. Sulle spiagge italiane, ma anche su molte spiagge e coste d’Europa, i Mastr ‘Mintine sono ancora tantissimi, l’85 per cento dei concessionari in Italia, e sono microimprese legate indissolubilmente al territorio, per le quali non avrebbe senso l’esistenza di una libertà di stabilimento in qualsiasi altro posto non solo d’Europa, ma forse neppure dell’Italia. Nella maggior parte dei casi, sono pezzi di cultura locale, eccezionalismi territoriali, minuscole unicità socioeconomiche, nanoelementi di storia e tradizione. Nella maggior parte dei casi, non sono banditi che lucrano su canoni irrisori e tariffe da strozzini, ma traggono redditi normali e misurati, con il proprio diretto lavoro, prima come figli dei gestori storici, oggi come gestori essi stessi.

Da zero a cento, quanto poteva interessare tutto questo micromondo a Delors mentre scriveva i suoi magnifici *Libri Bianchi*, o al Signor Bolkestein, mentre si accingeva a dettare la prima stesura della sua Terribile Direttiva?

Ovvio che non tutti i ‘balneari’ sono così. Ovvio che si deve differenziare il trattamento, e anche il senso della sacrosanta evidenza pubblica, tra piccoli e grossi. Ma non è cosa per cui siano attrezzate o si possano mai attrezzare le Istituzioni europee. E tantomeno le Corti. Ci deve pensare il governo, ci devono pensare i legislatori di ogni Stato membro, ciascuno dei quali ha problemi e ordinamenti peculiari.

Ma in questo Paese è avvenuto il contrario. Le istituzioni politiche hanno ‘prorogato’ senza far nulla, le Corti stanno facendo a pezzi tutto quanto, senza distinguere il mondo di Mastr ‘Mintine da quello delle catene multinazionali dei servizi turistici. Io credo che le vicende italiane della Direttiva Bolkestein siano l’effetto di paradossi partoriti da altrettanto sbalorditivi equivoci e fraintendimenti in cui, a differenza di quelli degli altri Stati membri, sono incorsi i formanti del nostro diritto nel contesto di un originale, e devastante, *Italian Style* di interpretazione e di attuazione del diritto europeo. È una sindrome irresistibile: l’Europa chiede le cose ‘grosse’, Alfa, Beta e Gamma, e i nostri stupefacenti formanti le danno tutto l’alfabeto greco, spesso però rosicchiando proprio su Alfa Beta e Gamma, che, siccome sono appunto grossi, sono ovviamente ben attrezzati per trovare il sistema di proteggersi.

Ma è così che la Direttiva Bolkestein diventa il Mostro di Bolkestein. È così che l’Europa appare sempre più incomprensibile, crudele, e lontana.

2. Bolkestein Directive Scenario. Da «Cassis de Dijon» alle porte della crisi

Per capire fino in fondo la configurazione attuale della ‘terribile’ Direttiva e del suo contesto, è necessario prima chiarire cosa resta oggi del sogno del Mercato Interno, dei tempi dell’Atto Unico, di Maastricht, di Lisbona.

Partiamo dallo scenario iniziale, dal primo Libro Bianco e dall’Atto Unico, dopo che la Corte di giustizia aveva avviato il suo bizantino lavoro funzionalista, che nel ’79 aveva partorito la celebre *Cassis de Dijon*¹ e il principio del ‘paese di origine o mutuo riconoscimento). Negli anni ottanta sboccia e cresce in fretta l’aspettativa di un processo federativo² con lo scopo di arrivare al Mercato Unico, insieme alla consapevolezza che lo stesso Mercato Unico, senza un coordinamento stretto delle costituzioni finanziarie degli Stati, e soprattutto senza una moneta unica, non sarebbe mai giunto alla luce. Insomma, già in quegli anni vi era una lucida consapevolezza che la sopravvivenza, e la stabilizzazione, dell’Europa Unita dovesse necessariamente fondarsi su una *Multilevel European Economic Constitution*, con una completa integrazione multilivello di costituzione finanziaria, costituzione della moneta e costituzione del mercato³.

Di qui la accelerazione verso Maastricht, per passare dalla Comunità all’Unione. Di qui il secondo *Libro bianco sulla crescita, competitività ed occupazione* di Delors (1993), che rilancia il teorema della stretta interconnessione tra apertura totale dei mercati nazionali e costituzione economica europea, con la piena consapevolezza degli *effetti a catena sull’intera economia e sulla competitività europea*, e dunque sulle misure macroeconomiche degli Stati, di *un mercato interno difettoso e incompleto*, teorema che sarà ampiamente ripreso con il varo della Strategia di Lisbona⁴, e il lancio di *Trattato costituzionale ed Enlargement* a Est, che raggiungeranno, pur con esiti successivi differenti, l’acme a metà degli anni ‘10, mentre la Commissione Prodi da tempo preparava le carte per il giro di vite sulla liberalizzazione della circolazione dei servizi⁵.

È in questo scenario che viene concepita e poi partorita la “terribile” Direttiva.

¹ Corte di Giustizia, sentenza 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

² Già nel primo *Libro Bianco* di Delors sul completamento del mercato interno (1985) si scansionano le tappe del *federalizing process* con tempistiche e procedure che sostanzialmente avrebbero dovuto portare a un modello federativo, con una costituzione economica del mercato completamente liberalizzata, a una costituzione finanziaria multilivello, con le finanze nazionali in ordine, e ad una costituzione monetaria fondata sul principio della unicità e non statualità del controllo sulla moneta (sia consentito rinviare a G. DI PLINIO, *La costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *DPCE* 2003, p. 1780 ss.)

³ V. ancora il mio *La costituzione economica nel processo costituente europeo*, cit., *passim*.

⁴ *Conclusioni della Presidenza*, Consiglio europeo di Lisbona, 23 e 24 marzo 2000.

⁵ *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo: lo stato del mercato interno dei servizi* (Relazione presentata nell’ambito della prima fase della strategia per il mercato interno dei servizi), Bruxelles, 30.07.2002, COM(2002) 441 def.

La Direttiva, formulata come proposta durissima della Commissione Prodi nel 2004, con progetti e obiettivi grandiosi, nasce effettivamente, e con notevoli ammorbidenti, nel 2006, sotto il mandato Barroso e senza più Bolkestein, che però continuerà in eterno a portarne, meritatamente direi, la croce.

Il testo approvato risente dei forti rimaneggiamenti apportati dai governi in Consiglio e soprattutto dal Parlamento europeo. Anche se scompare quasi del tutto l'applicazione rigida del principio del mutuo riconoscimento, la 'terribile' direttiva accende fiamme ardenti di protesta in tutta Europa, e, malgrado i tentativi di indorare la pillola dai governi, e in particolare di Chirac, ci furono esiti devastanti, in prima fila il *no* francese alla Costituzione europea.

3. La 'terribile' Direttiva e la sua paternità

Frederick Bolkestein (ma gli piace farsi chiamare "Frits"), oltre a essere il padre della 'terribile' Direttiva che porta il suo nome, è un famoso politico olandese e buon gius-economista (ha studiato alla London SE ed è stato professore a Leida), e vanta premi e onorificenze non solo olandesi (tra l'altro è Commendatore dell'Ordine del Leone dei Paesi Bassi, e Gran Croce dell'Ordine al Merito di Germania). Frits, che è stato anche presidente dell'Internazionale liberale, e membro della Mont Pelerin Society, si autodefinisce, nella curata pagina del suo sito web ufficiale, "*A liberal-minded thinker*"⁶.

Frits Bolkestein è stato Commissario europeo per il mercato interno, la tassazione e l'unione doganale dal 16 settembre 1999 al 22 novembre 2004, al tempo dunque della Commissione Prodi. Il suo predecessore, nella Commissione Santer, dal 1994 al 1999, è stato Mario Monti, che sotto la Commissione Prodi ha rivestito il ruolo di Commissario europeo per la concorrenza. Inutile sottolineare che la terribile Direttiva da un lato ha ascendenze risalenti⁷, e che la sua elaborazione ha avuto una iniezione di interesse anche prima del mandato dell'autorevole predecessore italiano, che pure, specie in veste di Commissario alla Concorrenza (alla fine, per molti aspetti, endiadi di Mercato interno) ne ha sicuramente potuto, per così dire, sostenere la nascita effettiva. Così che la 'terribile' porta un nome olandese, ma ha un buon pacchetto di genetica italiana nel DNA, considerato anche che italiano era pure il Master dell'esecutivo europeo che l'ha data alla luce.

Ciò nonostante, le intenzioni, sulla carta, erano e restano buonissime. Non pare revocabile in dubbio che l'Unione europea debba promuovere legami sempre più stretti tra gli Stati e i popoli d'Europa per contribuire a garantire il progresso economico e sociale, e che ciò debba passare anche attraverso la totale mobilità delle imprese di servizi attraverso la compiuta attuazione della libertà di stabilimento. Si tratta di principi scritti già a chiare lettere nei Trattati, prima che nella Direttiva Bolkestein, i quali però fondano il processo di *enforcement* non su fonti a efficacia diretta, bensì sullo strumento della direttiva per il ravvicinamento delle legislazioni nazionali⁸.

Nella "law in action", tuttavia, questi principi hanno sbattuto forte contro i numerosi ostacoli dei fornitori di servizi, ad estendere le operazioni oltre i loro confini nazionali e trarre vantaggio dal mercato interno. In particolare le piccole e micro imprese, alle quali tuttavia non è stato mai seriamente chiesto se questa magica opportunità le interessava davvero.

