

LA QUESTIONE DELLE CONCESSIONI BALNEARI DOPO LE SENTENZE DEL TAR LECCE E DELLA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE

di

Vincenzo De Michele

SOMMARIO: 1. L'attuale assetto legislativo della durata a tempo indeterminato delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nel dialogo burrascoso tra le Istituzioni politiche e giurisdizionali nazionali e sovranazionali. – 2. L'interpretazione (forse) autentica della sentenza AGCM della Corte UE. – 3. La corretta applicazione della sentenza AGCM della Corte di giustizia nelle decisioni del TAR Lecce. – 4. La prima procedura di infrazione della Commissione Ue, l'abrogazione del diritto di insistenza in favore delle CDM e la giurisprudenza della Corte costituzionale. - 5. Il controverso parere motivato della Commissione Ue sulla incompatibilità comunitaria della durata a tempo indeterminato delle concessioni balneari. – 6. Le Sezioni unite della Cassazione annullano le sentenze dell'Adunanza plenaria per eccesso di potere giurisdizionale sulla legittimazione processuale dei titolari di interessi collettivi e sulla violazione delle competenze del legislatore. - 7. Considerazioni finali.

**

1. L'attuale assetto legislativo della durata a tempo indeterminato delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali nel dialogo burrascoso tra le Istituzioni politiche e giurisdizionali nazionali e sovranazionali

- 1. Le sentenze gemelle del 2 novembre 2023 nn.1223 e 1224 del TAR Lecce (Pres. Est. Pasca) e la sentenza del 23 novembre 2023 n.32559 della Corte di Cassazione a Sezioni unite (Pres. D'Ascola, Est. Lamorgese) segnano due momenti interpretativi importantissimi e decisivi nella complessa vicenda della legittimità delle proroghe legislative delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali¹ (d'ora innanzi, CDM o concessioni balneari), che ha visto coinvolte tutte le Istituzioni dell'Unione europea (Commissione e Corte di giustizia in primo luogo, ma anche Parlamento europeo) e tutte le Istituzioni nazionali di vertice sia politiche e legislative (Governo e Parlamento, Presidente della Repubblica) sia giurisdizionali**

¹ Su cui, prima della sentenza AGCM della Corte di giustizia, cfr. E. Boscolo, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in Urb. App., 2016, p. 1217 ss.; M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato*, in Dir. econ, 2015, p. 9 ss.; V. De Michele, *Lo strano caso delle concessioni balneari e la giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato sulla primazia del diritto Ue*, su europeanrights.eu, 15 settembre 2022; A. Giannelli, *Concessioni di beni e concorrenza*, Napoli, 2018; M. Timo, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020; F. Capelli, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; B. Caravita e G. Carlomagno, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, su federalismi.it, n. 20/2021.

(Consiglio di Stato in adunanza plenaria, Cassazione a Sezioni unite, Corte costituzionale), ponendo però al centro del *certamen* politico-giudiziario lo straordinario giudice nazionale europeo – il TAR Lecce – nel suo eccezionale dialogo con la Corte comunitaria.

2. Si è creato così un vortice di contrastanti interventi istituzionali e politici e di gravi conflitti giurisprudenziali che sembra essere arrivato finalmente ad un approdo di quiete e di pace normativa e interpretativa, togliendo dall'incertezza gli operatori economici del settore per aprire la strada ad un fecondo dibattito tra i giuristi sugli straordinari eventi politici e giurisprudenziali che hanno caratterizzato la complessa vertenza sulle concessioni balneari e sulla conformità o meno della legislazione nazionale rispetto al diritto dell'Unione.
3. Prima dello spirare del **termine del 31 dicembre 2023** di legittima durata della proroga legislativa (fissato invece al 31 dicembre 2033 dall'art.1 commi 682-683 della legge n.145/2018), individuato apoditticamente e dichiaratamente *iussu iudicis* ma *contra legem* dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle due sentenze nn.17 e 18 del 2021², in un mese dal 24.10.2023 al 23.11.2023 **si sono concretizzati eventi che hanno parzialmente rivoluzionato o, meglio, ricondotto a sistema di corretta tutela dei diritti fondamentali**, nel loro insieme, **il quadro eurounitario istituzionale e giurisprudenziale sia della regolamentazione della questione della durata delle concessioni demaniali nei rapporti tra le Corti nazionali e la Corte di giustizia Ue e tra le fonti di diritto interno e di derivazione sovranazionale**, confermando la conformità al diritto dell'Unione dell'attuale assetto legislativo della materia, in contrasto con quanto divisato dal Consiglio di Stato e dalla Commissione europea.
4. Attualmente, infatti, in materia di regolamentazione delle concessioni demaniali marittime in corso al momento dell'entrata in vigore della legge n.14/2023 (27

² Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, Pres. Patroni Griffi, Est.Molinaro (per la n.17) e Giovagnoli (per la n.18), sentenze 9 novembre 2021 nn.17 e 18; su cui v. A.M. Sandulli, *Sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, su Dir.e Soc., n.3/2021; E. Cannizzaro, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18 dell'Ad. plen. del Consiglio di Stato*; in Giustiziainsieme.it, 2021; F.P. Bello, *Primissime considerazioni sulla "nuova" disciplina delle concessioni balneari nella lettura dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, su Giustiziainsieme.it, 2021; M. Timo, *Concessioni balneari senza gara... all'ultima spiaggia*, in Riv. giur. edil., n. 5/2021. La sentenza n.17/2021 dell'A.P. è stata rimessa per la decisione nel merito al Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana. Il CGARS (Pres. De Nictolis, Est. Caleca) con sentenza del 24.1.2022 n.116/2022 ha recepito i principi enunciati dalla Plenaria accogliendo parzialmente la domanda di accertamento del diritto formulata dalla concessionaria COMET s.r.l. con il ricorso introduttivo e ha accertato l'efficacia della concessione demaniale marittima sino al 31 dicembre 2023. La sentenza del CGARS n.116/2022 non è stata impugnata davanti alle Sezioni unite della Cassazione.

febbraio 2023) la disciplina legislativa interna va definita nei termini di seguito precisati, come verrà confermato nello stesso parere motivato del 16.11.2023 della Commissione europea nella procedura di infrazione INFR(2020)4118 (su cui v. *infra*), che invece ritiene erroneamente tale quadro normativo in contrasto con il diritto dell'Unione.

5. **I Comuni e le Amministrazioni pubbliche concedenti diverse dai Comuni** (come la Regione siciliana) **non possono fare bandi** (art.4 comma 4-bis³ della legge n.118/2022, introdotto dall'art.1 comma 8 lettera b della legge n.14/2023) **fino all'emanazione dei decreti legislativi che avrebbero dovuto riordinare la materia** (art.4 della legge n.118/2022).
6. **Le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024** (art.3 comma 1 legge n.118/2022, come modificato dagli artt.12 comma 6-sexies e 10-quater comma 3 1° capoverso del d.l. n.198/2022, convertito con modificazioni dalla legge n.14/2023) **ovvero, fino al 31 dicembre 2025, in presenza di ragioni oggettive che impediscano la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024** (art.3 comma 3⁴ legge n.118/2022, come modificato dall'art.10-quater comma 3 1° capoverso d.l. n.198/2022), **e fino a tale data, cioè fino alla conclusione della procedura selettiva, l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima** (il combinato disposto dell'art.3 commi 2⁵ e 3 2° capoverso della legge n.118/2022, dell'art.10-quater comma 3 2° capoverso⁶ d.l. n.198/2022 e dell'art.4 comma 4-bis della legge n.112/2022, introdotto dall'art.1 comma 8 lettera b

³ Dispone testualmente l'**art.4 comma 4-bis della legge n.118/2022**, introdotto dall'art.1 comma 8 lettera b) della legge n.14/2023, di conversione con modificazioni del d.l. n.198/2022: «Fino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b)».

⁴ Dispone testualmente l'art.3 comma 3 legge n.118/2022, come modificato dall'art.10-quater comma 3 1° capoverso d.l. n.198/2022: «In presenza di ragioni oggettive che impediscono la conclusione della procedura selettiva entro il 31 dicembre 2024, connesse, a titolo esemplificativo, alla pendenza di un contenzioso o a difficoltà oggettive legate all'espletamento della procedura stessa, l'autorità competente, con atto motivato, può differire il termine di scadenza delle concessioni in essere per il tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2025. Fino a tale data l'occupazione dell'area demaniale da parte del concessionario uscente è comunque legittima anche in relazione all'articolo 1161 del codice della navigazione.».

⁵ Questo è il testo dell'**art.3 comma 2 della legge n.118/2022**, come modificato dall'art.10-quater comma 3 1° capoverso d.l. n.198/2022, convertito dalla legge n.14/2023: «2. Le concessioni e i rapporti di cui al comma 1, lettere a) e b), che con atto dell'ente concedente sono individuati come affidati o rinnovati mediante procedura selettiva con adeguate garanzie di imparzialità e di trasparenza e, in particolare, con adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, continuano ad avere efficacia sino al termine previsto dal relativo titolo e comunque fino al 31 dicembre 2024 se il termine previsto è anteriore a tale data.».

⁶ Dispone testualmente l'**art.10-quater comma 3 2° capoverso d.l. n.198/2022**, convertito dalla legge n.14/2023: «Le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori».

della legge n.14/2023).

7. **Il termine di sei mesi per l’emanazione dei decreti legislativi di riordino del settore è scaduto il 27.2.2023** (contestualmente alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale della legge n.14/2023) e, pertanto, **i Comuni non possono fare (più) nessuna gara o procedura selettiva sia per le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali in corso di utilizzazione sia per le CTD non ancora assegnate** (art.3 comma 1 della legge n.118/2022), **ripristinando così di fatto per le concessioni balneari in corso il diritto di insistenza** e quindi la **natura indeterminata della durata delle CDM**.⁷.
8. **Il tavolo tecnico consultivo** in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, istituito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell’art.10-quater commi 1 e 2, del d.l. n.198/2022⁸, acquisiti i dati relativi a tutti i rapporti concessori in essere delle aree demaniali marittime (non di quelle lacuali e fluviali), ha concluso i lavori il 5.10.2023, **rilevando l’insussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile** e, quindi **confermando la durata delle concessioni balneari in corso, che rimangono a tempo indeterminato anche alla luce dell’art.11 della direttiva 2016/123/CE**.
9. Venendo ad esaminare gli eventi accaduti nel mese antecedente il deposito della sentenza in commento della Suprema Corte, va precisato innanzitutto che il **24.10.2023 è stato discusso in udienza pubblica davanti alle Sezioni unite della Cassazione il ricorso n.8394/2022 R.G. dal Sindacato Italiano Balneari SIB** (ricorrente principale), **dalla Regione Abruzzo e da ASSONAT – Associazione Nazionale Approdi Turistici** (ricorrenti incidentali) **avverso la sentenza n.18/2021 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato**, nella parte in cui la decisione del CdS aveva dichiarato inammissibili e improcedibili gli interventi *ad adiuvandum* dei

⁷ La **natura indeterminata della durata delle concessioni demaniali marittime** era prevista con il **diritto di insistenza** dall’originario art.37 del codice della navigazione (r.d. 30 marzo 1942 n.427), come modificato dall’art.2, comma 2, del d.l. n.400/1993 (convertito dalla legge n.494/1993), prima della sua soppressione a seguito dell’abrogazione del 2° capoverso del comma 2 dell’art.37 cod.nav., in sede di conversione con la legge n.25/2010 dell’art.1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009 n.194; successivamente, dall’**art. 1 della legge n.494/1993** che, in particolare, aveva indicato in sei anni la durata delle concessioni per finalità turistico ricreative, disponendo contestualmente il c.d. **rinnovo automatico alla prima scadenza e, successivamente, ad ogni ulteriore scadenza** (art.1 comma 2 legge n.494/1993, come sostituito dall’art.10 comma 1 della legge n.88/2001), fino alla sua abrogazione con l’art.11 della legge comunitaria per il 2010 n.217/2011.

⁸ Il tavolo tecnico di cui all’art.10-quater comma 1 del d.l. n.198/2022, convertito dalla legge n.14/2023, è stato composto da rappresentanti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero dell’economia e delle finanze, del Ministero delle imprese e del made in Italy, del Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica e del Ministero del turismo, da rappresentanti del Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, del Ministro per gli affari regionali e le autonomie e del Ministro per gli affari europei, da un rappresentante delle regioni e da un rappresentante per ogni associazione di categoria maggiormente rappresentativa del settore.

soggetti privati e pubblici titolari di interessi collettivi, estromettendoli dal giudizio n.1975/2021 R.G. (all'epoca) pendente davanti al CdS, dopo il rinvio all'Adunanza plenaria con il decreto presidenziale n.160/2021, duramente censurato nel secondo profilo del primo motivo del ricorso principale della SIB (v. *infra*), che sarà accolto dalle Sezioni unite con la sentenza n.32559/2023. **La Procura generale della Cassazione aveva presentato prima dell'udienza pubblica conclusioni scritte chiedendo l'accoglimento del primo motivo di ricorso di SIB, Regione Abruzzo e ASSONAT**, con assorbimento degli altri motivi di gravame.

10. Va anche evidenziato che, dopo l'estromissione dei ricorrenti nel giudizio che sarà deciso dalle Sezioni unite con la decisione in commento, nello stesso giudizio di appello n.1975/2021 R.G. proposto dal Comune di Lecce nei confronti del concessionario A. Caretto avverso la sentenza n.73/2021 del TAR Lecce che aveva accolto il ricorso dell'impresa balneare contro il diniego di rinnovo della concessione, applicando la sentenza n.18/2021 dell'Adunanza plenaria intervenuta nel corso del predetto giudizio, il Consiglio di Stato – VII Sezione (Pres. Giovagnoli, Est. Franconero) con sentenza del 27 maggio 2023 n.4072/2022 ha accolto l'appello del Comune di Lecce e ha riformato la sentenza di primo grado. Il concessionario balneare A. Caretto non ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del CdS.
11. Il **24 ottobre 2023**, contestualmente all'udienza pubblica davanti alle Sezioni unite, nel pomeriggio venivano discusse davanti alla Commissione PETI del Parlamento europeo le petizioni nn. 365/2014, 1043/2015 e 1077/2015 presentate da concessionari balneari italiani nel 2014 e nel 2015 a difesa del diritto di proprietà e contro l'applicazione della Bolkestein. La Commissione europea rappresentava al Parlamento Ue la situazione di interlocuzione con il Governo italiano sulla questione rispetto alla procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final, rimasta allo stadio della lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020, in piena pandemia.
12. Il **2 novembre 2023** il **TAR Lecce con le sentenze nn.1223-1224/2023** ha applicato la **sentenza AGCM della Corte di giustizia Ue del 20 aprile 2023⁹**, (ri)affidando al legislatore nazionale il compito di riordinare la disciplina delle CDM, cominciando a

⁹ Corte di giustizia, III Sezione, sentenza 20 aprile 2023, causa C-348/22 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Commune de Ginosa), ECLI:EU:C:2023:301, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza AGCM della Corte UE sulla compatibilità con il diritto dell'Unione delle norme interne sulle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, su europeanrights.eu, 15.5.2023.

ridare agli operatori economici del settore e alle Istituzioni nazionali quelle certezze che la stessa **Corte di giustizia** con la prima con la discutibile **sentenza Promoimpresa** del 14 luglio 2016¹⁰ e la Commissione europea poi con l'apertura della procedura di infrazione nel dicembre 2020 e avevano demolito, giustificando l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze del 9 novembre 2021 nn.17 e 18, che sono uscite totalmente ridimensionate dalle decisioni comunitariamente orientate del giudice amministrativo salentino.

