

BlogDUE

Un nuovo (discutibile) capitolo della saga “concessioni balneari”: il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*

Camilla Burelli (Assegnista di ricerca in Diritto dell’Unione europea – Università degli Studi di Milano) – 30 maggio 2022

SOMMARIO: 1. I fatti all’origine della controversia: brevi cenni. – 2. Le questioni giuridiche affrontate dai giudici: “gerarchia delle fonti” ed effetto diretto dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE – 2.1. *Segue*: effetto di sostituzione, effetto di esclusione e interpretazione conforme. – 2.2. Direttiva di armonizzazione e direttiva di liberalizzazione. – 3. La rilevanza del rinvio pregiudiziale e (alcuni) quesiti formulati. – 4. Brevi conclusioni.

1. Con [ordinanza](#) depositata lo scorso 11 maggio, la prima sezione del TAR Lecce (la stessa della discussa [sentenza](#) del 27 novembre 2020, n. 1321, su cui, per tutti, [G. VITALE](#)) ha deciso di investire la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale vertente sull’interpretazione e – sorprendentemente – sulla validità della [direttiva 2006/123/CE](#) (la c.d. “direttiva Bolkestein” o “direttiva servizi”), su cui molto è stato scritto (v., *ex plurimis*, R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1880 ss.).

Come ampiamente noto, la direttiva, per quanto qui interessa, era già stata oggetto di un duplice rinvio da parte del [TAR Lombardia](#) e del [TAR Sardegna](#), le cui cause sono state riunite dalla Corte di giustizia, che si è pronunciata nella celebre sentenza [Promoimpresa](#) del 14 luglio 2016 (commentata, *inter alia*, da A. SQUAZZONI, *Il regime di proroga delle concessioni demaniali marittime non resiste al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista della regolamentazione e del mercato*, 2016, p. 160 ss.).

Proprio per il lungo periodo di tempo trascorso dalla pronuncia di tale sentenza (quasi sette anni) e, soprattutto, per l’esistenza di un quadro giuridico a dir poco incerto (per usare un eufemismo) intorno alla materia delle concessioni demaniali turistico-ricreative (causato dallo stratificarsi di numerosi interventi normativi generali, settoriali e transitori che hanno sistematicamente introdotto, direttamente o indirettamente, la proroga *ex lege*

della durata dei titoli concessori), l'ordinanza *de qua* risulta di particolare interesse.

Il ricorso da cui trae origine la vicenda, proposto dall'AGCM, si inserisce nell'ambito di una vera e propria azione di contrasto avviata dall'Autorità avverso l'estensione al 2033 delle c.d. "concessioni balneari" ai sensi della [legge n. 145/2018](#): nel solo 2021, infatti, l'AGCM ha [formulato](#) 17 segnalazioni *ex art.* 21 della legge n. 287/1990, e 16 pareri *ex art.* 21-*bis* della medesima legge.

Nel caso di specie, l'Autorità ha proposto ricorso per l'annullamento di svariati atti di proroga di concessioni demaniali marittime disposte dal Comune di Ginosa sulla base di quanto previsto dall'art. 1, commi 682 e 683 della legge n. 145/2018, dopo che il Comune non si era adeguato al [parere motivato](#) *ex art.* 21-*bis* precedentemente notificato. Parere nel quale si dava atto della contrarietà delle proroghe rispetto a norme di diritto "comunitario" tanto di natura primaria (*ie* l'art. 49 TFUE), quanto di natura secondaria (*ie* l'art. 12 della menzionata direttiva).

I giudici, dopo aver ricordato brevemente l'articolato contesto normativo di riferimento (che non verrà qui ripercorso, sia quindi concesso rinviare a C. BURELLI, *Le concessioni turistico-ricreative tra vincoli "comunitari" e normativa italiana: criticità e prospettive*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 247 ss.) hanno affrontato una serie di questioni giuridiche invero già trattate in molteplici altre pronunce – non da ultimo nelle [sentenze "gemelle"](#) dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ("CdS") del 9 novembre 2021 (su cui, per tutti, [R. MASTROIANNI](#)) – offrendo soluzioni tanto innovative, quanto (*prima facie*) discutibili.