⁶ www.Fritsbolkestein.Com. Si noti che non scrive 'a liberal thinker', cioè 'pensatore liberale', bensì 'a liberal-minded thinker', cioè 'pensatore di mentalità liberale', come a voler sottendere che il suo pensiero è più *idealmente* liberale, che *politicamente* liberale. Eppure, Frits di politica ne ha fatta davvero tanta.

⁷ La sua esistenza terrena inizia dal *Libro bianco* di Delors, passa per l'Atto Unico, e si accumula nella Strategia di Lisbona. Come rileva Cazzola, «a ripercorrere a ritroso il cammino della proposta di direttiva Bolkestein si arriva al 2000, quando a dicembre (nove mesi dopo la storica riunione del Consiglio a Lisbona) la commissione definì quella linea di condotta indicata come "una strategia per il mercato interno dei servizi"» (G. CAZZOLA, *La Bolkestein prima e dopo la cura*, in *il Mulino*, n. 2/2006, p. 347).

⁸ V. la versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), in particolare gli artt. 4, 26, 27, 114, e 115.

La ‘terribile’ Direttiva tentò dunque, semplicemente, di attuare l’immaginoso progetto dei *Treaty Makers* europei, costruendone l’*enforcement* (eliminazione di tutte le barriere tecniche e giuridiche che ostacolano l’effettivo funzionamento di un mercato interno) su di una *weltanschauung* fornita a piene mani, negli anni precedenti di elaborazione della proposta della Commissione, dal nostro *liberal-minded thinker*, con le meravigliose promesse sparse nei trattati e in tutta la letteratura ufficiale dell’Unione, di trasformare l’Unione nell’economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica al mondo, promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche all’interno della Comunità, un alto tasso di occupazione e protezione sociale, la parità tra uomini e donne, in modo sostenibile e con crescita non inflazionistica, alto livello di competitività e convergenza dei risultati economici, alto livello di protezione e miglioramento dell’ambiente, aumento del livello e della qualità della vita, coesione economica e sociale e solidarietà tra gli Stati membri.

4. What is left? *Un nuovo scenario, dopo la crisi globale, dentro una Europa smarrita*

Fin d’ora, mi pare di poter dire che la ‘terribile’, forse nell’esaltazione di tutte queste promesse, ha fatto troppo, e l’ha fatto male. Qui non si tratta di sovranismi o non sovranismi. Ben vengano le limitazioni di sovranità, ma solo quando sono ‘razionali’ e proporzionate.

E infatti, parecchie voci si levarono all’epoca, e si levano ancor più oggi, non solo nelle piazze ma anche negli ambienti scientifici, per avanzare dubbi sulla razionalità della Direttiva. Anzi, a distanza di una decina d’anni dalla emanazione, lo stesso Frits Bolkestein punta il dito contro le manipolazioni e l’interpretazione esageratamente estensiva e bizantinamente burocratica della sua creatura, citando espressamente il settore delle concessioni balneari, alle quali non pensava minimamente quando la scriveva, trattandosi, afferma oggi, di concessioni di beni pubblici e non di servizi, comunque non rilevanti nel contesto di nucleo del Mercato Interno⁹.

E in dottrina la struttura normativa della direttiva, e soprattutto le sue applicazioni giudiziarie, sono state ampiamente criticate. Essa è stata definita variamente come "confusa, imprecisa, aggrovigliata, ambigua, contraddittoria", dalla grammatica incoerente e spesso disorientante, che apre a interpretazioni ambigue, e persino a errori di traduzione. Se il suo obiettivo iniziale sembrava essere lodevole, la modalità del suo *enforcement* appare completamente priva di buon senso¹⁰, specie nella misura in cui — invece di promuovere semplicemente, restando nell’ambito delle sue basi giuridiche, il ravvicinamento, *rectius* l’uniformizzazione, delle legislazioni allo scopo di garantire un mercato aperto in cui le imprese possano muoversi liberamente — allunga la sua ombra fino ai dettagli dei mercati interni degli Stati membri, espiantandone le radici e le tradizioni.

Insomma, essa, specialmente nell’interpretazione giurisprudenziale, non costituisce solo una “direttiva” finalizzata a garantire un mercato comune dei servizi, ma diventa strumento *diritto* di amministrazione e gestione di dettaglio delle attività interne di ciascun Paese, e più di tutte, paradossalmente, le piccole e medie imprese, fino al parossistico coinvolgimento delle micro-imprese. Una serena alienazione. Esiti devastanti. Giudici che applicano direttamente la ‘terribile’ Direttiva disapplicando contestualmente leggi nazionali altrettanto contraddittorie e spesso incomprensibili, quando di *self executivity* non vi è (non vi può strutturalmente essere) neanche l’ombra¹¹, fino a delicati ma violenti esiti persino in sede penale¹².

⁹ Nel corso del convegno dal titolo *L’Euro, l’Europa e la Bolkestein spiegate da Mr. Bolkestein*, registrato da *Radio Radicale* a Roma il 18 aprile 2018, disponibile in www.radioradicale.it.

¹⁰ M. FUERTES LÓPEZ, *Luces y sombras en la incorporación de la directiva de servicios*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 42 del 2011, p. 57 ss.

¹¹ C. BENETAZZO, “Primazia” del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, in *Federalismi.it*, n. 19/2018.

¹² Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 21281, su cui si veda il preoccupato commento di C. BENETAZZO, “Primazia” del diritto U.E., cit., *passim*.

In realtà la Bolkestein ha fallito completamente la sua *mission*, perché prima ancora di essa, è fallita la promessa di *federalizing process*, e in particolare del mix tra Mercato unico e costituzione finanziaria postkeynesiana in un contesto di governo ‘europeo’ dell’economia. La crisi sistemica ha rovesciato completamente le condizioni favorevoli alla sua funzionalità. L’intera economia europea, subendo un arresto di crescita, e una crisi di razionalità, ha messo intorno alla Direttiva un mondo che all’epoca era del tutto sconosciuto. L’irrigidimento delle regole di Maastricht con Fiscal Compact e le altre invasive regolazioni hanno messo gli Stati, soprattutto quelli ad elevato debito pubblico, nelle condizioni di non poter spendere, proprio quando l’intervento pubblico dell’economia era prepotentemente richiesto dal più grande *market failure* della storia. E di fronte a questo l’UE non è stata capace nemmeno di pensare di compiere il balzo verso la federazione, che avrebbe consentito un rilancio europeo della politica economica, con debito pubblico europeo e governo multilivello dell’economia, mentre al di là dell’Oceano quel modello federale metteva in salvo l’America rilanciandone crescita e competitività¹³.

La Bolkestein si trova oggi di fronte a una crisi forse irreversibile della realtà virtuale che si immaginava a Maastricht e a Lisbona, perché gli è venuta a mancare la “polpa”, cioè il mix tra Mercato Unico e Costituzione economica “europea”.

Se si guarda lo stato attuale dell’arte nel prisma della evoluzione della giurisprudenza comunitaria, il bivio maledetto in cui è intrappolata oggi l’Unione si vede in dettaglio, per così dire, tecnico. L’algoritmo della “primazia” del diritto comunitario è stato programmato e attivato, in una memorabile serie di scansioni temporali, dalla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza ha espresso fin dall’origine una *Weltanschauung funzionalista* che ha fornito la linfa per lo sviluppo di una concezione *monista* del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno¹⁴. Ma questa concezione è stata sempre connessa essenzialmente al presupposto escatologico dell’Europa unita come un ordinamento *in fieri*, di tipo pre-federale, destinato alla sua più o meno veloce metamorfosi in una forma di Stato sostanzialmente federale, in cui la conformazione del diritto degli Stati membri al diritto federale e la coerente rinuncia da parte degli stessi alle frazioni ‘alte’ della sovranità fossero compensate non solo da una moneta unica in regime di *Balanced Budget* a livello di Stati, ma

¹³ Invece in Europa si restava prigionieri dei sogni, e fiduciosi nei miracoli. Nel 2010, nella premessa alla Comunicazione della Commissione EUROPA 2020. *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* (COM(2010) 2020 definitivo), Barroso (ricordo: il Presidente della Commissione che varò la Bolkestein), pontificava che «Il 2010 deve segnare un nuovo inizio. Voglio che l’Europa esca rafforzata dalla crisi economica e finanziaria. ... È giunto il momento della verità per l’Europa. È il momento di essere audaci e ambiziosi. ... Per conseguire un futuro sostenibile, dobbiamo sin d’ora guardare oltre il breve termine. L’Europa deve ritrovare la strada giusta e non deve più perderla. È questo l’obiettivo della strategia Europa 2020: più posti di lavoro e una vita migliore ... La Commissione propone per il 2020 cinque obiettivi misurabili dell’UE, che guideranno il processo e verranno tradotti in obiettivi nazionali. Tali obiettivi, che riguardano l’occupazione, la ricerca e l’innovazione, il cambiamento climatico e l’energia, l’istruzione e la lotta contro la povertà, rappresentano la direzione da seguire e ci consentiranno di valutare la nostra riuscita. ... Abbiamo formidabili strumenti a portata di mano: la nuova governance economica, sostenuta dal mercato interno, il nostro bilancio, i nostri scambi commerciali e la nostra politica economica esterna, nonché la regolamentazione e il sostegno dell’unione economica e monetaria... Abbiamo i nuovi strumenti e una rinnovata ambizione. Ora dobbiamo trasformare i nostri obiettivi in realtà». Ecco, io che guardo la storia di questi dieci anni, mi astengo dal commentare.