13. Dopo le sentenze del Tar Lecce e nonostante l'attesa positiva sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, inaspettatamente il **16.11.2023** è stato notificato al Governo italiano il **parere motivato della Commissione europea nella procedura di infrazione INFR(2020)4118**, che ha abbracciato le tesi dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulla illegittimità della durata sostanzialmente a tempo indeterminato delle CDM, interpretando la sentenza AGCM della Corte di giustizia in senso opposto diametralmente rispetto al TAR Lecce e censurando altresì nel metodo di lavoro e nel merito i dati e i risultati della mappatura del Tavolo tecnico consultivo sulla non scarsità della risorsa naturale e sull'inapplicabilità dell'art.12 della direttiva 2006/123/CE.

14. Il **20 novembre 2023** ItaliaOggi ha pubblicato la seguente comunicazione, che sembra il preavviso del deposito della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione sulla questione delle CDM e dell'eccesso di potere giurisdizionale censurato e censurando alla decisione n.18/2021 della Plenaria, con il preannuncio della pace costruttiva tra i vertici della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa: *«Consapevoli della dimensione di servizio sottesa alla pluralità dei plessi giurisdizionali e dell'unità funzionale delle tutele offerte dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo, la Prima Presidente della Corte di cassazione, Margherita Cassano, e il Presidente del Consiglio di Stato, Luigi Maruotti, hanno concordato di creare stabili occasioni di confronto tra i magistrati della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato. A tal fine, hanno istituito un gruppo di lavoro congiunto, con il*

¹⁰ Corte di giustizia, V Sezione, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa ed altri, ECLI:EU:C:2016:558. In dottrina v. L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, su Riv.it.dir.pubbl.com., 2016, p.912-926; L. Griselli, *Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, sentenza 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15*, su Riv.it.dir.pubbl.com., 2016, p.1293-1297; G. Bellitti, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, su Giorn.dir.amm., 2017, p.60-67; G. Marchiafava, *La prorogation automatique des concessions domaniales maritimes et lacustres italiennes à des fins touristique-récréatives et le droit de l'Union européenne*, su Le droit maritime français, 2017, p.349-361; V. De Michele, *Lo strano caso delle concessioni balneari e la giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato sulla primazia del diritto Ue*, cit.

compito di approfondire questioni interpretative su temi generali relativi al riparto di giurisdizione e di verificare la possibilità di elaborare a questo riguardo convergenti linee di orientamento da offrire ai futuri sviluppi giurisprudenziali nelle sedi proprie.».

15. Infine, il **23 novembre 2023**, confermando le conclusioni scritte della Procura generale, **la Corte di Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n.32559/2023 ha accolto il primo motivo dei ricorsi di SIB, ASSONAT e Regione Abruzzo**, assorbiti gli altri motivi di gravame, come riviene dal comunicato stampa pubblicato sul sito ufficiale della Suprema Corte: *«Le Sezioni Unite civili, con sentenza n. 32599 pubblicata il 23 novembre 2023, hanno deciso sui ricorsi per cassazione proposti avverso la sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 18 del 2021, che aveva dichiarato inammissibili gli interventi di tutte le associazioni di categoria e di una Regione e affermato la contrarietà al diritto dell’Unione delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreative, indicando il termine di efficacia delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2023. Le Sezioni Unite civili hanno accolto i ricorsi e cassato la sentenza impugnata nella parte riguardante l’estromissione dal giudizio delle associazioni di categoria e di una Regione, ravvisandovi un diniego di giurisdizione, e hanno rimesso al Consiglio di Stato di riesaminare le questioni di merito nella pienezza del contraddittorio con le associazioni e la Regione, anche alla luce delle sopravvenienze legislative nel frattempo intervenute.».*

2. L’interpretazione (forse) autentica della sentenza AGCM della Corte UE

16. L’interpretazione della sentenza AGCM della Corte di giustizia Ue in *subiecta materia* è profondamente diversa se si considera l’opinione del TAR Lecce (e del Governo italiano) e quella opposta della Commissione europea.

17. Chi scrive¹¹ aveva segnalato quella che sembrava l’interpretazione unica della decisione del 20 aprile 2023 della Corte comunitaria, che si va a riproporre senza pretesa che sia l’interpretazione autentica, anche se sembra quella più logica sotto il

¹¹ V. De Michele, *La sentenza AGCM della Corte UE*, *op.cit.*.

profilo sistematico e letterale della sentenza AGCM.

18. La Corte di giustizia nella sentenza AGCM aveva fornito inaspettatamente una **doppia soluzione** della questione, per soddisfare due esigenze ed obiettivi apparentemente in contrasto tra di loro.
19. Da un lato, la Corte Ue voleva salvaguardare l'autorevolezza dei *dicta* delle decisioni del 9 novembre 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e la pretesa di applicazione diretta della direttiva Bolkestein anche nei confronti delle amministrazioni pubbliche oltre che dei giudici.
20. Dall'altro, la Corte UE intendeva consolidare e rinforzare il dialogo e la cooperazione con il giudice nazionale del rinvio pregiudiziale e nella pretesa del primo di chiedere comunque lumi interpretativi sul diritto dell'Unione sull'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE, ritenendo il TAR Lecce nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, giustamente, che tale normativa Ue non potesse avere un'efficacia vincolante orizzontale diretta nei confronti dei privati concessionari balneari a fronte di condizioni di applicabilità della direttiva servizi che pretendavano specifici atti di recepimento da parte dell'ordinamento interno.
21. Si è commentato¹² che questi due obiettivi apparentemente irrealizzabili nella loro contestualità erano stati invece agevolmente raggiunti dalla Corte di giustizia nella sentenza AGCM, favorendo l'interpretazione dell'art.12 paragrafo 1 della direttiva 2006/123/CE in modo tale da pervenire al **risultato utile di rendere inapplicabile la direttiva servizi alle CDM in corso**, da un lato a) **per mancanza del presupposto fondamentale per l'applicazione della predetta normativa derivata che limita la durata delle autorizzazioni e impone la selezione nella scelta dei concessionari**; dall'altro, b) **escludendo l'applicabilità della Bolkestein alle concessioni demaniali marittime assegnate prima del 28 dicembre 2009**.
22. Sotto il primo e fondamentale profilo, ai punti 43-49 la Corte rispondeva alla **prima parte dell'ottavo quesito pregiudiziale**, con il quale il TAR Lecce quale giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se l'articolo 12 paragrafo 1 della direttiva 2006/123/CE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che la scarsità delle risorse naturali e delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su

¹² Cfr. V. De Michele, *La sentenza AGCM della Corte UE*, op.cit.

un'analisi del territorio costiero del comune in questione, oppure se tale valutazione debba essere effettuata esclusivamente sulla base dell'uno o dell'altro di detti approcci (sentenza AGCM, punto 43).

23. La Corte ha ammesso, dando ragione sul punto alle sentenze dell'Adunanza plenaria che erano partite da questo presupposto interpretativo individuato dalla sentenza Promoimpresa al punto 43, che effettivamente la decisione del 2016 aveva ivi precisato che si doveva prendere in considerazione la circostanza che le concessioni di cui trattasi sono rilasciate a livello non nazionale bensì comunale, al fine di determinare se le aree demaniali che possono essere oggetto di sfruttamento economico fossero in numero limitato (sentenza AGCM, punto 44).

24. Tuttavia, **secondo la Corte Ue nella sentenza AGCM tale precisazione contenuta nella sentenza Promoimpresa costituiva una mera indicazione rivolta al giudice del rinvio e si spiegava con il contesto della causa che ha dato luogo a detta sentenza** (sentenza AGCM, punto 45). Infatti, alla luce del suo tenore letterale, l'articolo 12 paragrafo 1 della direttiva servizi conferisce agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. Tale margine di discrezionalità può condurli a preferire una valutazione generale e astratta, valida per tutto il territorio nazionale, ma anche, al contrario, a privilegiare un approccio caso per caso, che ponga l'accento sulla situazione esistente nel territorio costiero di un comune o dell'autorità amministrativa competente, o addirittura a combinare tali due approcci (sentenza AGCM, punto 46). In particolare, la combinazione di un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e di un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione, risulta equilibrata e, pertanto, idonea a garantire il rispetto di obiettivi di sfruttamento economico delle coste che possono essere definiti a livello nazionale, assicurando al contempo l'appropriatezza dell'attuazione concreta di tali obiettivi nel territorio costiero di un comune (sentenza AGCM, punto 47). In ogni caso, è necessario che i criteri adottati da uno Stato membro per valutare la scarsità delle risorse naturali utilizzabili si basino su criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati (sentenza AGCM, punto 48).

25. Alla luce di queste considerazioni, **la Corte UE nella sentenza AGCM ha risposto dichiarando che l'articolo 12 paragrafo 1 della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che la scarsità delle risorse naturali e**

delle concessioni disponibili sia valutata combinando un approccio generale e astratto, a livello nazionale, e un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio costiero del comune in questione (sentenza AGCM, punto 49 e conclusioni), così smontando le fondamenta di tutta la costruzione interpretativa delle sentenze della Plenaria del CdS, costruite sull'erroneo presupposto del già avvenuto accertamento della scarsità della risorsa naturale, che invece spetta allo Stato membro effettuare, partendo dalla mappatura del demanio costiero a livello nazionale.

- 26.** Sotto un secondo profilo, dopo aver neutralizzato il presupposto stesso di applicazione dell'art.12 paragrafo 1 della direttiva Bolkestein mettendo in discussione la scarsità della risorsa naturale, la cui verifica è demandata allo Stato proprietario del demanio pubblico e quindi all'Esecutivo (non al Consiglio di Stato o ai giudici), la Corte UE nella sentenza AGCM ai punti 61-74 ha risposto alla seconda e alla quarta questione dell'ordinanza di rinvio del TAR Lecce dichiarando che l'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/UE deve essere interpretato nel senso che l'obbligo, per gli Stati membri, di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali, nonché il divieto di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività sono enunciati in modo incondizionato e sufficientemente preciso da poter essere considerati disposizioni produttive di effetti diretti (sentenza AGCM, punto 74 e conclusioni).
- 27.** Tale effetto diretto non ha nessuna valenza pratica perchè è carente, appunto, del presupposto di applicazione dell'art.12 paragrafo 1 della direttiva servizi, cioè della verifica della scarsità della risorsa naturale a livello nazionale, demandata al Governo proprietario del demanio: *«Nel caso di specie, risulta dallo stesso tenore letterale dell'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva 2006/123 che, **qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali**, gli Stati membri devono applicare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.»* (sentenza AGCM, punto 66).
- 28.** Fatta questa precisazione, la Corte ha puntualizzato che *«occorre sottolineare che una sentenza pregiudiziale, come **la sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a.***

(C-458/14 e C-67/15, EU:C:2016:558), chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma stabilita da detta disposizione della direttiva 2006/123, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore, ossia, conformemente all'articolo 44 di tale direttiva, a decorrere dal 28 dicembre 2009. Ne consegue che detta norma così interpretata deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima di tale sentenza» (sentenza AGCM, punto 73).

29. In buona sostanza, anche su questo punto **la Corte nella sentenza del 20.4.2023 ha corretto** (in realtà ha demolito) **la sentenza Promoimpresa del 14.7.2016, nella parte in cui ha preteso di chiarire il significato e la portata dell'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE rispetto a rapporti giuridici dei concessionari demaniali marittimi e lacuali iniziati prima del 28 dicembre 2009 e che, quindi, erano al di fuori del campo di applicazione della direttiva servizi, con conseguente irricevibilità** (erroneamente **non dichiarata** dalla Corte nella sentenza Promoimpresa, ignorando il disposto dell'art.44 della direttiva Bolkestein) **delle questioni sollevate nei giudizi riuniti C-458/14 Promoimpresa e C-67/15 Melis.**

3. La corretta applicazione della sentenza AGCM della Corte di giustizia nelle decisioni del TAR Lecce

30. A seguito della intervenuta sentenza AGCM, per la decisione in sede di riassunzione del giudizio principale davanti al giudice amministrativo salentino è stata fissata all'udienza pubblica del 27 settembre 2023, *«nel corso della quale le parti hanno preliminarmente formulato istanza di rinvio in relazione all'opportunità di attendere la conclusione dei lavori del tavolo tecnico relativo alla mappatura della costa e delle c.d.m. ai fini della fissazione di criteri omogenei idonei a consentire all'Autorità centrale e/o ai Comuni di procedere alla valutazione del requisito della scarsità della risorsa naturale disponibile.»*.

31. Come anticipato, dopo l'udienza di discussione davanti al TAR Lecce, il 5 ottobre 2023 si sono conclusi i lavori del Tavolo tecnico consultivo in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, istituito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art.10-quater commi 1 e 2, del d.l. n.198/2022,

con il compito di definire i criteri tecnici per la determinazione della sussistenza della scarsità della risorsa naturale disponibile.