2. Un primo punto trattato dai giudici è quello relativo alla "gerarchia delle fonti". Riprendendo testualmente (senza peraltro citare formalmente) quanto già scritto nella menzionata sentenza del TAR Lecce n. 1321/2020, il collegio ha esordito affermando che "il sistema di integrazione e di omogeneizzazione degli Stati nel contesto dell'Unione europea è in una fase intermedia e probabilmente di transizione, caratterizzata spesso da incertezze e da latenti conflittualità tra ordinamento unionale e ordinamenti nazionali".

Al netto dell'opinabilità di tale affermazione, i giudici hanno proseguito dichiarando che la direttiva "non immediatamente e direttamente applicabile nello Stato interno, si colloca (...) in posizione sotto-ordinata rispetto alla legge nazionale". Diversamente, la direttiva *self-executing* "pur avendo natura e forza di legge ordinaria, si colloca (...) al di sopra della legge nazionale, in quanto norma rafforzata (...)".

Tale affermazione – posta come "assoluta priorità logica" dei motivi in diritto e che meriterebbe essa sola approfondimenti qui non possibili (anche sul rapporto tra principio del primato e principio dell'effetto diretto (e si rinvia, quindi, a D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, spec. p. 163 ss.) – è indubbiamente da mettere in evidenza perché, impostando il discorso in termini di gerarchia delle fonti del diritto,

sembrerebbe abbracciare invero un approccio monista: un unico ordinamento giuridico dove l'ordinamento gerarchicamente superiore "comunitario" si integra negli ordinamenti statali. Eppure, le dichiarazioni per cui la direttiva non "*self-executing*" sarebbe "sotto-ordinata" rispetto alla legge ordinaria, mentre quella "*self-executing*" sarebbe qualificabile come "norma rafforzata" (!), sembrerebbero *prima facie* "nostalgiche" di un antico approccio dualista (sul tema, in generale, v., per tutti, A. CELOTTO, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: orientamenti della Corte costituzionale e spunti di teoria generale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, p. 4481 ss.).

Ad ogni modo, su questa premessa i giudici hanno impostato un ragionamento sull'effetto diretto o meno della direttiva servizi e, in particolare, dell'art. 12 della medesima. Si badi che, sebbene quest'ultimo sia stato espressamente ammesso dall'avvocato generale Maciej Szpunar nelle [conclusioni](#) al caso *Promoimpresa* (punto 110), dall'Adunanza plenaria del CdS nelle già citate sentenze "gemelle", nonché da buona parte della dottrina (v., per tutti, G. VOSA, *Le concessioni balneari turistiche tra ordinamento degli Stati e diritto dell'Unione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, p. 49 ss.), la Corte di giustizia, in effetti, non si è mai espressamente pronunciata sul punto, a differenza di quanto dichiarato dal CdS, secondo cui "tale carattere è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa*" (si potrebbe peraltro sostenere, come fatto da [G. GRECO](#), che sia stato ammesso implicitamente).

Il collegio pugliese, quindi, ricordando giustamente l'assenza di un'esplicita dichiarazione da parte della Corte di giustizia sulla natura "*self-executing*" o meno dell'art. 12 della direttiva servizi, ha concluso per la mancanza di efficacia diretta della disposizione.

Secondo i giudici, infatti, l'art. 12, al par. 3, prevedendo che gli Stati membri debbano "*stabilire le regole della procedura di selezione*" (corsivo aggiunto), sarebbe privo del requisito dell'incondizionatezza. In altri termini, secondo il collegio, sarebbe lo stesso tenore dell'art. 12, par. 3, ad affermare la necessità di una normativa nazionale di attuazione della direttiva 2006/123/CE.