¹⁴ Inizialmente, le Corti nazionali assunsero una posizione altrettanto monista, ma simmetricamente rovesciata, attribuendo il primato al diritto statale. La Corte costituzionale italiana, in *Costa c. Enel* (sent. 14/1964) interpretò le «limitazioni di sovranità» di cui all’art. 11 Cost. in senso restrittivo entrando in rotta di collisione con la Corte di giustizia. Un primo sostanziale passo in avanti nella direzione dell’attenuazione del contrasto si ha in *Frontini* (sent. 183/1973), e il paradossale richiamo al criterio di specialità previa verifica della incostituzionalità *ex art. 11* della norma nazionale successiva. Ma questo significava assegnare alla Corte costituzionale stessa l’interpretazione dei Trattati e del diritto derivato, per il varco dell’art. 11. Ma a pochi mesi di distanza il *Bundesverfassungsgericht*, in *Solange I* (1974) passa al dualismo e al teorema della disapplicazione, confermato poi anche dalla nostra Corte con la sentenza *Granital* (170/1984). Vero che fu introdotta la debole teoria dei controlimiti, mai usata e mai usabile (senza catastrofi devastanti), ma l’aspetto più importante da sottolineare è che da quel momento prese il via un inusitato, formidabile fenomeno. Più da noi che in Germania e negli altri Stati, si aprì la voragine dell’europeizzazione dei giudici nazionali, e la tecnica della disapplicazione, applicata sempre più vorticosamente (ma un tantino a orologeria) divenne uno dei moltiplicatori, forse il più importante, della *judicialization of politics*.

soprattutto dalla creazione di una zona di sovranità economica federale, con una propria *Fiscal Constitution* e la capacità di fronteggiare le crisi di sistema, anche in un contesto di *shocks asimmetrici*¹⁵.

Ma ciò non è avvenuto, né se ne vede la luce, e si è conseguentemente aperta la strada alla doppia crisi, di razionalità e di legittimazione, che investe non solo i miti della *primauté* del diritto sovranazionale e delle sue meraviglie, ma anche la improvvisamente fragile geometria del *monismo* normativo della Corte di Lussemburgo, dei superpoteri della sua giurisprudenza e dei suoi sbalorditivi prodotti, compresi teoremi di *self executivity*, interpretazione conforme, effetti indiretti, triangolazioni.

In fondo, che la crisi di razionalità e legittimazione investa anche la nostra ‘terribile’ Direttiva è semplicemente un elemento di dettaglio in una grande palude di problemi, che diventa sempre più insidiosa.

Se il venir meno della escatologia monistica immaginata dai padri fondatori di tutte le fasi del processo europeo, aprendo la crisi dell’intero diritto multilivello, ha cambiato lo scenario anche interpretativo della Direttiva, il mostro di Bolkestein ha fallito — in particolare nell’applicazione della giurisprudenza italiana — anche per motivi endogeni, legati a talune ambiguità ed equivoci sugli stessi suoi strumenti e obiettivi, e a potenti abbagli nella sua errata/carente trasposizione e nelle inusitate controversie che ne sono scaturite, specie, appunto, nel *Judicial Italian Style*.

5. Il mito della disapplicazione

Senza la Corte di giustizia oggi l’Unione Europea non sarebbe molto di più di uno spazio di libero commercio, come l’EFTA o il NAFTA. La Corte è stata nel corso del tempo il fattore propulsivo più importante per il processo di penetrazione dell’ordinamento comunitario negli ordinamenti interni, elaborando, mediante una straordinaria giurisprudenza creatrice, un piccolo, ma irresistibile esercito di principi che hanno profondamente influito sui formanti degli Stati membri. Come tutte le corti “supreme”¹⁶ la Corte di giustizia ha proceduto a una vera e propria manipolazione integrativa dei Trattati, riconfigurandone la portata, le strumentazioni e il sistema delle fonti, mediante una linea giurisprudenziale *funzionalista*, cioè orientata dal fine della costruzione del mercato unico (e della integrazione europea).

Essa ha utilizzato un pugno di attrezzi logico-giuridici — la specialità dell’interesse comunitario rispetto agli interessi nazionali, la finalizzazione del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno all’obiettivo primario realizzazione del mercato unico, la razionalità dell’azione comunitaria rispetto alla mera somma delle azioni degli Stati, la necessita logica della priorità di ciò che è comune su ciò che è individuale — per trarre una nutrita serie di conseguenze, tra le quali: la *supremazia del diritto europeo sulle fonti nazionali* (*Costa contro ENEL*, 1964), *comprese le fonti di rango costituzionale*¹⁷;

¹⁵ Sia consentito il rinvio a G. DI PLINIO, *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente della UEM*, in A. CIANCIO (cur.), *Le trasformazioni istituzionali a sessant’anni dai Trattati di Roma*, Giappichelli, pp. 207 ss.

¹⁶ La Corte di giustizia non è suscettibile di essere inquadrata nelle categorie classiche della giustizia internazionale, perché a differenza di quanto avviene in questo campo, la giurisdizione della Corte di giustizia è *necessaria, obbligatoria*, ed è anche *interna*, nel senso che le controversie che essa dirime e le cause che essa decide hanno effetti diretti ‘dentro’ gli Stati. Il ruolo che la Corte di giustizia ha giocato fin dalle origini della sua istituzione è appunto la conseguenza della sua ‘non internazionalità’, cioè della sua sovranazionalità e dell’interesse pubblico comunitario che è in essa incardinato. La Corte presenta quattro diversi caratteri: essa è in primo luogo *garante* dell’ordinamento comunitario (sia in quanto assicura la legalità comunitaria dell’azione delle istituzioni europee, sia in quanto giudica in base al principio di *primauté*); è *fonte del diritto europeo* in quanto le sue decisioni hanno efficacia vincolante, diretta applicabilità e portata generale; *organo giurisdizionale sovrano* in quanto le sue decisioni sono inappellabili; *organo costituzionale comunitario*, in quanto indefettibile ed essenziale rispetto alla esistenza stessa della “costituzione materiale” europea. La sua esistenza è una delle principali ragioni materiali della Brexit.

¹⁷ Il passaggio più critico nel percorso della Corte è stato quello del contrasto tra fonte comunitaria e fonte interna di “nucleo” costituzionale. Al riguardo, essa ha chiarito: a) che il controllo degli atti comunitari non ha come parametro le

la sua esclusiva competenza a conoscere delle violazioni del diritto europeo (comprese le garanzie delle libertà fondamentali) da parte delle istituzioni europee (*Hauer*, 1970); la caratteristica del diritto comunitario di produrre effetti diretti nei confronti dei singoli, indipendentemente da interventi attuativi degli Stati, e dunque la diretta applicabilità non solo dei regolamenti, ma anche del Trattato istitutivo, quando questo crea situazioni giuridiche soggettive (*Van Gend en Loos*, 1963); l'obbligo degli Stati di uniformarsi ai provvedimenti della Comunità (*Commissione contro Regno del Belgio*, 1970, *Commissione contro Repubblica Italiana*, 1972, *Commissione contro Regno Unito*, 1981) e l'estensione di tale obbligo non solo ai governi ma anche alle magistrature, amministrazioni ed ai pubblici poteri nazionali e locali che debbono disapplicare qualsiasi norma interna in contrasto con l'ordinamento comunitario (*Simmenthal*, 1978; *Costanzo*, 1989).

E non c'è dubbio che efficacia diretta e disapplicazione delle norme interne siano state le componenti più micidiali dell'affermazione della supremazia del diritto europeo sul diritto interno¹⁸. Va però chiarito il senso esatto della giurisprudenza europea, ma anche delle Corti supreme nazionali, su questi sintagmi. Se in relazione ai Trattati, fin da *Van Gend En Loos*, la Corte impose la *diretta applicabilità* perché senza di essa gli Stati possono aggirare gli obiettivi funzionali di unificazione del mercato interno, in relazione al teorema della *efficacia diretta delle direttive* il discorso è differente, perché esse hanno *formalmente* la funzione di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri e sono a tali fine dotate di *efficacia vincolante*, come i *regolamenti*, ma a differenza di questi sono, sempre *formalmente*, prive di *portata generale* e di *effetto diretto*. Esse indicano agli Stati un risultato da raggiungere, lasciando il legislatore nazionale libero di scegliere gli strumenti di attuazione, purché, naturalmente, il risultato voluto dalla direttiva sia effettivamente raggiunto. Come