- 32.** I dati sui rapporti concessori in essere sulle aree demaniali marittime, nelle more dell'operatività del sistema Siconbep, sono stati acquisiti attraverso la banca dati SID - Portale del mare. Sulla base dei dati disponibili all'attualità, secondo il Governo, è risultato che la quota di aree occupate dalle concessioni demaniali equivale, attualmente, al 33% delle aree disponibili.
- 33.** In linea con la descritta interpretazione (forse) autentica della sentenza AGCM della Corte di giustizia, la Presidenza del Consiglio dei Ministri con la nota ufficiale del 6.10.2023 ha comunicato che, quanto ai criteri tecnici utili a determinare la sussistenza della scarsità della risorsa naturale, il Tavolo tecnico ha evidenziato come, in base agli elementi finora raccolti e analizzati, questi debbano essere individuati tenendo conto del dato nazionale, secondo un approccio generale e astratto, proporzionato e non discriminatorio.
- 34.** Alla luce di questo nuovo quadro giurisprudenziale e normativo/amministrativo statale, con le decisioni in commento ai punti 7-10 il TAR Lecce ha così chiuso con sicurezza e determinazione, a suo favore, il braccio di ferro con le sentenze nn.17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, basandosi (soltanto) sulle precisazioni della sentenza AGCM della Corte di giustizia ai punti 46-48 e 78 sulla necessità, ai fini dell'applicabilità dell'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein 2016/123/CE, della verifica preventiva della scarsità delle risorse naturali, di competenza del Governo proprietario (e della Regione siciliana) del suolo demaniale e non dei Comuni.
- 35.** In particolare, il TAR Lecce al punto 7 delle identiche decisioni ha sottolineato il carattere innovativo della sentenza AGCM della Corte di giustizia rispetto alla precedente decisione Promimpresa: *«7. Occorre anzitutto premettere che la sentenza della Corte di Giustizia del 20 aprile 2023 deve costituire per il Giudice un dato di fatto ed un indiscutibile punto di riferimento, lasciando all'Accademia e agli studiosi del diritto unionale ogni altra valutazione o disquisizione sul piano scientifico, disquisizioni che non rilevano invece ai fini della presente decisione. E' importante evidenziare come la recente sentenza C.G.U.E. del 20 aprile 2023 si ponga in continuità rispetto alla precedente sentenza Promimpresa del 2016, più volte citata nel testo e oggetto di precisazioni e chiarimenti anche di contenuto innovativo. Ed infatti, a distanza di sette anni dalla Promimpresa, con la sentenza del 20 aprile 2023, quasi in una sorta di working in progress, la Corte in larga parte*

conferma ed in parte modifica l'impianto motivazionale e interpretativo precedente.».

36. Al punto 8 il TAR Lecce ha evidenziato il carattere innovativo della sentenza AGCM nella necessità di verifica, prima dell'applicazione dell'art.12 della direttiva 123/2006/CE, la sussistenza o meno della scarsità delle risorse naturali in questione da parte del Governo centrale, proprietario dei beni demaniali, senza avventurarsi sulla ulteriore precisazione fatta dalla Corte Ue sull'inapplicabilità della Bolkestein rispetto alle CDM assegnate prima del 28.12.2006: «8. *Portata invece decisamente modificativa e innovativa deve riconoscersi alla statuizione relativa alla valutazione della scarsità della risorsa e delle autorizzazioni disponibili, sia con riferimento all'individuazione del soggetto cui compete la definizione dei criteri, sia con riferimento al metodo e all'ampiezza del potere discrezionale riconosciuto allo stato membro, sia infine quanto alla qualificazione di siffatto procedimento come una pre-condizione ovvero come presupposto da accertarsi in via preliminare. Ed infatti, al punto 78, precisando l'indicazione contenuta al punto 43 della Promoimpresa, la Corte circoscrive e delimita il ruolo del Giudice nazionale in ordine alla valutazione della scarsità delle risorse naturali, attribuendo a quest'ultimo solo una funzione di secondo grado ovvero di controllo, come esattamente indicato al punto 71: "La circostanza che tale obbligo e tale divieto si applichino solo nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali utilizzabili, le quali devono essere determinate in relazione ad una situazione di fatto valutata dall'amministrazione competente sotto il controllo di un giudice nazionale..."*. **Appare evidente che la Corte di Giustizia, innovativamente e per la prima volta, abbia individuato la valutazione della scarsità delle risorse naturali disponibili come preliminare accertamento, al cui esito risulta subordinata espressamente l'applicabilità stessa dell'articolo 12 paragrafi 1 e 2 della Direttiva. Appare altrettanto evidente che la Corte di Giustizia, innovativamente e per la prima volta, abbia individuato il soggetto tenuto ad effettuare tale preliminare valutazione nello Stato-amministrazione e anzitutto negli organi di governo degli stati membri, restando pertanto esclusa la legittimità di una valutazione o declaratoria tout court della scarsità della risorsa ad opera del Giudice nazionale in via generale ed astratta (in assenza di criteri trasparenti ed uniformi e di attività istruttoria).** Il riferimento alla esclusiva competenza dell'autorità di Governo e dell'Amministrazione attiva risulta evidente proprio in ragione del riconoscimento agli stati membri di un ampio margine di discrezionalità nella scelta di criteri uniformi di valutazione della scarsità..... La centralità del procedimento di valutazione della scarsità delle risorse naturali risulta ancor più evidente dalla particolare attenzione ad esso riservata dalla Corte di Giustizia, che ha suggerito anche un approccio "procedimentale", indicando in particolare come preferibile una definizione di criteri "obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati" a livello di Autorità centrale in via generale ed astratta, combinato con "un approccio caso per caso, basato su un'analisi del territorio

costiero del singolo comune”. Inserendosi nel contesto interpretativo del diritto unionale, lo schema procedimentale proposto deve riguardarsi come indicativo e come ottimale percorso in vista della attuazione della direttiva.».

37. Ai punti 9 e 10 delle sentenze in commento il TAR Lecce ha individuato la soluzione della controversia nella valenza cogente della nuova interpretazione da parte della Corte di giustizia delle norme unionali in questione: «9. Come è noto, infatti, le “statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”, secondo quanto previsto dalle norme del trattato e come ribadito dalla Corte Costituzionale già con le sentenze nn. 113/85 e 39/89, hanno sostanzialmente la medesima natura delle norme unionali oggetto di interpretazione (A.P. 11/2016), sono quindi qualificabili come sopravvenienze normative (A.P. 17 e 18 del 2021) e, avendo natura dichiarativa e non costitutiva, hanno efficacia retroattiva. Ed infatti le sentenze della Corte di Giustizia devono ritenersi, se non fonti del diritto in senso proprio, tuttavia vincolanti quanto all’interpretazione e, pertanto, fonti di integrazione del diritto unionale, del quale esprimono interpretazione autentica. Pertanto **la Direttiva Bolkestein non può essere letta se non alla luce delle statuizioni interpretative autentiche contenute nelle sentenze della Corte di Giustizia e, in particolare, della recente sentenza del 20 aprile 2023, la quale - in definitiva – in larga parte conferma la lettura interpretativa operata con la Promoimpresa e, per altra parte, la modifica invece anche significativamente.** 10. Alla luce delle innovative statuizioni di cui alla citata sentenza C.G.U.E. del 20 aprile 2023 deve pertanto ritenersi che: A) **risulta precluso al Giudice nazionale di statuire in via generale ed astratta sulla scarsità della risorsa, in assenza della previa definizione di criteri obiettivi ed uniformi da parte del Governo;** B) **l’applicabilità del disposto di cui all’art. 12 paragrafi 1 e 2 della Direttiva Bolkestein è subordinata alla previa verifica e valutazione da parte dello Stato membro della scarsità della risorsa naturale, procedimento che si caratterizza per l’ampia discrezionalità e che costituisce adempimento doveroso e necessario, in quanto primo presupposto o pre-condizione.».**

38. Sulla base delle descritte argomentazioni della Corte di giustizia nella sentenza AGCM il TAR Lecce ha potuto dichiarare improcedibile il ricorso AGCM, utilizzando anche il nuovo dato normativo di cui alla legge n.14/2023 sulla durata delle concessioni demaniali marittime alla data del 31 dicembre 2024, anticipando così le indicazioni di merito al Consiglio di Stato della Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.32559/2023: «11.il ricorso in esame deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, sotto duplice profilo: l’uno “formale” e l’altro - per così dire - “sostanziale”. Sotto il primo profilo, rileva **il Collegio che gli impugnati provvedimenti di presa d’atto della proroga fino al 31.12.2033, disposti con legge provvedimento n. 145/2018, risultano tutti caducati e privi di efficacia già per**

effetto della normativa sopravvenuta. Lo Stato italiano, infatti, con Legge 5 agosto 2022 n. 118, ha abrogato tutte le norme di cui alla Legge 145/2018 con cui si disponeva la proroga automatica delle CDM fino al 31.12.2033, con conseguente inefficacia e decadenza dell'effetto ex lege nonché di tutte le proroghe disposte in guisa di presa d'atto della predetta legge provvedimento e, recependo sul punto le statuizioni contenute nelle citate sentenze dell'Adunanza Plenaria 17 e 18 del 2021, ha fissato il termine di scadenza delle c.d.m. in essere al 31.12.2023, avviando contestualmente l'iter legislativo finalizzato alla concreta attuazione della direttiva, in vista dell'espletamento delle procedure di gara. **Con successivo D.L. n. 198 del 29 dicembre 2022, convertito con legge 24 febbraio 2023 n. 14, il termine di scadenza del 31 dicembre 2023 è stato differito alla data del 31 dicembre 2024, al fine precipuo di concludere l'iter normativo di cui alla legge 118/2022.** In relazione alla preliminare esigenza di prefissare i criteri uniformi (ancorati ad elementi obiettivi) necessari per la preliminare valutazione della scarsità delle risorse naturali e delle autorizzazioni disponibili, secondo le sopravvenute puntuali indicazioni interpretative dettate dalla Corte di Giustizia, il Governo - con l'articolo 10 quater, introdotto in sede di conversione - ha quindi avviato a tal fine un'attività istruttoria e ricognitiva del demanio marittimo e delle concessioni demaniali in essere, istituendo apposito "tavolo tecnico". **Il paventato danno derivante alla ricorrente AGCM dalla proroga delle CDM al 31/12/2033 risulta quindi definitivamente venuto meno, atteso che tutte le CDM in essere verranno a scadere – ex lege - alla data del 31 dicembre 2024 e che comunque risulta mutato il contesto giuridico e fattuale di riferimento (secondo profilo di improcedibilità).**

12. Non si ritiene in proposito di condividere l'ipotesi di cessazione di efficacia delle CDM alla data del 31 dicembre 2023, che si supporta alla specifica statuizione in tal senso contenuta nelle sentenze A.P. 17 e 18 del 2021 (punto n.48 di AP 17-18/2021), temporalmente antecedenti sia rispetto alla sentenza della C.G.U.E. del 20 aprile 2023, sia rispetto alla normativa di cui alla L. 14/2023. In questa sede non rileva disquisire – quanto a siffatta statuizione di fissazione del termine da parte del Giudice – se essa sia suscumbibile nell'ambito della funzione nomofilattica ovvero se sconfini in quella nomopoietica, nonché – in tale ultima ipotesi - se essa risulti o meno supportata dall'attribuzione di uno specifico potere conferito al giudice dall'ordinamento, né infine richiamare espresso divieto di cui all'art. 41 c.p.a., atteso che tale termine é stato comunque recepito e trasfuso in una norma di legge (Legge 5 agosto 2022 n. 118), rispetto alla quale le sentenze dell'A.P. rappresentano mera occasione o presupposto remoto. Rileva invece il fatto che il predetto termine di cessazione di efficacia delle CDM è stato prorogato fino al 31/12/2024 dal Legislatore con il D.L. n. 198 del 29 dicembre 2022, convertito con modifiche con legge 24 febbraio 2023 n. 14, norma successiva e di pari grado rispetto alla precedente. Peraltro le sentenze Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021 (e la stessa legge 118/2022, con cui il governo Draghi ha integralmente recepito le sentenze medesime), pur avendo trovato conferma da parte della Corte di Giustizia U.E. su tutti i più rilevanti profili, risultano invece – come sopra evidenziato diffusamente

– **contraddette quanto alla valutazione della scarsità della risorsa, sia quanto alla competenza, sia quanto al metodo (vedasi punto n. 18 delle A.P. 17-18/2021 e, per contro, quanto statuito dalla C.G.U.E. nella sentenza 20 aprile 2023 ai punti nn. da 43 a 49, con cui la C.G.U.E. chiarisce ed interpreta quanto in proposito statuito al punto 43 della sentenza del 14 luglio 2016 cd. Promoimpresa).** Appare inoltre evidente che la prefissione del così breve termine di scadenza delle CDM al 31.12.2023 costituisca la logica conseguenza della pretermissione – nella motivazione delle AA.PP. 17 e 18/2021 - di un significativo step, quale quello relativo alla valutazione della scarsità della risorsa, di competenza del Governo-Amministrazione, condizionato dalla tempistica connessa all'attività istruttoria e connotato da ampia discrezionalità, step individuato invece come centrale e preliminare adempimento nella direttiva come interpretata dalla C.G.U.E. con la sentenza C.G.U.E. del 20/4/2023. Né appare significativo in senso contrario il fatto che - anche in arresti giurisprudenziali successivi alla sentenza della CGUE del 20 aprile 2023 - il Consiglio di Stato abbia confermato il termine di cessazione di efficacia al 31.12.2023 (ignorando o disapplicando la norma unionale e la legge nazionale sopravvenuta) ovvero che abbia reiterato la statuizione relativa alla sussistenza della scarsità della risorsa naturale, atteso che tali sentenze non sfuggono al vincolo di conformazione rispetto al decisum della Adunanza Plenaria previsto dall'art. 99 c.p.a. (ancorché tale norma debba invece ritenersi decisamente recessiva rispetto all'obbligo del giudice nazionale di conformarsi al diritto unionale e alle statuizioni interpretative della Corte di Giustizia). **Siffatta statuizione del termine di cessazione di efficacia al 31.12.2023, a prescindere da ogni altra considerazione, non può ritenersi pertanto prevalente sulla norma successiva, che peraltro risulta invece del tutto coerente con le precisazioni innovative contenute nella sentenza della CGUE e non integra quindi gli estremi di una mera ed ingiustificata proroga automatica, vietata dall'art.12 par 1 e 2 della direttiva.».**

39. Pur demolendole sul piano interpretativo alla luce della sentenza AGCM della Corte UE, **il TAR Lecce ha forse tentato di salvare le decisioni dell'Adunanza plenaria del CdS** dal maglio censorio delle Sezioni unite della Cassazione, ritenendo le sentenze del 2021 fossero ormai irrilevanti alla luce delle nuove disposizioni di legge che fissano al 31 dicembre 2024 la durata delle CDM.