La suggestione merita due appunti. Innanzitutto, una normativa di recepimento della direttiva, come riconoscono gli stessi giudici, per quanto evidentemente non applicata e, anzi, totalmente disattesa, esiste ed è il [d. lgs. n. 59/2010](#) (che costituisce *lex generalis* rispetto alla vigente normativa in materia di proroghe. Sul punto, per approfondimenti, v. il [manuale per l'attuazione della direttiva servizi](#), spec. p. 9, ove si auspicava che qualora gli Stati membri avessero recepito la direttiva con una legislazione orizzontale, com'è nel caso di specie, avrebbero dovuto disporre che tale legislazione orizzontale prevalesse sull'eventuale legislazione specifica, fatto questo non avvenuto). In secondo luogo e a prescindere da ciò, è evidente che la direttiva servizi non lasci rilevanti margini di discrezionalità ai singoli legislatori nazionali; discrezionalità che, come chiarito in dottrina (v., *ex multis*, M. BRAND, *Discretion, Divergence, And Unity*, in S. PRECHAL, B. VAN ROERMUND (a cura di), *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in*

Divergent Concepts, Oxford, 2008, spec. pp. 217-232, ripreso da D. GALLO, *op. cit.*, spec. p. 202) è un elemento centrale nella valutazione della sussistenza dell'elemento dell'incondizionatezza (al netto, peraltro, del fatto che il *test* di precisione, chiarezza e incondizionatezza non comporta di per sé la possibilità, per il giudice comune, di disapplicare la norma interna difforme, qualora ciò dovesse comportare l'imposizione di un obbligo in capo al privato: v., ad esempio, [Poplawski](#), punti 65-67 e [Thelen Technopark](#), punto 32).

Il tema dell'effetto diretto della direttiva servizi potrebbe peraltro essere inquadrato anche da un punto di vista diverso, non preso in considerazione dall'ordinanza in commento. Se è vero che possono riconoscersi effetti diretti alle direttive se contengono previsioni che creano diritti a favore dei singoli chiaramente individuabili nel loro contenuto (v., *ex plurimis*, [Becker](#)) e se è vero che le direttive non possono mai produrre effetti diretti in *malam partem* (essendo in casi siffatti impedita la disapplicazione anche di una norma chiara, precisa e incondizionata – v., per tutte, [Berlusconi e a.](#), punto 77), allora potrebbe essere accolta l'autorevole tesi dottrinale per cui, *a contrario*, una disposizione non può essere concepita come direttamente efficace se la stessa non crea un vantaggio o non produce un interesse in capo al singolo. Detta altrimenti, “la dottrina dell'effetto diretto non può determinare solamente uno svantaggio nell'individuo [...]” e se l'applicazione della norma “comunitaria” “avviene solo in *malam partem*, allora non si è in presenza di diritto UE direttamente efficace, con il risultato che non sussiste alcun ordine di disapplicazione” (enfasi aggiunta, v. D. GALLO, *Il primato e l'effetto diretto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in G. LATTANZI, G. GRASSO, S. LEMBO, M. CONDINANZI, C. AMALFITANO (a cura di), *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, Roma, 2022, in corso di pubblicazione, p. 85 ss., spec. p. 94). L'Autore, non a caso, cita in proposito proprio l'”annosa questione delle concessioni demaniali”, dove si potrebbe ammettere che la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della normativa interna comporti un aggravamento della condizione giuridica soggettiva del singolo (sia sufficiente considerare la non remota possibilità, per l'operatore balneare, di essere condannato per l'integrazione del reato di abusiva occupazione demaniale *ex art. 1161 cod. nav.*, come già avvenuto – v., per tutte, [Cass. Pen. n. 7267/2014](#)). Si potrebbe peraltro a ragione sostenere che, nel caso delle “concessioni balneari”, la disapplicazione non faccia discendere dei veri e propri obblighi in capo ai privati, quanto più delle “mere ripercussioni negative” dell'applicazione della direttiva, in quanto tali non problematiche (v., *amplius*, [Wells](#), punto 57). Si noti, inoltre, che la disapplicazione in *malam partem* è stata da alcuni ritenuta legittima (v. la tesi della Commissione in [Berlusconi](#), punto 50) qualora l'obbligo discendente dalla disapplicazione non sia imposto direttamente dalla direttiva, ma piuttosto mediatamente da altra normativa interna di recepimento (nel caso che ci occupa, dal citato d. lgs. n. 59/2010. V. anche l'isolata tesi della Commissione in [Niselli](#), punto 18 delle conclusioni dell'AG Juliane Kokott, per cui il giudice del rinvio sarebbe tenuto a disapplicare la normativa nazionale successiva più favorevole all'imputato, ove questa contrasti con la direttiva di riferimento).