costituzioni nazionali; b) che l'organo di controllo è essa stessa, e non la Corte costituzionale nazionale, alla quale spetta unicamente il sindacato sul conflitto tra le norme nazionali di rango ordinario e la costituzione nazionale. Tuttavia, nella consapevolezza dei rischi di conflitto con l'ordinamento costituzionale nazionale e soprattutto con le istituzioni nazionali di controllo della costituzionalità, la Corte ha riconosciuto in termini altrettanto espliciti che le norme di tutela dei diritti fondamentali contenute nelle costituzioni nazionali costituiscono parte integrante e fondamentale dei principi generali del diritto comune degli Stati membri, dei quali essa (ed essa sola), in base al Trattato, garantisce l'applicazione e la difesa contro le violazioni da parte degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Quindi, quando la Corte di giustizia decide in base ai Trattati, a cui si aggiunge dal 2007 la Carta di Nizza, essa non può che decidere anche in senso conforme alle costituzioni nazionali. In tal modo essa riesce a conciliare due realtà separate e apparentemente inconciliabili, in quanto afferma che la *summa* dei principi costituzionali comuni agli Stati membri è contenuta nei trattati che essa garantisce e che, dunque, nel momento in cui essa garantisce quei principi generali, automaticamente sono garantite le costituzioni degli Stati membri. La limpida razionalità teorica della posizione della Corte di giustizia rischiava peraltro di subire l'effetto di una contraddizione di fondo, che sarebbe potuta derivare da una ritorsione delle corti costituzionali nazionali, private di fatto di una importante area di esercizio del potere di controllo sulle fonti del diritto, perché se da Lussemburgo si garantiscono i diritti interni a ciascuno Stato sia pure nei soli confronti degli atti comunitari, avviene che la Corte di giustizia scavalca le corti costituzionali nazionali, e non solo per quanto attiene agli atti comunitari, dato che questi ultimi prevalgono in ogni caso sulle legislazioni interne di rango ordinario; dunque con questa soluzione sistematica si opera un sostanziale trasferimento di sovranità nazionale dalle istituzioni interne verso le istituzioni comunitarie. Questo è il punto chiave: siamo innanzi a un rapporto di potere fra le Corti costituzionali nazionali, e ciò che esse rappresentano, e la Corte di giustizia, e ciò che questa rappresenta. D'altra parte, la delicatezza suprema della questione si poneva in modo che ineluttabilmente la Corte di giustizia non poteva fare un passo diverso, perché avrebbe assunto un diverso bilanciamento la relazione tra sovranità dei singoli Stati e sovranità della Comunità europea, che è speculare rispetto al rapporto tra corti costituzionali e Corte di giustizia. La tecnica giuridico-interpretativa non è dunque affatto neutrale: la Corte di giustizia riconosce a sé stessa la competenza esclusiva a giudicare sui contrasti tra norme comunitarie e diritti fondamentali, perché vuole affermare il principio secondo cui non esiste la sovranità degli Stati sugli atti delle istituzioni comunitarie. Inoltre, l'argomentazione è logicamente successiva alla sua funzionalizzazione: essa è costruita *ex-post* rispetto al fine assoluto di legittimare la supremazia del mercato unico e della Comunità sugli ordinamenti interni degli Stati. Con questa tecnica, la Corte di giustizia "seleziona" i principi comuni; non potendo ragionevolmente applicare "tutti" gli articoli di "tutte" le costituzioni di "tutti" gli Stati membri, ma solo quelli che essa sceglierà secondo un criterio razionale, che non può che essere quello funzionalista, espressione dei principi che permettono di avere come obiettivo il mercato unico.

¹⁸ A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all'ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 17/2011, 5 ss.; C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe *ex lege* delle concessioni balneari, cit., 5 s.

principio assolutamente generale, la direttiva dovrebbe dunque vincolare i governi nazionali e non dovrebbe, come invece avviene per il regolamento, *trovare applicazione diretta* all'interno degli ordinamenti, in sostituzione delle fonti nazionali; di conseguenza una direttiva inattuata o male attuata non sarebbe in ogni caso, a differenza di un Regolamento, azionabile davanti ai giudici nazionali. Ma l'interesse 'funzionale' delle istituzioni europee e, in linea presuntiva, degli Stati, sta anche e soprattutto in ciò, che il *risultato* indicato nelle direttive sia *effettivamente raggiunto*.

La logica formale, ma anche la configurazione giuridica effettiva dei poteri, confermano questo principio generale nella misura in cui impongono che per ciascuna direttiva spetterà all'Unione, tramite la Commissione, valutare l'attuazione degli Stati, mediante specifici procedimenti di accertamento, che possono giungere fino all'attivazione della Corte di giustizia (*ricorso per infrazione*). Tuttavia, gli Stati, almeno fino a Maastricht, hanno variamente disatteso i vincoli delle direttive, e hanno continuato a farlo malgrado le centinaia di procedure di infrazione¹⁹.

La Corte di giustizia ha aperto prima una via 'dura' e poi una seconda, più morbida, per superare questa *impasse*. In primo luogo, ha letteralmente creato la regola del *mutuo riconoscimento*, enunciato in *Cassis de Dijon* e transitato poi nell'Atto Unico; a fronte delle reazioni a questa tagliente attrezzatura di *deregulation*, con una raffica di sentenze sostanzialmente modificative della lettera del Trattato²⁰, ha lavorato sugli effetti del diritto dell'Unione 'dentro' gli Stati, convincendo i formanti nazionali a interpretare il diritto interno 'conformemente' al diritto europeo, ma anche a disapplicarlo, a fronte delle fonti europee dotate di efficacia diretta. In particolare, riguardo alle direttive, la Corte di Lussemburgo ne ha riscritto la storia e la natura, sottraendole alla qualificazione definitoria tipica delle norme poste in essere dagli organismi classici del diritto internazionale (fonte di obblighi di risultato per gli Stati), e trasformandole in fonti dotate di sovranazionalità interna, in quanto, a certe condizioni, direttamente applicabili ai cittadini degli Stati membri. In una serie di passaggi logici, la Corte ha dunque attribuito a talune direttive portata generale, diretta applicabilità, effetto utile (caratteri tipici dei regolamenti), bypassando la necessità esclusiva della loro attuazione da parte dei Parlamenti nazionali, i quali, a misura che l'ardita operazione della Corte viene progressivamente

¹⁹ La Commissione d'altra parte ha sempre cercato di comporre per quanto possibile i contrasti mediante dilazioni e procedimenti di accordo, ricorrendo alla Corte di giustizia solo nei casi più gravi ed eclatanti; il motivo è evidente: quando le infrazioni si generalizzano e si formalizzano come regola, lo strumento stesso dell'infrazione si dissolve, e con esso il potere dell'Unione, che entra in crisi di razionalità, e conseguentemente di legittimazione.

²⁰ La Corte di giustizia aprì la *self executing & disapplying era* con le sentenze *Grad* (causa 9/70) e *Sace* (causa 33/70) in cui si statuisce che i cittadini degli Stati possono azionare davanti al giudice nazionale direttive difformi da leggi nazionali quando sono inattuata (i termini previsti sono cioè scaduti), incondizionate (cioè non prevedono alcuna discrezionalità degli Stati nell'attuazione), chiare e precise (cioè risultano inequivocabilmente l'intenzione di innovare l'ordinamento interno e le modalità dettagliate dell'innovazione). In *Van Duyn* (causa 41/71) la Corte stabilisce che possono avere efficacia diretta, alle condizioni precedenti, anche le direttive negative, che implicano un obbligo di *non facere* degli Stati, mentre in *Ratti* (causa 148/78) la Corte deduce l'inopponibilità da parte di uno Stato inadempiente del mancato rispetto degli obblighi derivanti da una direttiva al singolo e l'efficacia diretta non solo per omissione di attuazione ma anche per adozione di provvedimenti difformi da una direttiva *self executing*. Le sentenze *Becker* (causa 8/81) e *Marshall* (causa 152/84) aggiungono la statuizione della inapplicabilità al singolo di norme di diritto interno che l'adempimento di una direttiva avrebbe eliminato, e precisano che l'efficacia diretta funziona in senso solo "verticale" (tra Stato e singolo, e non tra soggetti privati); da ciò si fa in genere derivare la convinzione che la direttiva comunitaria non può in nessun caso creare obblighi per il privato; un'apertura verso la possibilità di una efficacia orizzontale vi era però già stata qualche anno prima (in *Defrenne II*, in relazione all'applicazione della direttiva sulla parità dei sessi), ed è probabile che prima o poi la Corte torni a riallargare anche ai rapporti orizzontali il campo di applicazione del principio di azionabilità delle direttive. Il riflesso istituzionale di questo tipo di logica non poteva essere che l'estensione ai pubblici poteri interni dell'obbligo di disapplicare le fonti normative (anche costituzionali) interne in contrasto con le fonti comunitarie, e della relativa responsabilità, per i fatti derivanti dall'inattuazione di tale obbligo (Corte di giustizia 22 giugno 1989, causa 103/88, confermata da Corte cost. 11 luglio 1989, n. 369). In *Franovich* (causa 6/90) essa dichiara che il mancato recepimento di una direttiva non direttamente applicabile può configurare una responsabilità extracontrattuale e un conseguente obbligo di risarcimento dei danni per lo Stato inadempiente, a condizione che: il risultato prescritto dalla direttiva implichi diritti in capo ai singoli; il contenuto dei diritti sia individuabile in base alla direttiva; solo con l'attuazione puntuale della direttiva i diritti in questione si sarebbero materializzati; vi sia nesso di causalità tra violazione dell'obbligo statutale di attuazione e danno.

accettata dai pubblici poteri interni, soprattutto dalle giurisdizioni e dalla Corte costituzionale, sono stati di volta in volta praticamente costretti a mettere mano ad una attuazione il più possibile “sincera” delle direttive. Ciò ha da sempre costituito la principale preoccupazione della Corte di giustizia che, nel corso del tempo, è riuscita a svolgere una incredibile azione di raccordo con le giurisdizioni nazionali.

All’obbligato dinamismo della Corte corrispose tuttavia, variamente accentuato a seconda delle tradizioni giurisprudenziali degli Stati membri, un più che proporzionale dinamismo interpretativo delle Corti nazionali, che prende le sembianze, in qualche caso, di una “frenesia di disapplicare”, evidenziando utilizzazioni talora eccessive o financo ‘alternative’ di un istituto fortemente discutibile, e in larga misura evanescente. Il fenomeno ha, com’è noto, prodotto forti critiche in dottrina²¹, ma ha anche dato luogo — nel ‘mondo reale’ — a frizioni e conflitti, talora anche forti, che tuttavia sono stati in passato quasi sempre disattivati, almeno finché è durato lo slancio di Maastricht, e finché il mondo intorno a quello slancio non è violentemente cambiato, mutando la razionalità delle cose e generando conseguentemente mostri grandi e piccoli, come, prendo a caso, la Brexit.

6. *Lo stile italiano della disapplicazione e il Mostro di Bolkestein in action, sulle spiagge*

Fra le magistrature nazionali, la più esuberante tra le condivisioni della visione funzionalista della Corte di giustizia è stata quella italiana — già ‘naturalmente’ orientata alla fuga dalla (lettera della) legge e dalla volontà delle istituzioni rappresentative — che ha visto più delle altre, nel diritto europeo, una nuova occasione di allargare la propria discrezionalità interpretativa, mediante il rinvio pregiudiziale e quello più penetrante della disapplicazione diretta o indiretta del diritto interno (che si vuole) in contrasto con norme europee.