40. Tuttavia, così facendo il **Tar salentino** ha omesso di richiamare il proprio precedente della **sentenza del 21.4.2023 n.523/2023**, con cui aveva accolto l'eccezione del Comune di Porto Cesareo e aveva respinto il ricorso di una società che chiedeva l'assegnazione di una nuova concessione demaniale marittima, evidenziando il combinato disposto degli artt.3 e 4 della legge n.118/2022, come modificato dalla legge di conversione n.14/2023, che, impedendo le gare a tempo indefinito, aveva

sostanzialmente trasformato la durata delle CDM a tempo indeterminato, come peraltro richiesto dall'art.11 della direttiva Bolkestein nel caso le risorse naturali non fossero scarse: «6.1. *Gli artt. 3 e 4 della legge 8.8.2022 n. 118 stabiliscono che: - "Continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2024 ovvero fino al termine di cui al comma 3, qualora successivo, se in essere alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n. 126: a) le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per l'esercizio delle attività turistico-ricreative e sportive ...; b) i rapporti aventi ad oggetto la gestione di strutture turistico ricreative e sportive in aree ricadenti nel demanio marittimo per effetto di provvedimenti successivi all'inizio dell'utilizzazione" (art. 3, comma 1); - "Al fine di assicurare un più razionale e sostenibile utilizzo del demanio marittimo, lacuale e fluviale ... il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge ... uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative e sportive ..." (art. 4, comma 1); - "Fino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b)" (art. 4, comma 4 bis, inserito dall'art. 1, comma 8, lett. b), legge 24 febbraio 2023 n. 14, a decorrere dal 28 febbraio 2023). 6.2. Alla luce del combinato disposto delle predette norme deve ritenersi che, in mancanza dei decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, al Comune di Porto Cesareo è fatto divieto, allo stato, di avviare la procedura concorrenziale richiesta dalla ricorrente.».*

41. Nel parere motivato del 16.11.2023 della Commissione Ue (v. *infra*) sarà proprio questa corretta ricostruzione normativa del nuovo assetto legislativo sulla durata a tempo indeterminato delle CDM che costituirà specifico motivo di censura e giustificherà la chiusura negativa per lo Stato italiano, nella visione dell'Istituzione Ue in contrasto, a parere di chi scrive, con la legislazione e la giurisprudenza dell'Unione, e ora indirettamente con la posizione censoria dell'Adunanza plenaria assunta dalla Cassazione a Sezioni unite.
42. D'altra parte, quando sono intervenute le nuove disposizioni degli artt.3 e 4 della legge n.118/2022, il TAR Lecce non ha rinunciato ai quesiti pregiudiziali proposti e, proprio tenendo conto di questo comportamento del Giudice del rinvio, la Corte di giustizia, preliminarmente, ha respinto i dubbi di ricevibilità espressi dall'AGCM e dal Governo italiano, a seguito dell'abrogazione, da parte della legge sulla concorrenza n. 118/2022, delle disposizioni nazionali di proroga automatica delle

concessioni: «32 A tal riguardo, anche se dette disposizioni, in particolare quelle della legge n. 145/2018, sono state effettivamente abrogate dalla legge n. 118/2022, resta nondimeno il fatto che, quando il Comune di Ginosa ha adottato la delibera controversa, dette disposizioni erano in vigore e tale delibera è stata adottata sulla base delle disposizioni di cui trattasi. **Peraltro, dalle informazioni di cui dispone la Corte non risulta che l'abrogazione delle disposizioni nazionali di proroga automatica delle concessioni abbia privato detta delibera dei suoi effetti.**» (sentenza AGCM, punto 32).

43. La ricevibilità della questione, dunque, sembrerebbe derivare dalle informazioni della Corte UE sul nuovo intervento legislativo introdotto dalla legge n.14/2023 di conversione del d.l. n.198/2022 e dalle conseguenti modifiche, descritte in premessa, degli artt.3 e 4 della legge n.118/2022, che vanno ad incidere sulla durata delle concessioni demaniali marittime in corso, che di fatto diventano a tempo indeterminato con il blocco definitivo delle procedure di gara.

44. Il TAR Lecce ha, dunque, egregiamente visionato e interpretato il caleidoscopio giuridico, in cui si sono concentrate tutte le problematiche irrisolte del rapporto tra le fonti di diritto sovranazionale Ue (legislazione dell'Unione e sentenze della Corte di giustizia; ruolo politico e interpretativo della Commissione europea) e quelle di diritto interno (normativa anche di rango costituzionale, oltre che ordinaria; giurisdizione amministrativa, nel contrasto tra Consiglio di Stato e Legislatore/Esecutivo e tra gradi diversi della stessa giurisdizione; giurisdizione ordinaria, nel contrasto tra le Sezioni unite della Cassazione e Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), accompagnate da problematiche scelte della Corte comunitaria nell'affrontare sul piano interpretativo le questioni ermeneutiche sottoposte alla sua cognizione a partire dalla **sentenza Promoimpresa** fino alla **sentenza AGCM**.

4. La prima procedura di infrazione della Commissione Ue, l'abrogazione del diritto di insistenza in favore delle CDM e la giurisprudenza della Corte costituzionale

45. Prima di esaminare il contenuto del parere motivato della Commissione europea del 16.11.2023, va ricordato che la disciplina normativa del settore era imperniata sul diritto di insistenza di cui all'art.37 comma 2 cod.nav. e sul rinnovo automatico delle concessioni di cui all'art. 1 comma 2 del d.l. n.400/1993, che aveva attirato

l'attenzione dell'AGCM e, successivamente, della Commissione europea, nonostante fosse chiaro che il settore delle CDM non fosse regolamentato dal diritto dell'Unione.

- 46.** Con segnalazione AS481 del 20.10.2008, l'AGCM ha ritenuto suscettibili di produrre effetti restrittivi della concorrenza l'art. 37, comma 2, cod. nav. e l'art. 1, comma 2, d.l. n. 400/1993, tenuto conto che *«né il codice della navigazione né il relativo regolamento di attuazione prevedono come principio generale, per l'assegnazione di concessioni marittime, quello dell'utilizzo di procedure concorsuali trasparenti, competitive e debitamente pubblicizzate, né, infine, quello della ragionevole durata delle concessioni demaniali»*.
- 47.** Su impulso dell'AGCM, la Commissione ha stigmatizzato la disciplina italiana delle concessioni demaniali marittime, avviando la procedura di infrazione n. 2008/4908 nei confronti dell'Italia, con cui si contestava l'incompatibilità del modello concessorio con il diritto comunitario e, in particolare, con il principio della libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE (ex art.44 TCE), che, in realtà, ai sensi dell'art.50 TFUE (ex art.45 TCE), non operava fino a quando la norma primaria del Trattato non fosse stata recepita da una direttiva specifica di armonizzazione idonea a regolare il settore.
- 48.** Tale comportamento, come quello dell'AGCM che aveva stimolato l'intervento della Commissione, era dunque in aperto contrasto con la disciplina di diritto comunitario derivato allora vigente, nel momento in cui alle CDM non si applicava né *ratione materiae* la direttiva 1992/50/CEE né *ratione temporis* (e anche *ratione materiae*) la direttiva Bolkestein, il cui termine di recepimento negli ordinamenti nazionali scadeva, appunto, il 28 dicembre 2009, cioè successivamente all'inizio imprevisto della procedura di infrazione.
- 49.** Secondo la Commissione nella lettera di messa in mora del 29.1.2009 della procedura di infrazione n. 2008/4908 al punto 11, il diritto di insistenza costituiva un elemento di discriminazione nei confronti delle imprese provenienti da altri Stati membri, che si troverebbero ostacolate dalla preferenza accordata al concessionario uscente. Tale disposizione *«snatura la procedura di selezione provocando la rottura della parità di trattamento dei diversi operatori economici e, nella pratica, rende estremamente difficile, se non impossibile, l'accesso di qualsiasi altro concorrente a*

dette concessioni. Tali disposizioni sono, quindi, tali da dissuadere altre imprese dal candidarsi e dall'offrire servizi più efficienti per le nuove concessioni, o addirittura da impedirlo» (lettera di messa in mora del 29.1.2009, punto 11). Sulla scorta di tali considerazioni, la Commissione invitava il Governo italiano a fornire le proprie osservazioni nel termine di due mesi.

50. In risposta alla Commissione Ue, il Governo non si difendeva nel merito sulla inapplicabilità del diritto comunitario primario e derivato al settore delle CDM, ma notificava l'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009 n.194, che, nell'**abrogare**, come già precisato, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 37 cod. nav., faceva venir meno **il diritto di preferenza del concessionario uscente nell'ambito della procedura di attribuzione delle concessioni**. Tuttavia, lo stesso comma 18 dell'art.1 del d.l. n.194/2009 prevedeva che soltanto le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (non quelle lacuali e fluviali) in essere alla data del 30.12.2009 (di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009, due giorni dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva 2016/123/CE), ed in scadenza entro il 31.12.2012 (il termine è stato prorogato al 31.12.2015 con la modifica della norma in sede di conversione con la legge n.25/2010), fossero prorogate fino a tale data.

51. La Commissione Ue decideva di tenere ferma la procedura di infrazione e, con lettera di messa in mora complementare n.2010/2734 del 10 maggio 2010, formulava ulteriori profili di illegittimità della normativa italiana di settore. In particolare, veniva evidenziato dall'Istituzione europea che, in sede di conversione del d.l. n. 194/2009 con la legge n. 25/2010, il legislatore italiano aveva inserito un rinvio indiretto – tramite il richiamo all'art. 3, comma 4-*bis*, del d.l. n. 400/1993 – all'art. 1, comma 2, d.l. n. 400/1993, il quale fissava in sei anni la durata delle concessioni demaniali marittime e ne prevedeva il rinnovo automatico alla scadenza per la medesima durata.

52. Tale rinvio, secondo la Commissione, finiva per privare di ogni effetto utile il testo del d.l. n. 194/2009, risultando la disciplina incompatibile con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CEE sui servizi nel mercato interno, finalmente entrata in vigore al momento della lettera di messa in mora complementare: nell'ambito applicativo di questa norma – che impone l'esperimento di una procedura trasparente in caso di

rilascio di titoli autorizzatori contingentati – rientrerebbero anche le concessioni demaniali marittime, stante, secondo la Commissione, **la strutturale scarsità delle risorse naturali su cui incidono.**

53. La procedura di infrazione n. 2008/4908 veniva archiviata dalla Commissione europea il 27.2.2012, in conseguenza dell'intervenuta abrogazione, come già precisato, del comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 400/1993 con l'art. 11 della legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010). Lo stesso art. 11 delegava il Governo ad emanare, entro aprile 2013, un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione ed il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime che avrebbe dovuto *«prevedere criteri e modalità di affidamento nel rispetto dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti».*

54. A seguito dell'art. 41 della legge delega n. 88/2009 è intervenuto il d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, di formale recepimento della direttiva 2006/123/CE. **L'art.14 del d.lgs. n.59/2010** sui regimi autorizzatori prevedeva espressamente: *«1. Fatte salve le disposizioni istitutive e relative ad ordini, collegi e albi professionali, regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni di cui al presente titolo. 2. Nelle materie di legislazione concorrente, le Regioni possono istituire o mantenere albi, elenchi, sistemi di accreditamento e ruoli, solo nel caso in cui siano previsti tra i principi generali determinati dalla legislazione dello Stato. 3. Il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi può essere limitato solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili. 4. Le disposizioni del presente capo non si applicano agli aspetti dei regimi di autorizzazione che sono disciplinati direttamente o indirettamente da altri strumenti comunitari.».*

55. Sulla questione della durata delle concessioni balneari è intervenuta anche la Corte costituzionale, in più occasioni, a cominciare dalla sentenza n. 213 del 18 luglio 2011, in cui ha riconosciuto la prevalenza dei principi comunitari di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, rispetto a mere disposizioni interne di

“*proroga*” dei termini sottolineando la “*transitorietà*” dell’art. 1 comma 18 del d.l. n.194/2009 (con il quale è stato abrogato il “diritto di insistenza” a seguito dell’avvio della procedura di infrazione n. 2008/4908 della Commissione Ue) e ha ribadito che la revisione del settore demaniale marittimo deve essere realizzata *«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 (omissis)»*.

56. Inoltre, con sentenza del 4 luglio 2013 n.171 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l’art. 1 della legge della Regione Liguria 30 luglio 2012 n.24, che prevedeva, a determinate condizioni, una proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo a favore del soggetto già titolare della concessione, senza nemmeno determinarne la durata temporale: *«Come questa Corte ha ripetutamente affermato in ipotesi del tutto analoghe, il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni viola l’art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, determinando altresì una disparità di trattamento tra operatori economici, in violazione dell’art. 117, secondo comma, lettera e), dal momento che coloro che in precedenza non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore se non nel caso in cui questi non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti. Al contempo, la disciplina regionale impedisce l’ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato, ponendo barriere all’ingresso, tali da alterare la concorrenza (sentenze n. 213 del 2011, nn. 340, 233 e 180 del 2010). Queste conclusioni sono, del resto, avvalorate dai rilievi formulati dalla Commissione europea nella sopracitata procedura di infrazione, secondo cui la Repubblica italiana, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell’ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo, è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell’art. 49 del TFUE e dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE.»*.

57. Nel corso degli ultimi anni il Giudice delle Leggi è intervenuto altre volte nel settore delle concessioni demaniali marittime, dichiarando l’illegittimità costituzionale di alcune leggi regionali contenenti disposizioni di proroghe “automatiche” delle stesse concessioni in quanto ostative all’ingresso nel mercato da parte di altri potenziali operatori economici (Cfr. tra le altre, la sentenza n. 9 del 2019).

58. In particolare, la difformità tra la legislazione interna e quella comunitaria è stata, inoltre, confermata nelle recenti sentenze n. 139 del 6 luglio 2021 (avente ad oggetto

la verifica di legittimità dell'art. 2 legge regionale Friuli Venezia Giulia n. 8 del 2020) e n. 10 del 3 febbraio 2021 (avente ad oggetto la verifica di legittimità dell'art. 1 della legge regionale Calabria n. 46 del 2019), laddove è stato rilevato, oltre all'illegittimità costituzionale delle disposizioni regionali *de quibus*, che la proroga fino al 2033 delle concessioni demaniali marittime in essere non consente di organizzare procedure di selezione per l'accesso di nuovi operatori con conseguente compressione del principio comunitario di tutela della concorrenza.