Il collegio, comunque, avrebbe potuto intraprendere questa strada, magari sollecitando la Corte di giustizia proprio per avere chiarimenti in merito agli effetti negativi derivanti dall'applicazione della direttiva. Tuttavia, il tema non è stato minimamente preso in considerazione.

Vale la pena comunque ricordare che, anche qualora l'art. 12 non fosse dotato di effetto diretto, s'imporrebbe l'applicazione del diritto primario e, segnatamente, dell'art. 49 TFUE, pacificamente dotato – così come l'art. 56 TFUE – di efficacia diretta (*ex multis*, [Telaustria e Telefonadress](#), punti 60-62) e ai sensi del quale – con riferimento alle concessioni che presentano un interesse transfrontaliero – la proroga sarebbe ugualmente incompatibile (così come, evidentemente, legittimi gli effetti in *malam partem*).

Difficilmente comprensibile e financo bizzarro, quindi, è il tentativo dei giudici di escludere la rilevanza dell'art. 49 TFUE sulla base di una presunta differenza degli effetti di questo rispetto all'art. 12 della direttiva. L'art. 49 TFUE, infatti, secondo i giudici costituirebbe solo “una norma di carattere generale che sancisce l'obbligo degli Stati membri di rispettare i valori di cui all'art. 2 TFUE [!], quindi, ad esempio, di assicurare nell'ambito del proprio territorio la libertà di stabilimento (...)”. Non solo: la tesi di una presunta assenza di effetti diretti dell'art. 49 TFUE sembra emergere dalla formulazione del terzo quesito (su cui *infra*, par. 3), dove il collegio pare sostenere che, dalla violazione dell'articolo, derivi solo la responsabilità dello Stato.

2.1. Com'è noto, qualora la norma di derivazione “comunitaria” sia direttamente efficace, il giudice, applicando la dottrina [Van Gend & Loos](#), è tenuto a disapplicare la norma nazionale contrastante ponendo in essere il c.d. “effetto di sostituzione”, in virtù del quale la norma sovranazionale, appunto, “prende il posto” di quella interna incompatibile.

Tale effetto sostitutivo è pacificamente da escludere in caso di disposizione priva di effetti diretti (v., per tutti, [L. S. ROSSI](#)). Chiaro che, essendosi in questo caso il collegio pronunciato per l'insussistenza di effetti diretti della direttiva servizi (e, in specie, del suo art. 12), gli scenari possibili sono quindi altri.

Come noto, in caso di disposizione non direttamente efficace, il “passaggio obbligato” (così D. GALLO, *op. cit.*, spec. p. 207) per il giudice è quello dell'interpretazione conforme e, qualora quest'ultima non sia possibile o risolutiva, è allora necessario rivolgersi alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia (in quest'ultimo caso per chiarire la portata interpretativa – o la validità – della norma “comunitaria” rilevante).