Senonché, è forte la sensazione che quella condivisione sia stata ‘troppo’ esuberante, alimentando un eccezionalismo giudiziario tipicamente italiano, di cui peraltro da tempo si intravedevano i primi sintomi e i primi effetti²², che si è rapidamente manifestato anche come ‘frenesia della

²¹ Per B. CARAVITA, *Introduzione*, in Id. (cur.), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, 2012, la disapplicazione poggia su un «fondamento teorico incerto». Uno sguardo d’insieme in D. Porena, *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o «figura limite» nella teoria delle fonti?*, ivi, p. 36 ss., ove altri richiami.

²² Proprio in questi giorni mi è capitato tra le mani virtuali del web il *Discorso inaugurale dell’Anno Giudiziario 1975*, del Dottor Francesco Coco, Procuratore Generale della Repubblica a Genova, un documento con la patina del tempo visibile anche dallo schermo di un computer, e con qualche correzione a penna! Ritengo utile riportarne alcuni passi (specie oggi che la Procura di Genova pare abbia “ordinato” con una dettagliata lettera circolare ai Sindaci di “applicare la Direttiva” e fare subito le gare!). Eccoli, quei passi: «Non risponde a verità che il cennato dinamismo [giudiziario], pur difettoso, abbia i suoi aspetti positivi. È vero, semmai, l’opposto, quanto meno nel bilancio largamente negativo. Certe azioni giudiziarie, in forma particolarmente di inchieste giudiziarie, possono arieggiare, inabilmente, le inchieste parlamentari per materie di pubblico interesse, le ispezioni amministrative, le retate della polizia, soprattutto le inchieste giornalistiche o televisive; sicché in definitiva possono, recependo gli aspetti negativi dei modelli e specialmente quelli di certe inchieste televisive o giornalistiche con carattere scandalistico o faziosamente tendenzioso, generare fatalmente soltanto prodotti abortivi o gravidanze immaginarie. Con un ulteriore grave effetto negativo, sfruttato dai detrattori dello Stato: quando il medico più capace ed esperto viene chiamato a consulto e doverosamente constatata che si tratta di gravidanza immaginaria o di prodotto abortivo, viene addirittura accusato di procurato aborto ... In regime democratico, anche nel più viziato, non può non essere saldamente operante nel conferire alla giurisdizione la funzione di attuare la legge con carattere di particolarità e di concretezza, e di attuarla, in campo penale, nel duplice limite della illiceità speciale e della speciale procedura. Diversamente — come avvertivo sin da una relazione di 16 anni fa per l’anno giudiziario 1958 alla Corte Sarda, da giovane sostituto procuratore generale, e come avvertivo nelle relazioni 1973 e 1974 alla stessa Corte, da procuratore generale, trattando di controprocedure amministrative e di controprocedure giudiziarie (e non avevo parlato di controprocedure legislative, in dispregio dell’art. 68 della Costituzione) — ... la porta di accesso alla giustizia penale resterebbe aperta, anzi spalancata, ad un assurdo processo inflazionistico, sempre più menomato nella copertura di aurea verità e nel potere di acquisto di decisioni positive, assai meno controllabile e meno contenibile di quello monetario, e tale da riprodurre un fenomeno ulceroso, come quello, ben noto in campo medico, dello stomaco che mangia se stesso;

disapplicazione' (anche sotto altre configurazioni, quale quella dell'interpretazione 'conforme' al diritto UE), senza badare troppo all'assenza di fonti normative interne di legittimazione di questi istituti²³, o al *vulnus* di marginalizzazione sostanziale della Corte costituzionale (non solo della disapplicazione *tout court*, ma anche dell'interpretazione conforme)²⁴, o tanto meno ai già richiamati dubbi variamente espressi in dottrina.

In più, la legge n. 18 del 2015 (*Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*) ha reso praticamente obbligata per i magistrati la 'scansione' delle norme interne alla luce del diritto europeo, individuando come ipotesi di responsabilità civile del giudice la 'violazione' di quest'ultimo, e precisando i criteri per la determinazione dei casi in cui la violazione manifesta del diritto dell'Unione europea costituiscono ipotesi di colpa grave del magistrato, esponendolo, tra l'altro, al giudizio per danno erariale. Si tratta di un elenco di indicatori, assolutamente non esaustivo, che vanno dal "grado di chiarezza e precisione delle norme violate" alla "inescusabilità e gravità della inosservanza", dalla "inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea" al "contrasto interpretativo tra atto o il provvedimento emesso dal giudice con l'interpretazione adottata dalla stessa Corte di giustizia"²⁵.

A fronte di questo, non si fa troppo sforzo — facendo un piccolo calcolo di *Economic Analysis of Law* — a realizzare che ai magistrati italiani conviene sbagliare per "eccessivo europeismo giudiziario", piuttosto che per "difetto di *soumission*" alla *primauté* dell'ordinamento europeo.

Ciò potrebbe contribuire a spiegare buona parte delle vicende giudiziarie italiane legate alla Bolkestein, specie quelle successive alla sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011²⁶, dalla quale si percepiva chiaramente che tipo di aria avrebbe di lì a poco cominciato a tirare? Oppure *honni soit qui mal y pense*?

Fatto sta che mentre da noi l'interpretazione della Bolkestein in rapporto alle concessioni demaniali è stata senza dubbio 'eccessiva' — sia perché ne ha irrazionalmente dilatato la portata materiale sia perché l'ha trasformata in fonte a efficacia diretta — altri Stati membri hanno preso fin dall'inizio una piega differente²⁷.

Prendiamo la Spagna, che com'è noto gode indisturbata di ben settantacinque anni di proroga delle concessioni, senza che a Bruxelles si sia sentito un pur educato colpo di tosse²⁸. In Spagna, infatti, l'attuazione della Bolkestein sul demanio marittimo è stata disinnescata da un regime transitorio apparentemente simile al nostro, introdotto dalla l. n. 2 del 2013, di modifica della legislazione

sicché il Pretore di Roma, ad esempio, diventerebbe inconcepibilmente il supercensore di tutti gli organi centrali dello Stato...». Qui [il testo completo](#).

Ah, quasi dimenticavo. L'anno seguente, l'8 di giugno, Francesco Coco fu barbaramente assassinato, dalle Brigate Rosse.

²³ L'unica fonte positiva esistente della disapplicazione giudiziale non riguarda gli atti aventi forza di legge ma esclusivamente gli atti amministrativi. Si tratta dell'art. 5 della (direi un tantino risalente!) legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E., di abolizione del contenzioso amministrativo.

²⁴ A. RAUTI, *La "cerchia dei custodi"*, in C. SALAZAR, A. SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2009, p. 281 ss.

²⁵ In arg. R. MARTINO, *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, in [GIUSTIZIA CIVILE.com](#), n. 2/2016.

²⁶ Corte di Giustizia, sent. 24 novembre 2011 (C- 379/10, *Commissione c. Italia*), che dichiara contraria al diritto dell'Unione la legge italiana n. 13 aprile 1988, n. 117, art. 2, concernente la responsabilità civile dei magistrati per i danni arrecati ai singoli a seguito della violazione del diritto medesimo. In sostanza la CGUE afferma che la legislazione richiamata viola il diritto dell'Unione europea, in quanto da un lato esclude qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e dall'altro limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave. Nessuno ci mise mano, fino al governo Renzi, che se lo ricorderà per sempre.

²⁷ Info in C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *Italian State beach concessions and Directive 2006/123/EC, in the European context*, in European Parliament – Directorate General for internal policies, Policy Department C: Citizens' rights and Constitutional affairs, Bruxelles, 2017, p. 44 ss.

²⁸ Zero procedure di infrazione. Idem per il Portogallo, che ha utilizzato strumentazioni simili (C. BENETAZZO, S. GOBBATO, *Italian State beach concessions and Directive 2006/123/EC*, cit., p. 48 ss., 65).

generale sul patrimonio costiero (l. n. 22 del 1988²⁹) che ha consentito la proroga delle concessioni di occupazione del pubblico demanio marittimo e terrestre, rilasciate prima del maggio 2013 (entrata in vigore della ley n. 2). La proroga, tuttavia, non è automatica (e con questo si aggirano gli strali della Commissione contro gli automatismi in area di mercato e concorrenza), ma è concessa su richiesta del concessionario, e può essere più volte reiterata, con provvedimenti dell'amministrazione competente, fino appunto a un massimo di settantacinque anni. Ed ecco che in Spagna la Bolkestein non genera mostri, ma resta quel che è, una direttiva di uniformizzazione, per la cui attuazione se la deve vedere, con la Commissione europea, il Governo spagnolo. Ovviamente non tutto finì là, perché il regime transitorio evidentemente infastidì anche in terra di Spagna qualcuno, e fu impugnato, tra l'altro anche per supposta violazione della Bolkestein (*what else?*), in ricorso di *amparo*, da un nutrito gruppo di parlamentari del *Congreso*. Il *Tribunal Constitucional*³⁰ accolse il ricorso solo su punti che qui non rilevano, ma lo respinse seccamente sui motivi riguardanti la Direttiva, per alcune ragioni, tra le quali una molto semplice (ci arriverebbe anche un diligente scolaro delle medie): la Bolkestein NON si applica a qualsiasi oggetto, ma a campi che essa delimita accuratamente, e tra questi non sono comprese le forme di gestione pubblica del demanio, per le quali vi può sicuramente essere la necessità di una evidenza pubblica "interna" nel momento dell'attribuzione, che però non segue la disciplina europea dell'affidamento dei servizi. Il Tribunale Costituzionale spagnolo richiama testualmente, al riguardo, la direttiva 2014/23/UE, sulle concessioni di servizi, la quale esclude espressamente la sua applicabilità a qualsiasi atto che attribuisce a un soggetto privato o pubblico il diritto di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, ma solo a patto che l'amministrazione concedente non ottenga in cambio dal concessionario beni o servizi specifici³¹. La concessione di immobili demaniali o comunque di proprietà pubblica, insomma, pur essendo un presupposto di un'attività di produzione o più frequentemente di servizi (ma non direttamente forniti al concessionario, altrimenti si ricadrebbe nella direttiva del 2014), non può essere misurata alla luce della Bolkestein, che riguarda attività precisamente individuate, ed è dunque fuori dal suo campo di applicazione³². In aggiunta, si consideri che esplicitamente la Direttiva Bolkestein dichiara il suo campo di applicazione *a qualsiasi servizio fornito dietro corrispettivo economico*, mentre, nel caso delle concessioni di beni pubblici, il concedente non ottiene né paga alcun servizio, anzi, riscuote un canone³³.