59. Tuttavia, pur conoscendo l'avvio della nuova procedura di infrazione n. 2020/4118 C (2020) 7826 final con la lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020 della Commissione Ue, la Corte costituzionale è sembrata legittimare la proroga della legislazione nazionale al 31 dicembre 2033 disposta dall'art.1 commi 682-683 della legge n.145/2018, in quanto la declaratoria di illegittimità della legge regionale del Friuli Venezia-Giulia è così motivata: *«L'invasione della competenza statale non è esclusa nemmeno nell'ipotesi in cui la legislazione regionale si limiti – come accade nella specie – a riprodurre, nella sostanza, una disciplina già prevista dalla legislazione statale, e in particolare dall'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018 e successive modificazioni. Infatti, qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori, come certamente accade quando si stabiliscano proroghe dei rapporti concessori in corso, è riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia. I criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali, infatti, devono assicurare il rispetto del principio di libera concorrenza che, per la Corte, rappresenta un limite insuperabile alle pur concorrenti competenze normative regionali.»* (v. sentenza n.139/2021).

60. Quindi, la Corte costituzionale, nel riservare esclusivamente alla legislazione statale l'intervento di proroga dei rapporti concessori delle aree demaniali marittime per finalità e attività turistico-ricreative, è sembrata implicitamente aderire alla tesi della compatibilità dell'art.1 commi 682-683 della legge n.145/2018 con il diritto dell'Unione.

5. Il controverso parere motivato della Commissione Ue sulla incompatibilità comunitaria della durata a tempo indeterminato delle concessioni balneari

- 61.** Il Governo Draghi aveva costruito un sistema di disposizioni idonee a legittimare quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le citate sentenze nn.17 e 18 del 2021 sulla cessazione *ope iudicis e contra legem* delle concessioni demaniali marittime al 31 dicembre 2023.
- 62.** Come si è analizzato, invece, il TAR Lecce ha dato ragione alle scelte normative del Governo, legittimate dalla sentenza AGCM della Corte di giustizia e dalle risultanze del Tavolo tecnico sulla mappatura delle risorse demaniali marittime disponibili.
- 63.** Secondo il TAR Lecce (e secondo chi scrive), alla luce della sentenza AGCM della Corte Ue **l'attuale disciplina delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per uso turistico-ricreativo** - quale risultante dalle modifiche introdotte dall'attuale legislatore con il combinato disposto dell'art.3 commi 2 e 3 2° capoverso della legge n.118/2022, dell'art.10-quater comma 3 2° capoverso del d.l. n.198/2022 e dell'art.4 comma 4-bis della legge n.112/2022, norme introdotte dalla legge n.14/2023 di conversione del d.l. n.198/2022 - **è compatibile con il diritto dell'Unione.**
- 64.** Invece, prima della decisione attesa delle Sezioni unite, gli operatori balneari si sono trovati di fronte al **parere motivato del 16.11.2023 della Commissione europea nella procedura di infrazione INFR(2020)4118.**
- 65.** Paradossalmente, la lettera di messa in mora della seconda procedura di infrazione della Commissione Ue del 3 dicembre 2020 riguardava anche l'art. 182 comma 2 del d.l. n. 34/2020 (e sembrava muoversi proprio in conseguenza di questa disciplina emergenziale per il settore), andando a precisare che *«la reiterata proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana scoraggia [...] gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana e che sta già risentendo in maniera acuta dell'impatto della pandemia da COVID-19. Scoraggiando gli investimenti nei servizi ricreativi e di turismo balneare, l'attuale legislazione italiana impedisce, piuttosto che incoraggiare, la modernizzazione di questa parte importante del settore turistico italiano. La modernizzazione è ulteriormente ostacolata dal fatto che la legislazione italiana rende di fatto impossibile l'ingresso sul mercato di nuovi ed innovatori fornitori di servizi.»*.

66. Si trattava di affermazioni ideologiche che immaginavano imprecisati innovatori fornitori di servizi, in grado di modernizzare, a differenza degli attuali titolari delle concessioni balneari, questa parte importante del turismo nazionale.
67. Il Governo ancora a guida Conte II aveva risposto alla lettera di messa in mora della Commissione Ue con lettera del 4 febbraio 2021 a firma del prof. Massimo Condinanzi. Nelle sue osservazioni alla Commissione Ue il Governo aveva esaurientemente argomentato al paragrafo 2 sulla non inerenza della regolamentazione delle concessioni demaniali marittime con la direttiva 2006/123/CE. **Secondo il Governo il regime delle concessioni demaniali marittime non era soggetto alla disciplina eurounitaria, rectius alla competenza dell'Unione** che, peraltro, non avrebbe dovuto ingerirsi nei regimi di proprietà dei beni pubblici e privati degli Stati, ai sensi dell'art. 345 del TFUE (ex art. 295 del TCE).
68. Il Governo, inoltre, nella sua risposta del 4.2.2021 alla Commissione Ue ai paragrafi 6 e 7 aveva precisato esaurientemente l'esatta portata e interpretazione della sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia e la non applicabilità della decisione e della direttiva 2006/123/CE ai fini della regolamentazione comunitaria delle concessioni demaniali marittime.
69. Completamente **differente è stato il comportamento della Commissione europea** nei confronti delle **concessioni demaniali marittime in Portogallo e in Spagna**.
70. In Portogallo, ai sensi del decreto-lei n. 226-A/2007, la gara è obbligatoria per alcuni tipi di licenze e per tutte le concessioni. È tuttavia previsto che il precedente concessionario possa esercitare un diritto di prelazione nel momento in cui si procede alla riassegnazione del titolo, a condizione che accetti le condizioni dell'offerta selezionata come vincitrice dall'amministrazione. La durata massima delle concessioni è di **settantacinque anni**; entro questo limite, la durata è fissata caso per caso in relazione alla dimensione degli investimenti associati all'uso del bene e alla loro rilevanza economica e ambientale.
71. In Spagna, la ley n. 2/2013 *de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley de Costas* prevede che la «*explotación*» dei «*servicios de temporada en las playas*» sia soggetta ad autorizzazione della durata massima di quattro anni; quanto alle concessioni, la medesima legge ha previsto una proroga fino

al **limite massimo di settantacinque anni** (graduati in base alla destinazione d'uso dei beni), in luogo dei trenta anni precedentemente previsti (con scadenza nel 2018). Entrambe le tipologie di provvedimento sono rilasciate in base a «*principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva*».

72. Ebbene, prima della entrata in vigore della ley n. 2/2013, **la Commissione Ue con comunicato stampa del 3 agosto 2012 ha ritenuto non applicabile alcuna direttiva comunitaria per le concessioni demaniali marittime spagnole, ritenendo compatibile con il diritto dell'Unione la legge spagnola di proroga delle concessioni balneari da 30 e 75 anni¹³.**

73. Pertanto, alla luce delle chiare indicazioni provenienti dalla Commissione europea sulle concessioni demaniali marittime in Spagna e in Portogallo, il legislatore italiano con l'art. 34-duodecies del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, introdotto dalla legge di conversione 17 dicembre 2012 n. 221, ha ulteriormente modificato il termine di durata previsto dall'art.1 comma 18 del d.l. n.194/2009, **prorogando al 31 dicembre 2020 le concessioni demaniali marittime in corso alla data del 31.12.2018**, compensando con la proroga legislativa la scelta di abrogare il diritto di insistenza di cui all'art.37 comma 2 del Codice della Navigazione.

74. Altrettanto coerentemente con le indicazioni di sostanziale *nulla osta* che provenivano dalla Commissione Ue a guida del portoghese Barroso **l'art.1 comma**

¹³ Questo il comunicato stampa della Commissione europea del 3.8.2012 sulle concessioni demaniali marittime in Spagna: «Oggi la Vicepresidente della Commissione europea e Commissaria europea per la Giustizia Viviane Reding ha accolto con favore l'intenzione annunciata dalla Spagna di migliorare la certezza giuridica per i proprietari di beni immobili lungo la costa spagnola soggetti alla Ley de Costas (legge costiera), il cui scopo è tutelare gli habitat locali qualificando come demaniale un'area situata lungo l'intera fascia costiera. I proprietari di alloggi ubicati nella zona sostengono tuttavia che la legge, e il modo in cui viene applicata, viola i loro diritti. In molti casi si tratta di cittadini europei che hanno esercitato il proprio diritto alla libera circolazione e investito i loro risparmi in proprietà spagnole. La Commissione europea ha sollevato ripetutamente la questione con le autorità spagnole dopo aver ricevuto un gran numero di denunce da spagnoli e altri cittadini dell'Unione. La commissione per le petizioni del Parlamento europeo ha organizzato un'audizione specifica sulla questione e ha esortato le autorità spagnole a rivedere la Ley de Costas. Ora la Spagna propone di riformare la legge per garantire **un'effettiva tutela dell'ambiente costiero assicurando al tempo stesso maggiore certezza giuridica ai proprietari di alloggi e promuovendo le attività economiche e di altro genere, come quelle nei settori del tempo libero e del turismo.** "Il governo spagnolo fa bene a proteggere la sua splendida costa e posso solo compiacermi dell'impegno con cui cerca di migliorare la certezza giuridica e di garantire il rispetto dei diritti dei cittadini che possiedono proprietà sulla costa spagnola o che pensano di procedere a un acquisto. Il disegno di legge preliminare sarà disponibile online nelle prossime settimane: invito tutte le persone interessate, ad esempio quelle che possiedono o intendono acquistare proprietà in Spagna, a consultarlo per capire esattamente le implicazioni di queste modifiche e formulare tutte le osservazioni necessarie", ha dichiarato la Vicepresidente Viviane Reding, Commissaria europea per la Giustizia. "La nuova legge spagnola intende migliorare la certezza giuridica per i cittadini e le imprese dell'UE, permettendo loro di investire con maggiore fiducia in un contesto giuridico straniero. È una buona notizia non solo per i cittadini, ma anche per l'economia spagnola". **Il disegno di legge prolungherebbe il periodo dell'attuale concessione per il godimento dei beni situati nell'area protetta (area demaniale) da 30 a 75 anni.** Verrebbe inoltre introdotta la possibilità di cedere, previa autorizzazione, tale diritto su questi beni e di ristrutturare gli edifici ubicati in questa zona, sempre che ciò non comporti modifiche in termini di volume, altezza o superficie. Inoltre, la pubblica amministrazione sarà tenuta a registrare la linea di demarcazione definitiva e provvisoria nel registro delle proprietà, affinché gli acquirenti sappiano esattamente se l'immobile si trova in un'area protetta e abbiano informazioni precise sull'ubicazione e sull'estensione dell'area stessa. Le linee di demarcazione saranno pubblicate anche sul sito Internet del ministero dell'Ambiente spagnolo.».

547 della legge n.228/2012 ha esteso l'ambito di applicazione del termine di durata al 31 dicembre 2020 dell'art.1 comma 18 del d.l. n.194/2009 alle concessioni demaniali lacuali e fluviali in corso alla data del 31 dicembre 2018.

75. Nessuna nuova procedura di infrazione è stata promossa dalla Commissione europea a seguito di questa nuova lunga proroga legislativa al 31 dicembre 2020 del termine di durata di tutte le concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali.
76. Lo stato di legittima quiete per mancanza di situazione di inadempimento al diritto dell'Unione da parte della Commissione Ue *in subiecta materia*, quale garante dei Trattati, terminerà appunto il 3 dicembre 2020, in piena pandemia da Covid-19, quando l'Istituzione Ue notificherà allo Stato italiano la lettera di messa in mora che avvierà la nuova procedura di infrazione 2020/4118 C (2020) 7826 final.
77. L'inaspettato inizio della nuova procedura di infrazione indurrà l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle due decisioni nn.17 e 18 del 2021 e al grande conseguente caos legislativo, amministrativo, sociale, economico, mediatico nel settore, che la sentenza AGCM del 20.4.2023 della Corte di giustizia Ue, le due sentenze del 2.11.2023 del Tar Lecce e la sentenza n.32559/2023 delle Sezioni unite della Cassazione dovrebbero aver definito e dipanato in termini di ripristino delle garanzie sovranazionali e costituzionali dei diritti lesi dei concessionari balneari.
78. L'insolito comportamento della Commissione europea sulla questione delle concessioni demaniali marittime aveva portato all'avvio della procedura di infrazione 2022/2020 con la **lettera di messa in mora del 6.4.2022 nei confronti del Portogallo** per la regolamentazione del settore delle CDM, a cui il Portogallo non si è degnato neanche di fornire una risposta, con conseguente notifica del parere motivato in data 23.1.2023. La Commissione ha deciso di inviare un parere motivato al Portogallo per la non corretta attuazione delle norme relative alle procedure di gara per l'aggiudicazione delle concessioni balneari, rilevando, a distanza di 10 anni dalla legittimazione della stessa disciplina introdotta dal legislatore spagnolo, che la legislazione portoghese, che conferisce ai titolari di «concessioni balneari» esistenti un diritto di preferenza nelle procedure di gara per il rinnovo di tali concessioni, non risultasse compatibile con la direttiva servizi e con la libertà di stabilimento, perchè un diritto preferenziale a favore degli operatori storici penalizzerebbe e dissuaderebbe le imprese situate in altri Stati membri dal fornire servizi balneari in

Portogallo.