Il TAR Lecce, in questo specifico frangente, ha ritenuto non ammissibile l'interpretazione conforme, adducendo una presunta violazione del principio della certezza del diritto. Sul punto è innegabile che l'interpretazione conforme non debba fare da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale e debba assicurare il rispetto di principi fondamentali quali la certezza del diritto e l'irretroattività (cfr., per tutte, [Kolpinghuis Nijmegen](#), punto 13). Peraltro, non è chiaro (perché non è esplicitato dai

giudici) come l'interpretazione conforme, nel caso di specie, mini al principio della certezza del diritto. Probabilmente la risposta deve identificarsi nella asserita impossibilità, per il giudice nazionale, di "accedere a una normativa di riferimento".

Scartata, quindi, la possibilità di ricorrere all'interpretazione conforme, il collegio, riportando una teoria consolidata del *Conseil d'Etat* francese, che ha più volte disapplicato norme nazionali contrastanti con una direttiva a prescindere dalla natura "*self-executing*" della stessa e, quindi, senza subordinare l'effetto di esclusione all'esistenza di effetti diretti (v., ad esempio, *Société Metro Holding*, ripresa da L. S. ROSSI, *op. cit.*), ha per l'appunto valutato l'eventualità di procedere a una mera esclusione della norma interna difforme.

La scelta dei giudici di valutare l'invocabilità dell'esclusione ha un suo fondamento: d'altro canto, come chiaramente evidenziato in dottrina, l'effetto di esclusione "si fonda sull'idea che un atto dell'Unione sprovvisto di efficacia diretta [possa] limitarsi ad impedire l'applicazione di una norma interna con esso contrastante senza comportare la sua sostituzione" (F. FERRARO, *spec. p.* 10).

Come altrimenti detto, l'effetto di esclusione non ha tanto lo scopo di consentire l'"attivazione" di un diritto riconosciuto nella norma "comunitaria", ma quello di "ottenere un controllo di legittimità di una norma di diritto interno", anziché sostituirla (sempre G. GALLO, *op. cit.*, *spec. p.* 164).

Ad avviso del collegio, peraltro, l'effetto di esclusione, sebbene la norma fosse stata qualificata come priva di efficacia diretta, non era in questo caso ammissibile: il rispetto del principio della certezza del diritto costituirebbe "un limite non solo all'obbligo di interpretazione conforme, ma anche un limite ostativo all'effetto di mera esclusione, atteso che la disapplicazione o violazione della legge nazionale – in assenza di una norma unionale sostitutiva idonea a disciplinare la fattispecie e nelle ipotesi in cui non sia possibile il ricorso all'interpretazione conforme – determin[erebbe] un *vulnus* nell'ordinamento giuridico e una soluzione di continuità nella tutela giurisdizionale". I giudici, in questo modo, hanno ritenuto l'effetto di esclusione unicamente attribuibile alle norme prive di effetto diretto, salvo poi chiedere chiarimenti sul punto nel quinto quesito.

Come si dirà *infra*, par. 3, queste considerazioni, seppur (solo parzialmente) fondate da un punto di vista squisitamente teorico, hanno giustificato un quesito *prima facie* piuttosto discutibile.

2.2. Un'ulteriore questione giuridica affrontata dai giudici è quella relativa alla qualificabilità della direttiva servizi come di liberalizzazione o di armonizzazione, com'è noto parimenti vagliata (e risolta nel primo senso) dall'Adunanza plenaria nelle citate sentenze "gemelle".

Il TAR Lecce, com'era legittimo aspettarsi (visto l'intero tenore dell'ordinanza di rinvio), non ha condiviso l'orientamento espresso dal CdS e

ha qualificato la direttiva come di “armonizzazione”. Da tale discutibile premessa sono derivate delle discutibili conclusioni di cui si dirà a breve.

Il collegio ha argomentato la sua tesi sulla base di una dubbia interpretazione (i) delle sentenze della Corte *Promoimpresa* e X e (ii) del considerando n. 7 della stessa direttiva 2006/123/CE.