²⁹ Qui il [testo consolidato al 2017](#).

³⁰ [Sent. n. 233 del 2015](#). Per un commento: A. VILLANUEVA Turnes, *La reforma de la ley de costas: a propósito de la STC 233/2015, de 5 de noviembre de 2015*, in *Revista catalana de dret ambiental*, vol. VII, n. 1/2016, p.1 ss. Sulla vicenda in confronto a quella italiana v. anche M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, in T. FONT i LLOVET e L. VANDELLI (curr.), *Ordenación jurídico-administrativa del turismo*, Atelier, Barcellona, 2018, p. 158 ss.

³¹ In pratica, il giudice costituzionale spagnolo anticipa di un anno quello che la Corte di Giustizia dirà nella sentenza del 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 (*Promoimpresa*) e C-67/15 (*Mario Melis e altri*).

³² «... la concesión demanial está configurada como un «título de ocupación del dominio público, no como medida de intervención en garantía de leyes sectoriales que recaigan sobre la actividad» [STC 149/1991, FJ 4 G) a)]. Será pues esta legislación sectorial la que discipline las actividades empresariales de las que la concesión demanial resulta ser únicamente el soporte físico y, señaladamente, la legislación «ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión de las situaciones que constituyen obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado» (STC 108/2014, de 26 de junio, FJ 3, y las allí citadas)» (TCE n. 223/2015, pt. 10, lett. C).

³³ La Direttiva, nell'attuare la "Strategia di Lisbona", si applica esclusivamente al mercato dei servizi (cioè a tutti i contratti di scambio in base ai quali un fornitore offre servizi in cambio di un prezzo), per trasformare i mercati nazionali in un unico mercato europeo, smantellando tutti gli ostacoli nazionali alla libertà di circolazione dei servizi. Il suo obiettivo è quello di armonizzare le regolazioni nazionali a un livello analogo a quello che si sarebbe ottenuto applicando il criterio della *regolazione del Paese di origine* (mutuo riconoscimento), e quindi vincolare gli Stati a semplificare e anche deregolamentare i criteri, le procedure e le formalità di accesso ed esercizio, ai vari mercati nazionali, di qualunque fornitore europeo allo stesso modo in cui accede al mercato dei servizi del proprio Paese. Semplificazione e *deregulation* sono le parole chiave, e infatti «... la Direttiva prevede: l'istituzione di sportelli unici presso i quali il prestatore d'opera possa espletare tutte le formalità necessarie per esercitare la propria attività; l'obbligo di rendere possibile l'espletamento di tali procedure per via elettronica; l'eliminazione degli ostacoli giuridici e amministrativi allo sviluppo del settore in

Discutibile? Tutto lo è, ma al di là della magia delle parole, è proprio così difficile comprendere che la Bolkestein non poteva né voleva occuparsi dell'universo mondo della economia reale dei servizi? Possibile che il legislatore europeo non pensasse, specie dopo le esplosioni di rabbia in tutta Europa contro la prima versione della Direttiva, a limitarne il campo d'azione a ciò che è 'grosso' e attrezzato a "circolare" e stabilirsi in 27 Stati, e a non occuparsi di microimprese locali, se non soltanto per renderle partecipi dell'effetto di *deregulation*, denazionalizzazione e uniformizzazione dei vincoli alla più piena esplicazione della libertà d'impresa e di stabilimento, che è l'anima stessa del processo innestato dall'Atto unico europeo dopo *Cassis de Dijon*?

Per di più, in *Promoimpresa*³⁴, la Corte di giustizia, nel considerare l'ipotesi che le concessioni demaniali non rientrino né nella Direttiva Concessioni, né nella Bolkestein, afferma che comunque gli Stati membri sarebbero obbligati «a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare» per l'affidamento delle concessioni che presentino un «*interesse transfrontaliero certo*» (in base a criteri di localizzazione e di valore economico), perché in questo caso la concessione «in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro [...] in linea di principio, vietata dall'art. 49 TFUE».

Quale parte di «*interesse transfrontaliero certo*» non è chiara?

Ma allora, perché in Italia, e solo qua, la Commissione Europea avvia una procedura di infrazione? Il via lo diede l'AGCM, con la Segnalazione AS481 - *Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico ricreativa* del 20 ottobre 2008³⁵, un documento di due paginette, con cui si rilevava la violazione della Direttiva da parte di alcune leggi italiane, ovviamente precedenti³⁶.

L'Antitrust suggeriva, impastando tutela della concorrenza e libertà di circolazione e stabilimento (!), procedure di rinnovo ampiamente pubblicizzate e aperte e rilascio delle concessioni basate sulla valutazione comparativa delle offerte in rapporto all'interesse pubblico; soppressione di ogni vantaggio competitivo del precedente concessionario.

Il viaggio della segnalazione dalle istituzioni rappresentative italiane, alle quali era formalmente indirizzato, agli uffici di Bruxelles durò meno del battito d'ala di un colibrì. Il 29 gennaio 2009, con una lettera di messa in mora, la Commissione avviò la procedura di infrazione (n. 2008/4908)

questione. Per facilitare la libertà di stabilimento, la Direttiva prevede: l'obbligo di valutare la compatibilità dei regimi di autorizzazione alla luce dei principi di non discriminazione e di proporzionalità, nonché di rispettare le condizioni e le procedure di autorizzazione applicabili al settore dei servizi. Lo Stato nel quale il prestatore di servizi si reca, potrà imporre il rispetto dei propri requisiti solo a condizione che siano non discriminatori, proporzionati e giustificati per ragioni relative all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza, alla salute pubblica o alla tutela dell'ambiente. E su questo punto, la Direttiva fissa un certo numero di deroghe importanti a questo principio, ad esempio in materia di qualifiche professionali, di distacco dei lavoratori e per i servizi di interesse economico generale. Nel quadro della tutela dei diritti dei destinatari e per rafforzare i diritti dei consumatori in quanto utenti, viene definito il diritto dei destinatari ad utilizzare servizi in altri Stati membri e stabilisce il diritto ad ottenere informazioni sulle regole applicabili ai prestatori qualunque sia il loro luogo di stabilimento. Per garantire la qualità dei servizi, si incoraggia la certificazione volontaria delle attività o l'elaborazione di carte di qualità e l'elaborazione di codici di condotta europei, in particolare da parte di organismi o associazioni professionali» (G. VELOTTI, *La Direttiva Bolkestein sui servizi: l'attuazione in Europa*, Dossier realizzato dall'ANCI su incarico del Dipartimento della Funzione Pubblica, febbraio 2009).

³⁴ Sent. 14 luglio 2016 nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, cit.

³⁵ Reperibile nel sito dell'[AGCM](#).

³⁶ Si trattava dell'art. 37, secondo comma, del codice della navigazione, nella parte in cui prevedeva che in presenza di più domande per il rilascio di una concessione demaniale marittima, venisse riconosciuto una priorità (c.d. diritto di insistenza) al soggetto già titolare della concessione stessa (c.d. diritto di insistenza); e dell'art. 1, secondo comma, del d.l. n. 400/1993, nella parte in cui un rinnovo automatico a richiesta del concessionario, a fronte di una potestà di revoca ex art. 42 del codice della navigazione. L'AGCM, sulla scorta delle precedenti posizioni della giurisprudenza amministrativa, osservò che il diritto di insistenza fosse incompatibile con il diritto europeo, salvo il caso in cui fosse stato considerato residuale e sussidiario, in un contesto di completa equivalenza tra diverse offerte. Per l'Autorità, inoltre, il rinnovo automatico favoriva inefficienze e collusioni tra i vari concessionari, mentre la durata non avrebbe necessariamente dovuto essere misurata sui tempi di ammortamento, essendo sufficiente che il valore degli investimenti fosse posto a base dell'asta.

coniugando gli argomenti della segnalazione del Garante con il principio della libertà di stabilimento e la conseguente discriminazione per le imprese degli altri Stati membri. Con un relativamente breve tira e molla con la Commissione³⁷, la procedura di infrazione fu chiusa in data 27 febbraio 2012.