- 79.** Insomma, una procedura di infrazione attivata quasi per giustificare *ex post* l'incomprensibile avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia sui balneari con la lettera di messa in mora del 3 dicembre 2020.
- 80.** Contestualmente, il 16 febbraio 2023 la Commissione europea ha notificato la **lettera di messa in mora anche alla Spagna** nella **procedura di infrazione 2022/4121**, ritenendo che la possibilità di estendere le concessioni esistenti fino a 75 anni senza alcuna giustificazione fosse contraria alle norme dell'Ue e alla direttiva sui servizi, mentre quasi 11 anni prima il 3 agosto 2012 la Vicepresidente della Commissione europea e Commissaria europea per la Giustizia Viviane Reding aveva affermato esattamente il contrario. Secondo il comunicato stampa dell'esecutivo europeo *«la legge spagnola sulle coste prevede la possibilità di rilasciare concessioni (autorizzazioni ai sensi della direttiva sui servizi) per la costruzione di strutture permanenti (ad esempio ristoranti, aziende agricole, industria cartaria o chimica, ecc.) nel cosiddetto "demanio pubblico marittimo-terrestre", al di fuori dei porti, senza una procedura di selezione aperta e trasparente". Inoltre, la Commissione spiega che la legge spagnola prevede "la possibilità di estendere la loro durata fino a 75 anni, sempre senza una procedura di selezione. Questa legge viola la direttiva sui servizi.»*.
- 81.** L'accanimento della Commissione Ue nei confronti dei concessionari demaniali marittimi italiani avrebbe dovuto cessare finalmente con la pubblicazione in data 20 aprile 2023 della sentenza AGCM della Corte di giustizia.
- 82.** Viceversa, come più volte anticipato, **la Commissione europea ha notificato al Governo italiano il 16.11.2023**, preannunciato sugli organi di stampa nazionale, **il parere motivato sulle CDM a conclusione della procedura di infrazione 2020/4118**, dopo aver sostenuto anche in sede di Commissioni PETI al Parlamento europeo nella seduta del 24 ottobre 2023 che la sentenza AGCM della Corte di giustizia imporrebbe, come la sentenza Promoimpresa, le gare entro il 31.12.2023.
- 83.** Il parere motivato della procedura di infrazione 2020/4118 sui balneari italiani non ha avuto alcuna informazione ufficiale da parte della Commissione europea e **non è stato neanche inserito nel pacchetto infrazioni pubblicato il 16.11.2023**.

- 84.** In modo irrituale, contestualmente il 16.11.2023 il parere motivato sui balneari in Portogallo nella procedura di infrazione 2022/2020 è stato archiviato senza nessuna comunicazione ufficiale da parte della Commissione e senza nessuna pubblicità sulla stampa nazionale lusitana.
- 85.** Non si hanno tracce evolutive della procedura di infrazione n.2022/4121 sui balneari in Spagna, essendo rimasta allo stato della lettera di messa in mora del 16 febbraio 2023, di cui i concessionari demaniali marittimi non hanno avuto alcuna informazione neanche sulla stampa nazionale.
- 86.** A pag. 3 del parere motivato del 16.11.2023 la Commissione Ue riproduce esattamente il nuovo quadro normativo interno italiano, cioè che con le modifiche degli artt.3 e 4 della legge n.118/2022 inserite nella legge di conversione del decreto milleproroghe n.14/2023 **le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali sono sostanzialmente a tempo indeterminato:** *«Nonostante la suddetta proroga generale al 31 dicembre 2024 disposta dal comma 2 dell'articolo 3 della legge 118/2022, la legge 14/2023 ha anche disposto un periodo di proroga generale delle attuali concessioni indefinito e potenzialmente illimitato. Infatti: - in forza dell'articolo 4, comma 4-bis, della legge 118/2022, inserito dalla legge 14/2023, si fa "divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni e dei rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lett. a) e b)" fino all'adozione dei decreti legislativi di cui allo stesso articolo 4 della legge 118/2022. Tuttavia, la delega al Governo per l'adozione di tali decreti legislativi risulta scaduta e non sussiste alcuna indicazione circa un'eventuale nuova delega; - La legge 14/2023 ha anche inserito l'articolo 10-quater del decreto-legge 29 dicembre 2022, il quale prevede che "Le concessioni e i rapporti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere a) e b), della legge 5 agosto 2022, n. 118, continuano in ogni caso ad avere efficacia sino alla data di rilascio dei nuovi provvedimenti concessori". Alla luce di quanto precede, con l'adozione della legge 14/2023 la normativa italiana mira a mantenere la validità delle attuali 'concessioni balneari' almeno fino al 31 dicembre 2024 e, potenzialmente, per un periodo illimitato o comunque indefinito oltre tale data; pertanto la normativa italiana continua a mantenere in vigore le 'concessioni balneari' la cui durata era già stata prorogata, in primo luogo, dalle misure ritenute contrarie al diritto dell'Unione nella sentenza Promoimpresa e, successivamente, dalle disposizioni oggetto della lettera di costituzione in mora. In altri termini, adottando la legge 14/2023, il legislatore italiano riproduce le misure precedenti e mantiene la validità delle 'concessioni balneari' in contrasto con il diritto dell'Unione. Si può pertanto concludere che le autorità italiane non abbiano risposto alle obiezioni sollevate nella lettera di costituzione in mora, in quanto l'incompatibilità della legislazione italiana con l'articolo 12 della direttiva sui servizi e con l'articolo 49 del TFUE*

non è stata eliminata e gli interventi legislativi adottati durante il periodo successivo all'invio della lettera di costituzione in mora mantengono sostanzialmente lo stato della legislazione vigente al momento dell'emissione di tale lettera.».

87. Sulla sentenza AGCM della Corte di giustizia la Commissione europea ha affermato nel parere motivato a pag.6: *«Infine, il 20 aprile 2023 la CGUE ha emesso la sentenza nella causa C-348/22 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Comune di Ginosa) (ECLI:EU:C:2023:301), confermando la validità e l'applicabilità diretta della direttiva sui servizi al settore delle 'concessioni balneari' e sottolineando che tale direttiva prevede chiaramente l'obbligo per gli Stati membri di applicare procedure di selezione imparziali e trasparenti ai potenziali candidati e il chiaro divieto di rinnovi automatici.».*

88. La Commissione Ue nel parere motivato del 16.11.2023 a pag. 6 sostiene addirittura che le procedure selettive sarebbero nell'interesse dei concessionari balneari, perché restituirebbero certezza giuridica agli operatori e quegli investimenti che gli attuali concessionari non fanno: *«Il turismo costiero e i servizi ricreativi, settore cruciale per l'economia italiana, rimangono, dunque, in una grave situazione di incertezza giuridica, a scapito dei diritti di tutte le parti coinvolte. Infatti, la reiterata proroga della durata delle attuali 'concessioni balneari' non solo scoraggia l'ingresso di nuovi prestatori di servizi innovativi, ma, come meglio descritto nella sezione 3 del presente parere motivato, crea una situazione di incertezza giuridica, all'origine di un grave pregiudizio anche per gli attuali concessionari. **A causa dell'illegittimità del quadro legislativo italiano, infatti, le 'concessioni balneari' prorogate dall'attuale normativa sono oggetto di ricorso giurisdizionale e annullamento da parte dei tribunali italiani.** Inoltre, imponendo a tutte le 'concessioni balneari' un quadro giuridico contrario al diritto dell'Unione, la Repubblica italiana impedisce una valutazione caso per caso di ciascuna situazione. Data l'importanza economica e sociale del settore turistico-balneare in Italia, le condizioni necessarie per una concorrenza aperta, trasparente ed efficace potranno promuovere gli investimenti ed aumentare la qualità dei servizi offerti ai consumatori, nonché migliorare la conservazione dell'ambiente costiero, garantendo nel contempo un adeguato livello di entrate per il bilancio pubblico. Risulta della massima importanza affrontare le carenze dell'attuale normativa quanto prima e in modo duraturo, al fine di consentire a tutti gli operatori in Italia, compresi gli attuali concessionari, di svolgere correttamente le loro attività e di pianificare attentamente i propri investimenti, evitando la prosecuzione dannosa di contenziosi di lunga durata. È pertanto urgente finalizzare le riforme che possano assicurare la conformità con il diritto dell'Unione, garantendo procedure di selezione aperte e pubbliche basate su criteri non discriminatori, trasparenti e oggettivi. In tal modo, le autorità italiane incoraggerebbero gli investimenti e la modernizzazione in un settore fondamentale per l'economia italiana.».*

89. La Commissione Ue nel parere motivato ha ignorato tutta la normativa di diritto

primario e di diritto derivato dell'Unione che escludeva tassativamente che le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, sia se intese come concessioni di beni sia se intese, più correttamente, come concessioni di beni (come affermato espressamente dalla sentenza Promoimpresa della Corte UE, rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE, così come ha ignorato quanto affermato nella sentenza AGCM della Corte di giustizia al punto 73, nella parte in cui ha chiarito il significato e la portata dell'art.12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein rispetto a CDM iniziate prima del 28 dicembre 2009 che, quindi, erano comunque al di fuori del campo di applicazione della direttiva servizi.

90. In particolare, la Commissione europea ha ignorato nell'analisi della normativa Ue applicabile gli artt. 50, 51, 56, 195, 345 e 352 del TFUE, nonché la direttiva 2014/23/UE sulla aggiudicazione dei contratti di concessione, disposizioni che escludono in una lettura logico-sistematica e letterale che le concessioni demaniali marittime entrino nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. L'unica norma dei Trattati citata dalla Commissione europea è l'art.49 TFUE, che non è mai citata dalla Corte di giustizia nella sentenza AGCM nè nella parte motiva nè nelle conclusioni.

91. La Commissione Ue ha fornito nel parere motivato una discutibile interpretazione della sentenza AGCM della Corte proprio nel punto di maggior chiarezza (punti 46-48), ampiamente valorizzati dal TAR Lecce nelle due sentenze del 2.11.2023, cioè sulla necessità di una preventiva valutazione della scarsità della risorsa naturale da parte del Governo centrale che è il proprietario dei beni, arrivando addirittura a sostenere il contrario rispetto a quanto precisato dalla Corte Ue, Per rafforzare questa non condivisibile opinione, la Commissione europea arriva a sostenere che la valutazione della scarsità delle risorse andava affidata alle Regioni e ai Comuni, all'ANCI, mentre le stesse valutazioni del Tavolo tecnico governativo sulla mappatura sarebbero sostanzialmente inattendibili, andando a confermare indirettamente che la risorsa naturale era scarsa.

92. Sul piano interno e per giustificare con l'incertezza giurisprudenziale l'esigenza di certezze giuridiche con l'espletamento di gare, la Commissione europea si è affidata totalmente alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul punto della scarsità delle risorse naturali, rilevando che tali decisioni sono state valorizzate

dal Presidente della Repubblica, come si evince a pag.5 del parere motivato: «Peraltro, si osserva che la legge 14/2023 è stata promulgata dal Presidente della Repubblica italiana con “specifiche e rilevanti perplessità” proprio in merito alla nuova disciplina delle ‘concessioni balneari’. Inoltre, come anche osservato dal Capo dello Stato italiano al momento della promulgazione, la legge 14/2023 è stata altresì adottata in difformità delle suddette sentenze n. 17/2021 e n. 18/2021 del 9 novembre 2021 del Consiglio di Stato, attraverso le quali l’Adunanza plenaria ha individuato al 31 dicembre 2023 il termine per l’operatività degli effetti delle stesse sentenze, aggiungendo che “Scaduto tale termine, tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto” e precisando che “eventuali proroghe legislative del termine così individuato (al pari di ogni disciplina comunque diretta a eludere gli obblighi comunitari) dovranno naturalmente considerarsi in contrasto con il diritto dell’Unione e, pertanto, immediatamente non applicabili ad opera non solo del giudice, ma di qualsiasi organo amministrativo, doverosamente legittimato a considerare, da quel momento, tamquam non esset le concessioni in essere”.».

93. Ci penserà una settimana dopo la Cassazione a Sezioni unite a privare il parere motivato della Commissione europea del suo presupposto interpretativo giurisdizionale nazionale, annullando la(e) sentenza(e) dell’Adunanza plenaria del CdS.

6. Le Sezioni unite della Cassazione annullano le sentenze dell’Adunanza plenaria per eccesso di potere giurisdizionale sulla legittimazione processuale dei titolari di interessi collettivi e sulla violazione delle competenze del legislatore

94. Infine, come anticipato, all’udienza del 24 ottobre 2023 è stato discusso **davanti alle Sezioni Unite della Cassazione il ricorso n.8394/2022 R.G. Cass.**, proposto ex art. 111 comma 8 Cost. per eccesso di potere giurisdizionale dalla SIB, dalla Regione Abruzzo e da ASSOMAT avverso la sentenza n.18/2021 del 9 novembre 2011 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

95. Nelle conclusioni scritte in vista dell’udienza pubblica, **la Procura generale della Cassazione ha chiesto l’accoglimento del ricorso e l’annullamento della decisione impugnata della Plenaria.**

96. Per la giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di legittimità ha affermato che «in tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, l’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di

attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete» (Cass. Civ. SS.UU., ordinanze 25.11.2021, n. 36593; 7.7.2021 n. 19244; 25.3.2019 n. 8311).

- 97.** L'Adunanza Plenaria, attribuendo alla direttiva 2006/123/CE carattere auto-esecutivo, con la conseguenza della necessaria disapplicazione della normativa interna contrastante, ha (automaticamente) creato un vuoto normativo che, poi, di fatto ha colmato introducendo una dettagliata disciplina delle modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime, con ciò invadendo la sfera di competenza del potere legislativo.
- 98.** Il Consiglio di Stato, stante la (ritenuta) necessaria disapplicazione della normativa interna per incompatibilità con l'art. 12 della direttiva Bolkestein avente asserita natura *self executing*, ha sostituito l'esistente disciplina adottata dal legislatore sulle proroghe delle concessioni demaniali marittime prevedendo che le stesse concessioni ad oggi vigenti abbiano efficacia fino al 31.12.2023 ed indicando i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni balneari per garantire il rispetto dei principi sopra richiamati. Il CdS, infatti, ha elencato i principi che dovranno ispirare lo svolgimento delle gare, prevedendo che i criteri di selezione debbano essere proporzionati, non discriminatori ed equi in quanto essenziali, ed ha individuato anche i principi per la valutazione della capacità tecnica professionale. Ed ancora nelle due sentenze dell'A.P. sono indicati ulteriori elementi di valutazione dell'offerta ed è precisato che la durata delle concessioni deve essere "*limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche economiche e finanziarie*", creando un'appendice del codice dei contratti pubblici valida soltanto per le concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali.
- 99.** Così facendo, tuttavia, l'Adunanza Plenaria ha finito appunto per esercitare poteri avulsi dalla funzione giurisdizionale e propri del potere legislativo e del potere esecutivo, oltre che sostituirsi alla stessa Corte di giustizia Ue come interprete finale ed esclusivo del diritto dell'Unione.
- 100.** Infatti, il Consiglio di Stato non ha applicato alcuna normativa vigente, né ha definito una regolazione che possa essere ricavata, in virtù di un'interpretazione sistematica, dal quadro legislativo pertinente in materia. Al contrario, dopo aver

ritenuto incompatibile la normativa interna di proroga delle concessioni demaniali marittime con la disciplina europea dell'art. 12 direttiva 2006/123/CE, ha disposto l'inapplicabilità della legge n. 145/2018 e, sostituendosi al legislatore e al Governo, ha introdotto un regime speciale per il settore balneare.