Sotto il primo profilo, i giudici hanno fatto leva sulle dichiarazioni della Corte di Lussemburgo secondo cui gli artt. da 9 a 13 della direttiva “provved[on]o ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di applicazione” (*Promoimpresa*, punto 61) e secondo cui la direttiva mira ad “una armonizzazione vertente su precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio” (X, punto 106).

Sotto il secondo profilo, il considerando n. 7, per i giudici rilevarebbe nel punto in cui statuisce che la direttiva istituisce un quadro giuridico che mira a “eliminare in via prioritaria gli ostacoli che possono essere rimossi rapidamente e, per quanto riguarda gli altri ostacoli, nell’avviare un processo di valutazione, consultazione e armonizzazione complementare in merito a questioni specifiche grazie al quale sarà possibile modernizzare progressivamente ed in maniera coordinata i sistemi nazionali [...]”, nonché quando dichiara che “È opportuno prevedere una combinazione equilibrata di misure che riguardano l’armonizzazione mirata, la cooperazione amministrativa, la disposizione sulla libera prestazione di servizi e che promuovono l’elaborazione di codici di condotta su determinate questioni”.

Vale la pena chiarire sin da subito che, evidentemente, quando la Corte parla di “armonizzazione” sembrerebbe parlare, a ben vedere, dell’armonizzazione delle condizioni di liberalizzazione poste dalla direttiva che, per l’appunto, mirando a rimuovere gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, è una direttiva di liberalizzazione e non di armonizzazione.

E invero il TAR Lecce sembra tralasciare il fatto che la sentenza X ha altresì dichiarato che la direttiva “fissa disposizioni generali *volte ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento* dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra i medesimi, *al fine di contribuire alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale*” (punto 104, corsivo aggiunto). Nella medesima sentenza, i giudici di Lussemburgo hanno quindi proseguito chiarendo che “la piena realizzazione del mercato interno dei servizi richiede anzitutto che *vengano soppressi gli ostacoli incontrati dai prestatori per stabilirsi negli Stati membri*” e non, evidentemente, l’“armonizzazione” delle discipline nazionali che prevedono ostacoli alla libera circolazione (punti 105 e 106).

Queste considerazioni, come correttamente evidenziato dal CdS, valgono anche per gli artt. da 9 a 13, che, armonizzando “precisi aspetti della regolamentazione delle attività di servizio”, non hanno lo scopo di introdurre una normativa comune e uniforme sostitutiva delle legislazioni interne, ma hanno all’opposto l’obiettivo di creare uno strumento che eviti un’applicazione divergente delle legislazioni interne stesse (sul punto v., per tutti, F. POCAR, *Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella Comunità*

europa, in M. MISTRI, A. PAPISCA (a cura di), *La sfida europea*, Padova, 1984, p. 93 ss.).

I giudici amministrativi non hanno tenuto in debita considerazione anche il tenore letterale dello stesso considerando n. 7, che è chiaro nell'annunciare "in via prioritaria [l'eliminazione] degli ostacoli [alla libertà di stabilimento] che possono essere rimossi rapidamente" e, solo con riguardo agli "altri" ostacoli, "[l'avviamento di [un] processo di [armonizzazione] complementare in merito a questioni specifiche per modernizzare progressivamente e in maniera coordinata i sistemi nazionali (...)]" (corsivi aggiunti).

Ad ogni modo, sulla base di tali premesse la prima sezione del TAR Lecce ha ritenuto venisse in evidenza la violazione dell'art. 115 TFUE (già art. 94 TCE), che prevede la deliberazione all'unanimità delle direttive di armonizzazione e coordinamento "fatto salvo l'art. 114 TFUE" (inciso introdotto, com'è noto, dal Trattato di Lisbona. Per i dovuti approfondimenti v., per tutti, P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *Commento all'art. 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 1260 ss.; nonché ID., *Commento all'art. 115*, *ivi*, p. 1269 ss.).