Si noti che in tutta la documentazione di derivazione UE della procedura, non si trova alcun cenno alla natura *self executing* della Bolkestein: la Commissione, evidentemente, non ci ha nemmeno pensato, a fronte di un testo come quello della Direttiva, da cui è assolutamente impossibile trarre discipline chiare e dettagliate sulla regolazione del settore, ma è facilissimo trarre conferme al gruppo di principi chiave del diritto europeo del mercato unico, evidenziati già nella segnalazione dell'AGCM. Ed è individuabile nella preoccupazione della Commissione non l'esistenza di una proroga più o meno lunga (non ha fatto una piega sui settantacinque anni iberici) ma la certezza che quei principi vengano effettivamente e ragionevolmente riconosciuti e attuati, prima o poi, dallo Stato membro. Non a caso, la procedura di infrazione si è chiusa come per incanto quando l'Italia ha messo sul tavolo l'art. 11 della legge comunitaria per il 2010 (l. n. 217/2011) che cancellava del tutto il 'famigerato' comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 400/1993, quello la cui persistenza (insieme a privilegi speciali dei concessionari uscenti nelle gare) avrebbe lasciato sopravvivere dentro l'ordinamento euro-italiano una normativa di rinnovo automatico palesemente in violazione di quei principi chiave. Mi sembra chiaro, infatti, che siano gli automatismi, la parola stessa 'automatico', a mandare in fibrillazione le istituzioni europee della costituzione economica del mercato unico³⁸, non la parola 'proroga' (con scadenza precisamente determinata), e nemmeno la parola 'rinnovo', specie quando sono accompagnate dalla ragionevole aspettativa di *una riforma complessiva del settore*³⁹, che nessuno avrebbe mai potuto né potrebbe realizzare, da dentro le stanze di Bruxelles, senza introdurre una formale (ancorché "benevola") dittatura.

³⁷ Due successivi decreti legge. Ricevuto il primo (d.l. n. 194/2009, che all'art. 1 sopprimeva la preferenza in favore del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni. Il comma 18 stabiliva inoltre che le concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 (data di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009) ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015 fossero prorogate fino a tale data. La Commissione sentì puzza di bruciato, ma non per la proroga. E infatti la legge n. 25/2010 di conversione del d.l. n. 194/2009 conteneva un rinvio indiretto (non previsto nel testo del decreto legge) al famigerato articolo 1, comma 2, del D.L. n. 400/1993, quello degli automatismi nei rinnovi. La Commissione, il 5 maggio 2010, spedì al Governo italiano una lettera di messa in mora complementare. Così "tanata", l'Italia si adeguò. Con l'art. 11 della legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010), venne esplicitamente abrogato il già citato comma 2 dell'articolo 1 del d.l. n. 400/1993. Lo stesso articolo 11 delegò il Governo ad emanare, entro il 17 aprile 2013, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime.

³⁸ Non solo la Commissione. Come intuitivamente afferma anche M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, cit., p. 165 s., commentando le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale in attesa della sentenza *Promoimpresa*: «Paradossalmente, la strada da seguire è tratteggiata nelle stesse conclusioni dell'Avvocato Generale, laddove ad esempio si accusa la norma italiana di impedire «una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti» e di aver introdotto «una proroga automatica (...) che è applicata indiscriminatamente a tutte le concessioni demaniali marittime e lacuali». Non la proroga, allora, *ma la sua automaticità*, il fatto, cioè, che l'art. 1 comma 18 d.l. n. 194/2009 sia indiscriminato, poiché non consente di apprezzare in quali casi la misura è effettivamente necessaria per salvaguardare la redditività degli investimenti fatti dai concessionari dei beni demanio marittimo. Torna utile, di nuovo, il parallelo con la soluzione spagnola: «En función de los usos, la resolución por la que se acuerde la prórroga podrá fijar un plazo de duración inferior, y prever, a su vez, prórrogas sucesivas dentro de aquel límite temporal». La differenza dall'art. 1 comma 18 d.l. n. 194/2009 è notevolissima, proprio perché l'art. 2 comma 3 della *Ley* n. 2/2013, sopra trascritto, permette ciò che lo stesso Avvocato Generale stima fondamentale: una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti».

³⁹ Prevista nel citato art. 11, di cui finora si sono viste solo vaghe sfuggenti ombre. Il che, ovviamente, complicherà prima o poi le cose. Ciò tuttavia non autorizza i giudici interni a fare a pezzi le fonti italiane, scrivendo essi stessi, in negativo, quella riforma.

7. *Italian Style 2: the Return*. Attacco alla proroga e pregiudizialità

Nello stesso tempo in cui il *Tribunal Constitucional* metteva una pesante pietra tombale sulle polemiche in materia di concessioni demaniali, qua da noi fra i liberalizzatori estremi, assecondati da alcune Corti, circolava la frenesia dello smantellamento immediato del sistema tradizionale, in regime di proroga decennale o poco più, dimenticando che in Spagna era stata allegramente decisa la proroga di settantacinque anni. Menti giuridiche raffinate si ponevano domande acute e intelligenti, nonché assai *politically correct*, di questo tipo: la “concessione” di beni del demanio marittimo per uso turistico e ricreativo non è forse anch’essa un provvedimento che *autorizza* un’impresa a svolgere una determinata attività di *prestazione di servizi*? La direttiva n. 2006/123/CE, cosiddetta direttiva servizi o direttiva *Bolkestein*, permette agli Stati membri di prorogare la data di scadenza delle concessioni in corso, procrastinando il momento in cui il mercato potrà avere accesso all’aggiudicazione dei titoli per l’occupazione delle spiagge? E se così non fosse, l’Italia, che con una norma di legge del 2009 ha differito la scadenza delle «vecchie» concessioni al 31 dicembre 2020, dovrebbe *immediatamente* ritornare sui propri passi, per indire nuove procedure di affidamento conformi ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi?⁴⁰

Di qui, e proprio negli anni più neri di crisi e *spread*, rinvii pregiudiziali. Si dice che l’ultima cosa che si sarebbe aspettata, la Corte di Lussemburgo, dopo la pace tra governo italiano e Bruxelles, fosse un ricorso contro le stesse leggi che avevano tranquillizzato la Commissione e chiuso l’infrazione⁴¹. La Corte dovette accorgersi anche, come se n’era accorto l’Avvocato Generale, che i ricorrenti e le loro legioni volevano ‘tutto, maledetto e subito’ e che quindi miravano alla immediata disattivazione del regime di proroga, mediante una sentenza europea (sicuramente autoapplicativa e vincolante!) che ne denunciasse l’illegittimità ai sensi del diritto europeo.

Ma la Corte di giustizia si limitò a una sentenza ‘normale’, nella precisa onda della sua giurisprudenza consolidata, da cui si ricava senza sforzo il contrasto col diritto UE di qualsiasi automatismo, facendo però salva la tutela dell’affidamento dei concessionari, ma in cui non vi è traccia della dichiarazione di illegittimità comunitaria di un regime di proroga *ex lege*, che dunque non si pone in contrasto con la normativa europea originaria o derivata in materia di armonizzazione dei mercati dei servizi, specie se accompagnata dall’avvio di un processo di riordino “europeo” dell’intero settore delle concessioni balneari sul demanio marittimo⁴².

8. *Italian Style 3, the Revenge: al mio via, scatenate l’inferno! Sì, ma la Corte costituzionale?*

Come la Cassazione penale nel 2018, l’anno seguente il Consiglio di Stato prosegue la guerra contro la proroga, facendo letteralmente a pezzi non solo il diritto europeo ma anche il diritto

⁴⁰ Rubo la lista di “domande” da M. MAGRI, *I rapporti tra "direttiva servizi" e concessioni demaniali marittime*, cit., p. 157.

⁴¹ Specie dopo che la stessa Corte costituzionale, con la [sentenza n. 213/2011](#) aveva espressamente chiarito che l’art. 1 comma 18 del d.l. n. 194/2009 era «disciplina carattere transitorio», emanata «in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi (...) nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell’esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui al citato art. 37, secondo comma, cod. nav.»; il tutto al fine di «rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l’ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni».

⁴² In tal senso anche C. BENETAZZO, “*Primazia*” del diritto U.E. e proroghe *ex lege* delle concessioni balneari, cit., p. 19 ss. Il processo di riordino è stato effettivamente disposto con l’art. 1 della legge 145/2018 (legge di bilancio 2019) che per prima cosa però ha ulteriormente prorogato ha al 31 dicembre 2033 (!) le concessioni demaniali marittime rilasciate prima del 2010. Ha poi fissato al 30 aprile 2019 il termine per l’emanazione di un DPCM che stabilisse «i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime». E se il primo termine è impudicamente lungo, il secondo è ridicolmente breve, con il risultato di una valanga di critiche sul primo, e della allegra inosservanza del secondo, ancora in alto mare nel momento in cui scriviamo (febbraio 2020).

costituzionale italiano. La tecnica iniziale, in entrambi i casi, è quella di deformare *reasoning* e decisione della sentenza *Promoimpresa*. Che questa significhi — formalmente, sostanzialmente ed esclusivamente — che la Corte di Giustizia ha dichiarato l'illegittimità comunitaria della proroga *automatica* delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per finalità turistico-ricreative, ma solo nel caso in cui queste presentino un *interesse transfrontaliero certo*, e siano pertanto precluse a ogni rinnovo procedure trasparenti e selettive tra i potenziali candidati, è di una ovvietà disarmante. È aggiuntivamente lapalissiano — e una prova empirica sta nel comportamento della Commissione nella vicenda spagnola, e in fondo anche nella stessa vicenda italiana — che né Corte di Giustizia, né Commissione ritengono illegittime proroghe *non automatiche*. È infine di elementare evidenza che a Bruxelles e a Lussemburgo sono assolutamente consapevoli: a) che la Bolkestein potrebbe (o più precisamente, dovrebbe) ragionevolmente *non applicarsi* al settore delle concessioni demaniali, ferma restando la necessità di rimanere nell'alveo dei principi di trasparenza e non discriminazione posti dai Trattati in materia di mercato interno; b) che nel *core* della problematica vi è la tutela dell'affidamento degli operatori esistenti; c) che la complessità del settore richiede necessariamente l'intervento delle istituzioni rappresentative, per districare le varie situazioni senza soluzioni irragionevolmente omnicomprensive, soprattutto in considerazione che la Corte UE medesima fa espresso riferimento al criterio *dell'interesse transfrontaliero certo*; d) che la Direttiva Bolkestein non può strutturalmente avere efficacia diretta, ed essere utilizzata per smantellare, disapplicare o comunque aggirare — in qualsiasi sede che non sia quella della procedura di infrazione, o, aggiungo, del giudizio costituzionale interno — la legislazione di settore, compresa quella di proroga, del legislatore di uno Stato membro.