101. Con **sentenza del 14 febbraio 2023 n. 4591 le Sezioni unite della Corte di cassazione**, muovendo dalla questione circa l'applicabilità o meno della legge 145/2018 alle concessioni demaniali marittime stagionali o di breve durata, che è stata esclusa, avevano tuttavia ribadito il citato principio generale, per cui l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato si realizza solo quando quest'ultimo crei delle norme e non si limiti a interpretare quelle esistenti: *«In tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali del giudice contabile o amministrativo, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete (così Cass. S.U., n. 36593 del 2021, Cass. S.U., n. 22711 del 2019, Cass. S.U., n. 32175 del 2018)»*. Nel caso esaminato dalle Sezioni unite, definito da una pronuncia del Consiglio di Stato resa prima delle note sentenze gemelle dell'adunanza plenaria, è stato escluso il vizio di eccesso di potere giurisdizionale perché i giudici di Palazzo Spada si erano limitati a interpretare norme esistenti e non a crearne di nuove.

102. Per contro, venendo alla diversa fattispecie che interessa le concessioni demaniali marittime di lunga durata, le sentenze gemelle dell'adunanza plenaria hanno creato delle norme aventi efficacia generale e astratta quali la durata biennale del termine di efficacia di tutti i titoli concessori italiani, i criteri che il legislatore deve seguire nel riordino della materia, e il divieto per il legislatore di prevedere ulteriori proroghe.

103. Tuttavia, **non era scontato sul piano processuale** della questione delle concessioni balneari **che le Sezioni unite avrebbero dato continuità e coerenza ai principi appena affermati nella citata sentenza n.4591/2023**. Vediamo le ragioni delle difficoltà interpretative interne che la Cassazione nel suo massimo consesso ha incontrato nell'accogliere il ricorso delle due Associazioni di categoria e dell'Ente locale.

104. Innanzitutto, con la commentata **sentenza del 23 novembre 2023 n.32559 le Sezioni unite della Suprema Corte** hanno accolto il primo motivo dei ricorsi di SIB, ASSONAT e Regione Abruzzo, *«restando assorbito il profilo riguardante la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 99, comma 2, cod. proc. amm. (sub 1.1-b) e assorbiti anche tutti gli altri motivi proposti nei ricorsi in esame; di conseguenza, la sentenza impugnata è cassata con rinvio al Consiglio di Stato»*, precisando che *«Non può essere accolta la richiesta di enunciare, ai sensi dell'articolo 363 cod. proc. civ., i principi di diritto nell'interesse della legge sulle questioni trattate nei restanti motivi assorbiti, sulle quali spetterà al Consiglio di Stato pronunciarsi nuovamente, anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri normativi loro spettanti.»*.

105. Nella ricostruzione che ne fanno le Sezioni unite nella sentenza in commento il **primo motivo del ricorso principale della SIB** (e del ricorso incidentale di ASSOMAT, che ha aderito a quello proposto dalla SIB) si articola in due profili, in relazione agli articoli 3, 24, 111, comma 1° e 2°, Costituzione: a) con il primo è denunciato l'illegittimo diniego della giurisdizione, per avere l'Adunanza plenaria nella sentenza n.18/2023 ritenuto inammissibile, in via generale e *a priori*, l'intervento del SIB e di ASSOMAT, al pari di tutti gli interventi proposti da altri enti e associazioni di categoria, senza alcun esame concreto dello statuto delle due Associazioni ricorrenti (e degli statuti degli altri enti e associazioni di categoria), da cui risultava evidente la funzione primaria di rappresentanza e difesa, in ambito nazionale, delle istanze ed esigenze delle aziende turistico-balneari e della *«esistenza stessa di tutte le imprese associate»*, irragionevolmente rinnegando la costante giurisprudenza amministrativa in tema di ammissibilità degli interventi volontari degli enti esponenziali di interessi collettivi e negando, aprioristicamente e indiscriminatamente, ogni forma di tutela giurisdizionale dell'interesse superindividuale; b) con il secondo profilo la sentenza impugnata è censurata nella parte in cui ha escluso che, a seguito del deferimento all'A.P. di questioni comuni a una serie di giudizi pendenti davanti al Consiglio di Stato, sia ammissibile l'intervento davanti alla stessa A.P. di un'associazione che è parte in uno di tali giudizi ma non in quello specificamente deferito; per questa ragione è denunciata dalle due Associazioni ricorrenti l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 2, cod. proc. amm., per cui si chiede di sollevare questione dinanzi alla Corte costituzionale, assumendosi *«evidente che il potere attribuito al Presidente del Consiglio di Stato*

dall'art. 99, comma 2, cod. proc. amm., di deferire, anche d'ufficio, all'Adunanza plenaria "qualunque ricorso" – se inteso, tale potere, come nella specie è stato inteso, scegliendone uno "qualunque" tra una pluralità che presentavano la medesima questione di massima di particolare importanza – si risolve nella scelta arbitraria delle parti (e dei relativi difensori) abilitati a interloquire» (così in ricorso SIB); «la imperscrutabile e insindacabile scelta» operata dal Presidente del Consiglio di Stato (con decreto n. 160/2021) «di due tra le tante cause in cui erano presenti le medesime questioni di massima di particolare importanza avrebbe in ogni caso precluso al SIB di far valere le proprie ragioni nella sede [A.P.] in cui si elaborava la soluzione anche della causa in cui esso aveva acquisito la qualità di parte» (così in ricorso SIB).

106. Con il primo motivo del ricorso incidentale la Regione Abruzzo ha denunciato il grave e irreparabile *vulnus* al diritto di difesa, non avendo avuto la possibilità di rappresentare le proprie ragioni in giudizio, in quanto immotivatamente estromessa dal giudizio, perché, essendo un ente costituzionale ed esponenziale di una collettività territorialmente definita e portatrice di interessi differenziati, ha osservato che era interessata e legittimata a intervenire nella fase processuale dinanzi all'A.P., anche in ragione degli effetti orientativi che i principi affermati in materia di concessioni marittime producono sull'attività istituzionale, amministrativa e regolatoria della regione e degli altri enti territoriali ricompresi nel territorio regionale. In particolare, stabilire se sia obbligo (non soltanto dei giudici ma) anche dei singoli operatori della pubblica amministrazione applicare la normativa nazionale di proroga delle concessioni demaniali marittime, o disapplicarla per contrasto con la normativa unionale, avrebbe ricadute importanti sulle competenze amministrative e regolatorie della regione, la quale ha il dovere di orientare l'azione amministrativa non soltanto dei propri funzionari, ma anche delle amministrazioni e dei funzionari operanti nel territorio, chiamati a pronunciarsi sul tema della durata delle concessioni marittime. Inoltre, la Regione Abruzzo avrebbe un interesse diretto e immediato all'intervento in causa, in quanto su segnalazione dell'AGCM (AS1784) era stata invitata a modificare le istruzioni indirizzate agli enti locali in tema di proroga delle concessioni demaniali marittime.

107. Chiarito il contenuto del primo motivo di ricorso delle due Associazioni di categoria e della Regione Puglia, le Sezioni unite nella sentenza n.32559/2023 hanno dovuto superare il precedente n.27842/2019, con il quale le stesse Sezioni unite avevano affermato che «*il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale, non è ammissibile avverso la sentenza*

resa, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, dall'A.P. che, a norma dell'articolo 99, comma 4, del d.lgs. n. 104 del 2010 (cod. proc. amm.), abbia enunciato uno o più principi di diritto e restituito per il resto il giudizio alla sezione remittente, non avendo detta statuizione carattere decisorio e definitivo, neppure parzialmente, del giudizio di appello, il quale implica una operazione di riconduzione della regula iuris al caso concreto che è rimessa alla sezione remittente».

108. Il Collegio della decisione in commento ha ritenuto di non poter dare continuità al citato precedente del 2019, sulla base di plurime argomentazioni che ha condiviso con i rilievi della Procura generale e degli stessi ricorrenti.

109. In particolare, la Corte di legittimità ha richiamato una recente sentenza delle stesse Sezioni Unite (n. 22423/2023, p. 11), che ha ribadito l'incondizionata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma di sentenza, senza necessità di ulteriore scrutinio sulla loro portata decisoria, dovendosi quindi affermare che non è consentito neppure al legislatore ordinario far dipendere la ricorribilità per cassazione delle «sentenze» del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, ai sensi dell'articolo 111, comma 8, Costituzione, con l'effetto di limitarla, a seconda della composizione dell'organo decidente (sezione semplice o A.P.).

110. Le Sezioni unite, condividendo l'argomentazione in tal senso della difesa di SIB, hanno osservato che *«d'altra parte, il carattere meramente potenziale della definitività delle sentenze dell'A.P. – superabile solo con una nuova rimessione all'A.P. – nulla toglie alla sua idoneità a produrre effetti rilevanti ai fini di cui all'art. 111, 8° comma, Costituzione e cioè alla sua idoneità – proprio perché la sentenza è emessa dal massimo organo della Giustizia Amministrativa – a violare i (e a produrre successive, ripetute violazioni da parte delle Sezioni dei) limiti esterni della giurisdizione amministrativa; senza dire che l'esonero delle sentenze parziali dell'A.P. dal sindacato delle Sezioni Unite [...] investe proprio le più rilevanti ipotesi in cui è possibile dubitare del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione».*

111. E' evidente, secondo la Corte di legittimità, che la questione dell'eccesso di potere giurisdizionale in cui è incorsa l'Adunanza plenaria attiene non solo all'aspetto processuale dell'inammissibilità degli interventi *ad adiuvandum* della concessionaria parte principale del giudizio davanti alla Sezione semplice del

Consiglio di Stato (l'impresa A.Caretto, che non ha proposto ricorso alle Sezioni unite neanche avverso la sentenza del 27 maggio 2023 n.4072 della VII Sezione del CdS che ha deciso la controversia, riformando la sentenza del TAR Lecce), ma anche al **merito** della controversia sulla durata delle concessioni balneari, estesa *erga omnes* per ordine del supremo giudice amministrativo a tutte le CDM.

112. In effetti, secondo le Sezioni unite non sarebbe comprensibile una soluzione che sottraesse al sindacato per eccesso di potere giurisdizionale le sentenze dell'Adunanza plenaria enunciative di principi di diritto, anche alla luce dell'orientamento che riconosce l'interesse a ricorrere (alle Sezioni Unite) per eccesso di potere giurisdizionale proprio ed esclusivamente avverso le sentenze d'appello che, essendo espressione dell'organo di vertice del plesso giurisdizionale amministrativo e contabile, sono anche le sole suscettibili di arrecare un *vulnus* all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri.

113. Le Sezioni unite, condividendo le conclusioni svolte nella requisitoria del Procuratore Generale, hanno ritenuto che non sia configurabile un mero ed incensurabile *error in procedendo*, ma un diniego o rifiuto di giurisdizione per avere la sentenza impugnata negato agli enti ricorrenti la legittimazione ad intervenire nel giudizio, sulla base non di specifici e concreti impedimenti processuali (ad esempio, per ragioni relative alla fase processuale in cui gli interventi sono stati proposti, al grado di rappresentatività dei soggetti intervenuti rispetto agli interessi fatti valere, ecc.) ma di valutazioni che negano, in astratto, la titolarità in capo agli stessi enti di posizioni soggettive differenziate qualificabili come interessi legittimi.

114. Le Sezioni Unite hanno preso atto del diretto collegamento della legittimazione ad agire con la situazione giuridica sostanziale fatta valere dal ricorrente (o interveniente), giungendo ad affermare che il rapporto tra processo amministrativo e posizione sostanziale fatta valere (interesse legittimo) è di autonomia solo relativa, poiché «*la sede processuale assume una posizione complementare rispetto a quella sostanziale, svolgendo una funzione di autentica individuazione degli interessi sostanziali meritevoli di tutela*». «*Tale operazione, che tende a identificare nella titolarità di un interesse legittimo la sussistenza della legittimazione ad agire, è il risultato di una lunga operazione giurisprudenziale*» che consente di affermare che «la legittimazione ad agire, invero, è da intendere [non

come mera predicazione] ma piuttosto come effettiva titolarità della posizione azionata» (v. SU n. 20820/2019).

115. Analogamente, nella giurisprudenza amministrativa, la legittimazione ad agire coincide con la titolarità di una posizione qualificabile come interesse legittimo, anche quando si tratti di interessi (legittimi) collettivi di determinate collettività e categorie, soggettivizzate in enti associativi esponenziali, legittimati ad agire e intervenire in giudizio (*ex plurimis*, Cons. di Stato, A.P., n. 6/2020; A.P. n. 9/2015).

116. Secondo la Corte di legittimità, dunque, la questione concernente la configurabilità o meno di un interesse (legittimo) suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice e, pertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite, a norma dell'articolo 362 cod. proc. civ. e spetta alle Sezioni Unite stabilire se la pretesa sostanziale azionata assurga al rango di interesse giuridicamente rilevante (legittimo) o consista in un interesse di mero fatto non differenziato e non giustiziabile. Nel primo caso è configurabile la giurisdizione amministrativa se la posizione sostanziale dedotta sia *effettivamente* considerata dall'ordinamento come interesse legittimo; nell'altro caso si ha difetto assoluto di giurisdizione, mancando in astratto la giustiziabilità della posizione fatta valere.

117. Le Sezioni unite hanno evidenziato che la giurisprudenza amministrativa ha da tempo delineato le coordinate della **tutela giurisdizionale degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità di persone e categorie** (anche professionali) affidata agli enti associativi esponenziali, iscritti in elenchi speciali previsti dalla legge o in possesso dei requisiti a tal fine individuati dalla giurisprudenza. E' costante l'orientamento che ammette la loro **legittimazione attiva** a intervenire nel processo amministrativo (anche in appello) alle condizioni che: a) **la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione** e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati; b) **l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e**

che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione, che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio; restando preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse astratto al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia (v. Cons. di Stato, A.P., n. 9/2015; cfr., *ex plurimis*, A.P. n. 6/2020).