Anche a prescindere dal fatto che, come dimostrato, si tratta di una direttiva di liberalizzazione e non di armonizzazione e che, quindi, la base giuridica scelta (l'ex art. 251 TCE, attuale art. 294 TFUE) è corretta, anche il riferimento all'art. 115 TFUE è del tutto fuorviante.

L'art. 114 TFUE, com'è noto, concerne le misure che "che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno", mentre l'art. 115 TFUE (è d'uopo ribadirlo, "fatto salvo l'art. 114") le misure "che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno" (corsivo aggiunto). Non è questa la sede per approfondire l'esegesi di tali disposizioni (si rinvia, quindi, alla dottrina testé citata), ma è quanto mai evidente che la direttiva 2006/123/CE, mirando alla realizzazione di un mercato interno dei servizi libero e concorrenziale, abbia ad oggetto il *funzionamento* del mercato interno. Pertanto, a onor di precisione, il collegio avrebbe tutt'al più dovuto riferirsi all'art. 114 TFUE e non al successivo art. 115 TFUE (art. 114 che, come noto, prevede un sistema di voto a maggioranza qualificata e non all'unanimità).

3. Com'è noto, ossequiando la giurisprudenza *Cilfit* e alla luce di *Promoimpresa*, l'Adunanza plenaria non aveva ritenuto necessario operare un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

Viceversa, i giudici pugliesi (che non hanno fatto grande mistero di non condividere i presupposti logici, l'argomentare e le conclusioni espressi dalle citate sentenze "gemelle") hanno ritenuto opportuno avvalersi dello strumento di cui all'art. 267 TFUE.

In generale, il fatto di rivolgersi alla Corte di giustizia non è di per sé errato, considerate le premesse di cui sopra. D'altro canto, in uno scenario in cui il giudice nazionale ritiene (i) che la disposizione rilevante non abbia effetto diretto, (ii) che l'interpretazione conforme non sia possibile e (iii) che l'effetto oppositivo parimenti sia da escludere, un pregiudiziale controllo da

parte della Corte era probabilmente una delle strade da considerare. Certo sarebbe stato preferibile, da parte dei giudici, rimettere la causa alla Consulta affinché dichiarasse, ai sensi dell'art. 136 Cost., l'incostituzionalità delle norme che concedono proroghe automatiche (come vieppiù auspicato in dottrina: v., per tutti, C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, p. 296 ss., spec. p. 317). Tale ipotesi, peraltro, non è stata nemmeno vagliata. La scelta di un rinvio verso Lussemburgo è dunque esplicitiva di un diffuso atteggiamento ricalcitante verso la direttiva. Il fatto che l'Italia, infatti, per mano dei suoi giudici, contesti l'atto a distanza di sedici anni dalla sua entrata in vigore è quantomeno curioso.

Il primo quesito proposto, infatti, è quello relativo alla validità della direttiva rispetto all'art. 115 TFUE. Rinviando al testo dell'ordinanza rispetto agli altri otto quesiti, merita in questa sede metterne comunque in evidenza alcuni per la loro rilevanza e/o peculiarità.

Innanzitutto – com'era prevedibile – con il secondo quesito, i giudici hanno chiesto se la direttiva possa ritenersi auto-esecutiva e immediatamente applicabile.

Con il terzo quesito (tra i più "coloriti") il collegio, posta l'eventuale natura non *self-executing* della direttiva, ha domandato "se risulti compatibile con i principi di certezza del diritto l'effetto di mera esclusione o di disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale anche nell'ipotesi in cui non risulti possibile per il giudice nazionale il ricorso all'interpretazione conforme ovvero se invece, in siffatta ipotesi, non debba o possa trovare applicazione la legge nazionale, ferme restando le specifiche sanzioni previste dall'ordinamento unionale per l'inadempimento dello stato nazionale". A prescindere dalla complicata articolazione del quesito, è quanto meno interessante che il giudice amministrativo (estensione, in una certa misura, dello Stato) "ammetta" e, anzi, richieda espressamente di violare il diritto dell'Unione, pur consapevole ("ferme restando") delle possibili conseguenze sanzionatorie.