Malgrado questo oceano di evidenze, le richiamate sentenze di Cassazione e Consiglio di Stato, precedute e seguite da parecchie Corti di prima istanza, toccano il culmine della crociata contro il regime di proroga, e tagliano una legge dello Stato con la l'arma *non autorizzata* (dirò tra un attimo perché) del mito della diretta applicabilità⁴³. Con conseguenze che potrebbero diventare devastanti sia per l'economia del settore, sia perché hanno già prodotto e produrranno con maggiore intensità reazioni collettive di larga portata, aggiungendo il conseguente, ulteriore *vulnus* alla razionalità percepita e alla legittimazione democratica dell'Unione Europea. In più, la disapplicazione dei decreti di proroga è, appunto come ho scritto sopra, un'arma non autorizzata, oltre che per le sopraelencate ragioni di diritto euro-italiano, anche per motivi di stretto diritto costituzionale interno. Partiamo da uno svarione contenuto nella sentenza n. 21281/2018 della Cassazione, che a conforto dell'esistenza della potestà di disapplicazione nel caso specifico delle proroghe delle concessioni balneari, opera un richiamo a un precedente della Corte costituzionale ([sent. n. 227/2010](#)⁴⁴), che non solo è del tutto

⁴³ Il vero problema, su cui c'è una consistente cortina fumogena in giurisprudenza, è rappresentato dai limiti che il giudice deve rispettare nell'esercizio della sua funzione di disapplicazione della legge. In tal senso D. PORENA, *La disapplicazione normativa*, cit., p. 47 ss., che cita un suggestivo passo di E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato- collaborativo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli 2011, vol. III, 1843 e ss.: «il confine tra il consentito e il vietato, per l'autorità giudiziaria, coincide con il confine tra la genuina interpretazione della legge alla luce della Costituzione, che è sempre ammessa e la lettura del sistema normativo che, pur presentandosi sotto la veste dell'interpretazione, sia in realtà «correzione» – diremmo noi più efficacemente «manipolazione» – della legge, che è al contrario sempre vietata al giudice comune in quanto riservata in esclusiva al tribunale costituzionale»

⁴⁴ Alludo al passaggio nel punto 18 della citata Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2018, n. 2128. Dopo aver richiamato (pt. 17) Cons. Stato, sez. 6, sentenza 12 febbraio 2018, n. 873, nella parte in cui afferma che va disapplicata la normativa interna che prevede la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, con finalità turistico-ricreative, la Corte afferma che un obbligo di disapplicazione grava *anche sul giudice penale* (richiama Cass. Pen., Sez. III, del 30/09/2008, n. 41839) «essendo infatti stato affermato che il potere dovere del giudice 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», e, aggiunge «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» (pt. 18). Cancellata la *legge* di proroga il giudice penale va a frullare allegramente un bel numero di principi chiave della Costituzione affermando che «ne consegue come sussista, nel caso di specie, il reato di occupazione abusiva di area demaniale» (pt. 19).

inconferente, ma milita in senso clamorosamente contrario alle conclusioni alle quali giunge la Cassazione⁴⁵.

Infatti, la suddetta pronuncia della Corte costituzionale non riguarda l'applicazione di una direttiva ma di una decisione quadro del Consiglio in tema di mandato di arresto europeo, per la quale, come nel caso della Direttiva Bolkestein in riferimento alle proroghe (non automatiche) delle concessioni demaniali, è impossibile risolvere il contrasto in via interpretativa. La Corte, infatti, parte dalla consolidata giurisprudenza costituzionale che ha «individuato il sicuro fondamento del rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario nell'art. 11 Cost., in forza del quale la Corte ha riconosciuto, tra l'altro, il principio di prevalenza del diritto comunitario e, conseguentemente, il potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa». Ma quando ciò è per qualsiasi ragione strutturalmente impossibile, la Corte ricorda che i giudici hanno l'obbligo di «sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto [è] con norme comunitarie prive di effetto diretto».

In più, la Corte, appoggiandosi sull'art. 11 e sull'art. 117 Cost., ha detto che l'obbligo del legislatore nazionale di rispettare i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione non è automatico, in quanto trova comunque un *higher constraint* 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 non poteva trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune ma doveva essere sottoposto alla verifica di costituzionalità, la quale si estende anche alla verifica di legittimità rispetto alle conferenti norme del TFUE, che integrano a loro volta i parametri costituzionali - artt. 11 e 117, comma 1, Cost. - che a quelle norme fanno rinvio.

Non vi è nessuna valida ragione per escludere che tale soluzione sia la stessa per altre fattispecie, e dunque per la nostra, sia perché la diretta applicabilità, in tutte le sue manifestazioni, è con ogni evidenza esclusa nel caso della Direttiva Bolkestein, per le ragioni ampiamente sviluppate sopra, e in particolare perché — cosa che la Cassazione della sentenza n. 21281/2018 ha completamente trascurato — gli effetti diretti devono comunque ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale⁴⁶ o — cosa che ha trascurato il supremo giudice amministrativo — la violazione di diritti costituzionalmente garantiti, in particolare quello, pure richiamato dalla Corte di giustizia, alla protezione del legittimo affidamento⁴⁷.

Era proprio tanto faticoso, per entrambe le Corti italiane superiori, chiedere l'intervento della Corte costituzionale, esibendo un robusto e salutare *self restraint*, evitando, in particolare, l'esito di buttare il bambino insieme all'acqua sporca, e soprattutto quello di dare una mazzata in più alla già traballante legittimazione del diritto europeo del mercato interno

9. Senza concludere

Ovvio che in molti ambienti, e non vedo perché tra questi non debbano essere compresi quelli della magistratura, si osserva da anni, e con tutte le ragioni del mondo, che la normativa italiana di

⁴⁵ Così C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E., cit., p. 22.

⁴⁶ Corte di giustizia: ord. 24 ottobre 2002, in causa C-233/01, RAS; sentenza 29 aprile 2004, in causa C-102/02, *Beuttenmüller*; sentenza 3 maggio 2005, in cause C-387, 391, 403/02, *Berlusconi e altri*; Corte di Cassazione, sent. n. 41839 del 2008.

⁴⁷ Sul principio di prevalenza del diritto comunitario e sui relativi limiti derivanti dal rispetto dei principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato e dei diritti inalienabili della persona, v. le [sentenze n. 126/1996](#) e [n. 170/1984](#). Sulle circostanze che precludono al giudice comune la disapplicazione della norma interna in ipotesi incompatibile con il diritto comunitario, v. in particolare Corte cost., [sentenza n. 28/2010](#). Sulla necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 11 Cost. in caso di contrasto, insanabile in via interpretativa, tra una norma interna e norme comunitarie prive di effetto diretto, v. anche le [sentenze n. 284/2007](#) e ancora [n. 170/1984](#).

settore in materia di concessioni, in particolare di beni demaniali ha aperto nel corso del tempo spazi a indegni fenomeni di altrettanto insostenibili rendite di posizione, appoggiate sulla gestione “politica” dell’uso esclusivo di beni pubblici, o — se si preferisce come linguaggio, ma senza che cambi di una virgola l’assetto teorico — di beni comuni.

Anche qui ha giocato lo stile italiano, nella specie quello del ‘favore’ politico, poco visibile finché gli apparati riuscivano a compensare attraverso la generalizzazione dell’assistenzialismo consentita dalla finanza allegra di debito e deficit senza limite, ma assolutamente scoperta, e particolarmente odiosa, da quando globalizzazione e vincoli di bilancio hanno radicalmente dimagrito e trasformato la nostra *fiscal constitution*.

Di conseguenza, è comprensibile che si sia sviluppata una carica di risentimento, o se si vuole di odio, — giustificata o meno — contro *tutti* i concessionari di spiagge o altri beni demaniali, sui quali è calata la notte della frenesia della disapplicazione.

Ma di notte, si sa, tutte le mucche sono uguali. E così si rischia di fare in mille pezzi non solo (e forse non tanto) i diabolici ‘padroni delle spiagge’ che sono i pochi giganti dei servizi turistici, ma soprattutto le migliaia di cloni del mio *Mastr ‘Mintine*, minuti e sgomenti, microimprenditori di microspiagge, che sono l’ottanta e oltre per cento delle imprese del settore, e che non avranno una seconda opportunità di fronte ai nuovi giganti che parteciperanno alle gare, e che forse ne scriveranno, prima, la *regulation*.

Con una violenza all’immagine dell’Unione, che pagheremo, anzi stiamo già pagando, tutti, certo. Ma anche con un *vulnus* al nucleo della Costituzione. Perché la *fragilità* non è solo una peculiarità della *persona*, dei soggetti difesi dagli artt. 2 e 3, dall’art. 13 e seguenti, dall’art. 32 e seguenti, ma anche delle piccole istituzioni economiche e della loro *utilità sociale* nelle tradizioni e nella cultura dei territori in cui sono innestate, e da cui non possono essere strappate con la violenza del diritto vivente, senza strappare e fare a pezzi, insieme a esse, il sogno dell’Unione.