Con il quinto quesito, il TAR ha riproposto un suo "cavallo di battaglia" (essendo una tesi già avanzata nella criticata sentenza n. 1321/2020) chiedendo se la disapplicazione meramente ostativa della legge nazionale possa o debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice nazionale ovvero anche del singolo funzionario o dirigente di un comune (ritenendo invece ammissibile la disapplicazione sostitutiva, con ciò invero facendo un passo avanti rispetto alla pronuncia del 2020).

Il nono ed ultimo quesito, forse il più interessante, mira a comprendere se un'eventuale "immediata applicabilità possa ritenersi sussistere anche in concreto in un contesto normativo [...] nel quale vige l'art. 49 cod. nav. (che prevede che all'atto di cessazione della concessione "tutte le opere non amovibili restano acquisite allo Stato senza alcun compenso o rimborso") e se tale conseguenza [...] risulti compatibile con la tutela di diritti fondamentali, come il diritto di proprietà [...]". Non può non notarsi come il quesito si leghi

al problema (che non è possibile approfondire in questa sede) della previsione di un indennizzo a favore del concessionario uscente e, in particolare, alla sua eventuale qualificabilità come “vantaggio al prestatore uscente” ai sensi dell’art. 12, par. 2, della direttiva.

4. Con ogni probabilità, la Corte di giustizia si pronuncerà esclusivamente sui due quesiti che, è quasi superfluo evidenziarlo, rappresentano la stessa premessa logica di tutta l’ordinanza. Innanzitutto, sulla correttezza della base giuridica scelta a fondamento della direttiva (l’art. 251 TCE). In secondo luogo, sull’effetto diretto della stessa. È chiaro che, una volta statuito su questi due punti, tutti gli altri potrebbero restare, in potenza, “assorbiti”. La Corte, peraltro, potrebbe volersi pronunciare anche sui quesiti rimanenti, per chiarire una volta per tutte degli aspetti che, evidentemente, non sono del tutto pacifici.

Sarà piuttosto interessante verificare come la presentazione di questo rinvio pregiudiziale inciderà, da un lato, sul corso del [d.d.l. “concorrenza”](#) e, dall’altro lato, sulla procedura di infrazione n. 2020/4118 pendente.

Sotto il primo profilo, infatti, il fatto che il 26 maggio scorso sia stato trovato l’accordo politico sulla norma contenuta nel d.d.l. concorrenza e il fatto che il Senato abbia [approvato](#) in Commissione il subemendamento all’emendamento governativo, allontana lo scenario (di per sé non inverosimile) che le forze politiche “strumentalizzino” il rinvio in Corte di giustizia per posticipare (ancora una volta) l’adozione di una disciplina sulle concessioni demaniali razionalizzata e, soprattutto, conforme al diritto dell’Unione.

Sotto il secondo profilo, invece, si dubita che la Commissione sospenderà la procedura *ex art. 258 TFUE* (come di regola avviene in pendenza di un rinvio pregiudiziale, perlomeno a partire dalla comunicazione “[Risultati migliori attraverso una migliore applicazione](#)”). Ciò essenzialmente per una ragione: l’esistenza (e la potenziale natura risolutiva dell’infrazione) del predetto d.d.l. concorrenza, infatti, potrebbe indurre la Commissione a ritenere prioritaria l’eliminazione della situazione di difformità piuttosto che attendere il pronunciamento della Corte, che allungherebbe ancora di più i tempi.

Naturalmente, anche lo scenario opposto non è da escludere. La Commissione potrebbe sospendere o, comunque, non aggravare l’infrazione in attesa del giudizio della Corte di giustizia. Per il momento, comunque, la chiusura della saga “concessioni balneari” resta, quindi, ancora un miraggio.