118. Alla luce di queste coordinate può comprendersi come le argomentazioni contenute nella sentenza dell'Adunanza plenaria impugnata per estromettere dal giudizio tutti gli interventi in causa, rivelino non un mero e incensurabile *error in procedendo* ma, al contrario, un diniego in astratto della tutela giurisdizionale connessa al rango dell'interesse sostanziale (legittimo) fatto valere dagli enti ricorrenti, con l'effetto di degradarlo a interesse di mero fatto non giustiziabile. In tal modo, **la sentenza n.18/2021 dell'A.P. ha, in sostanza, precluso l'accesso alla giurisdizione delle predette associazioni che avevano fatto valere, in quanto tali, un interesse (anche) proprio e diverso da (nonché convergente e quindi adesivo a) quello individuale del destinatario del provvedimento negativo** (vittoriosamente impugnato dinanzi al TAR di Lecce), con il quale le associazioni condividevano l'interesse – coltivato nel giudizio di appello introdotto dal Comune di Lecce – alla conferma della sentenza di primo grado; da qui l'evidente collegamento della loro posizione giuridica con quella fatta valere dal concessionario impugnante il provvedimento amministrativo di diniego della proroga.

119. Secondo la Corte di legittimità nel suo massimo consesso è necessario considerare, inoltre, che l'interesse delle associazioni a partecipare al giudizio di appello è asceso al massimo grado una volta che, con il decreto n. 160/2021, il Presidente del Consiglio di Stato ha deferito d'ufficio all'A.P. tre questioni di diritto di fondamentale importanza per gli interessi delle categorie rappresentate, in tema di legittimità ed efficacia delle proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative nell'intero territorio nazionale, proprio in ragione della *«particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali»*.

- 120.** Hanno evidenziato dunque le Sezioni unite che **avere escluso pregiudizialmente tutte le associazioni e gli enti dalla partecipazione alla fase del giudizio dinanzi all’A.P., che era la sede nella quale sarebbero stati enunciati principi sostanzialmente normativi e vincolanti per i giudici e anche per le amministrazioni pubbliche, è sintomo di diniego o arretramento della giurisdizione in controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.**
- 121.** Per la Suprema Corte analoghe considerazioni valgono per la **Regione Abruzzo**, ugualmente estromessa ingiustamente dal giudizio davanti all’Adunanza plenaria per essere il suo intervento stato dichiarato inammissibile, avendo la sentenza anche in tal caso disconosciuto l’interesse proprio dell’ente regionale a intervenire nella fase del giudizio dinanzi all’A.P., coerentemente con la giurisprudenza amministrativa che ha valorizzato il ruolo degli enti territoriali come soggetti esponenziali degli interessi della collettività di riferimento, con connesso riconoscimento di un’ampia legittimazione a partecipare al giudizio amministrativo, anche al di fuori di fattispecie attinenti alla sfera delle competenze specificamente riservate agli enti medesimi (v. Cons. di Stato, sez. IV, n. 8683/2010).
- 122.** In conclusione, nella pregevole e rivoluzionaria (rispetto ai precedenti della Corte) decisione n.32559/2023 delle Sezioni unite **è stata censurata definitivamente (e senza rinvio sul punto) proprio l’autoreferenzialità delle sentenze n.17 e 18 del 2021 dell’Adunanza plenaria del CdS e la pretesa del giudice amministrativo di appello, manifestata attraverso il decreto presidenziale n.160/2021 con la fissazione dei principi di diritto, di dettare norme generali di rango legislativo primario (e anche regolamentare) applicabili a tutti gli operatori economici del settore e a tutte le pubbliche amministrazioni che intervengono a disciplinare la materia delle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali.**
- 123.** Con una tecnica argomentativa raffinata nella parte motiva e molto efficace nelle conclusioni, per le Sezioni unite **la celebrazione del nuovo processo davanti all’Adunanza plenaria dopo la cassazione della sentenza n.18/2021 servirà al Consiglio di Stato (soltanto) per recuperare la capacità di discernimento e di ripristino della legalità costituzionale lesa dall’evidentissimo eccesso di potere**

giurisdizionale per dichiarata invasione del potere legislativo ed esecutivo, fissando nuovi principi di diritto (vincolati) ai motivi di ricorso presentati da SIB, ASSOMAT e Regione Abruzzo che sono stati assorbiti dalla sentenza in commento, «anche alla luce delle sopravvenienze legislative, avendo il Parlamento e il Governo esercitato, successivamente alla sentenza impugnata, i poteri normativi loro spettanti.».

- 124.** Il monito delle Sezioni unite della Cassazione al Consiglio di Stato è molto evidente e non ammette deroghe: le sentenze nn.17 e 18 del 2021 dell'Adunanza plenaria non esistono più in quanto espressione di inammissibili principi di diritto che si sono tradotti in norme di rango primario e regolamentare invadendo la sfera riservata al legislatore e al Governo anche per quanto riguarda la produzione legislativa ed amministrativa generale futura.
- 125.** Ciò non dovrà più accadere e gli incontri di studio tra Cassazione e Consiglio di Stato preannunciati il 20 novembre 2023 da ItaliaOggi serviranno proprio ad evitare altri errori di invasione del potere legislativo ed esecutivo da parte del CdS.

7. Considerazioni finali

- 126.** Si impongono considerazioni finali rispetto a questa eccezionale e per molti versi incredibile vicenda giudiziaria e istituzionale, che appare conclusa sul piano interpretativo.
- 127.** Anche la più autorevole dottrina amministrativa¹⁴ ha evidenziato, diversamente da quanto espresso nel parere motivato della Commissione Ue del 16.11.2023, che l'interpretazione del diritto dell'Unione nella sentenza AGCM della Corte di giustizia si è posta in distonia con le indicazioni ermeneutiche e normopoietiche delle sentenze del 9 novembre 2021 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.
- 128.** Va ricordato, inoltre, che anche il **Consiglio di Stato – VII Sezione con ordinanza di rinvio pregiudiziale del 15.9.2022 n.8010/2022 in causa C-598/22** ha sollevato alla Corte di giustizia un quesito in parte simile a quello pregiudiziale n.9

¹⁴ Si fa riferimento all'autorevole commento della sentenza AGCM della Corte Ue da parte del Presidente aggiunto del CdS, dott. C. Volpe, *Concessioni demaniali marittime: un'ulteriore puntata di una storia infinita*, 26 aprile 2023, su www.giustizia-amministrativa.it.

proposto dal TAR Lecce nella ordinanza di rinvio decisa dalla sentenza AGCM della Corte di giustizia sulla mancanza di indennizzi per i concessionari “uscenti” rispetto alle opere non amovibili da essi costruite sul suolo demaniale ed acquisite così al patrimonio dello Stato ai sensi dell’art.49 cod.nav. La pregiudiziale del CdS nella causa C-598/22 ha evidenziato, come del resto rilevato dal TAR Lecce, che nelle sentenze dell’Adunanza plenaria del CdS sulle CDM l’illegittima disciplina legislativa introdotta dalla giurisdizione amministrativa è comunque del tutto carente della parte relativa agli indennizzi per i concessionari “uscenti” rispetto agli investimenti immobiliari e mobiliari legittimamente effettuati sul suolo demaniale, in un momento storico di assegnazione delle concessioni in cui vigeva l’art.37 comma 2 del Codice della navigazione e il diritto di insistenza legato agli investimenti effettuati, successivamente abrogato dal legislatore nell’erronea convinzione, ispirata inizialmente dalla Commissione europea con la prima procedura di infrazione, che le CDM per finalità turistico-ricreative entrassero nel campo di applicazione della direttiva servizi.

129. Al fine di vagliare la ricevibilità del rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato nella causa C-598/2022, la Corte di giustizia Ue con comunicazione del 17.7.2023 ha richiesto al giudice rimettente quattro chiarimenti in ordine a taluni fatti del giudizio principale, mettendo in discussione la ricevibilità della domanda incidentale di interpretazione del diritto dell’Unione¹⁵ sulla base dell’applicabilità del

¹⁵ Questi i quattro chiarimenti richiesti al Consiglio di Stato dalla Corte di giustizia Ue nell’ambito della causa pregiudiziale C-598/22: «1. Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale emerge che, nella sentenza impugnata dinanzi al Consiglio di Stato, il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha chiaramente dichiarato la decadenza della SIIB. Quest’ultimo organo giurisdizionale ha infatti evidenziato che «sia il testimoniale del 1958, sia la concessione del 2009, hanno prodotto effetti che si sono consolidati nel tempo, in quanto la [SIIB] mai li aveva contestati in parte qua prima della proposizione dei ricorsi in esame». Orbene, il Consiglio di Stato ha riprodotto la posizione del giudice di primo grado, senza smentire né confermare tale elemento. a. Ciò posto, il Consiglio di Stato considera che la devoluzione al demanio marittimo abbia avuto luogo e, in caso affermativo, in quale data? La determinazione della data in cui le opere non amovibili costruite dal concessionario sono state incamerate nel demanio marittimo è cruciale in quanto comporta determinate conseguenze sul diritto applicabile *ratione temporis* (si vedano i quesiti 3 e 4). b. La SIIB dispone ancora di un interesse ad agire contro la devoluzione al demanio marittimo delle opere non amovibili da essa costruite? In altri termini, la SIIB è tuttora legittimata a contestare tale devoluzione, in via diretta oppure indiretta, mediante un ricorso avverso la decisione del concedente che le impone il pagamento di canoni maggiorati? 2. La domanda di pronuncia pregiudiziale espone che l’articolo 49 del codice della navigazione «è stato interpretat[o] dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria nel senso che l’acquisto [a titolo gratuito, da parte dello Stato, delle opere costruite dal concessionario] si verifica ipso iure, al termine del periodo di concessione, e va applicato] anche in caso di rinnovo della concessione stessa, implicando il rinnovo - a differenza della proroga - una nuova concessione in senso proprio, dopo l’estinzione della concessione precedente alla relativa scadenza, con automatica produzione degli effetti di cui al predetto articolo] 49 (cfr. Cons. Stato n. 626/2013 e n. 6852/2018)». Può la Corte assumere che ciò rappresenti lo stato del diritto positivo italiano? La devoluzione al demanio marittimo avviene, di conseguenza, automaticamente alla scadenza di una precedente concessione, cosicché il procedimento per l’incameramento delle pertinenze demaniali non ancora acquisite ha carattere meramente ricognitivo (o dichiarativo), oppure tale devoluzione ha carattere costitutivo, e con quali conseguenze? 3. a) Se la devoluzione al demanio marittimo è intervenuta prima del 28 dicembre 2009, è applicabile l’articolo 49 TFUE, relativo alla libertà di stabilimento, ove la concessione presenti un «interesse transfrontaliero certo». Spetta nondimeno al giudice del rinvio accertare la sussistenza di tale «interesse transfrontaliero certo», prima di adire la Corte. Orbene, allo stato degli atti, la domanda di pronuncia pregiudiziale non contiene alcun elemento che permetta di constatare l’esistenza di un siffatto interesse transfrontaliero certo. Il Consiglio di Stato è

solo art.49 TFUE alle concessioni balneari iniziate prima del 28 dicembre 2009, sottolineandone così ancora una volta la loro esclusione dal campo di applicazione della direttiva Bolkestein, già evidenziata dalla sentenza AGCM della Corte di giustizia.

130. La risposta alla Corte Ue del Consiglio di Stato – VII Sezione con l’ordinanza del 6 settembre 2023 n.8184, trattandosi di CDM iniziata, secondo il CdS, il 31.12.2008 cioè prima dello scadere del termine di recepimento della direttiva 2006/123/CE, depone nel senso che ormai la partita della durata delle concessioni demaniali marittime, fluviali e lacuali iniziate prima del 28.12.2009 è definitivamente conclusa, perchè, qualsiasi sia l’esito del giudizio C-598/22 (che potrebbe essere di irricevibilità della questione pregiudiziale, trattandosi di materia di diritto interno e non di diritto Ue), le predette CDM non sono mai state regolamentate dalla direttiva Bolkestein.

131. Anche questa emananda decisione della Corte di giustizia Ue potrà rappresentare un freno definitivo all’azione amministrativa della Commissione Ue, impedendo il ricorso al deferimento alla Corte Ue, l’adozione del parere motivato del 16.11.2023.

132. I veri protagonisti positivi, a parte i concessionari demaniali marittimi, lacuali e fluviali i cui diritti alla continuità dell’utilizzazione dei contratti in corso appaiono riconosciuti dal legislatore nazionale a tempo indeterminato (come confermato dal parere motivato della Commissione), sono il giudice del rinvio pregiudiziale, il **TAR Lecce** del Presidente Pasca sul piano dell’interpretazione comunitariamente orientata, e **la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni unite** sul piano della interpretazione costituzionalmente indirizzata nel rapporto con il Consiglio di Stato per la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

quindi pregato di fornire alla Corte indizi della sussistenza di un tale interesse transfrontaliero certo. b) In assenza di un tale «interesse transfrontaliero certo» e conformemente alla sentenza del 15 novembre 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, punti da 50 a 53), l'articolo 49 TFUE sarebbe comunque applicabile al procedimento principale qualora: i. il codice della navigazione sia applicabile indistintamente agli operatori economici italiani e a quelli provenienti da altri Stati membri; ii. il diritto nazionale imponga al giudice del rinvio di riconoscere a un cittadino dello Stato membro cui detto giudice appartiene gli stessi diritti di cui il cittadino di un altro Stato membro, nella stessa situazione, beneficerebbe in forza del diritto dell'Unione; oppure iii. qualora il diritto italiano abbia reso il diritto dell'Unione applicabile a situazioni puramente interne. Spetta, se del caso, al giudice del rinvio indicare se nella presente causa ricorra una delle situazioni di cui ai punti i), ii) o iii). 4. Se la devoluzione al demanio marittimo è intervenuta dopo il 28 dicembre 2009, nella presente causa è applicabile la direttiva 2006/123. Il giudice del rinvio è allora invitato a indicare le disposizioni di tale direttiva che gli sembrano pertinenti nell'ambito del procedimento principale».

- 133.** Molto positivo è stato anche il ruolo della Corte di giustizia Ue che, con la sentenza AGCM, è riuscita a rivedere il precedente della sentenza Promoimpresa, confermando che il dialogo tra giudice nazionale e Corte sovranazionale costituisce ancora la base strutturale del sistema di tutela eurounitario dei diritti fondamentali, nel 60° anno dalla pubblicazione della sentenza **Van Gend & Loos**¹⁶.
- 134.** Dopo la sentenza AGCM, il TAR Lecce nelle sentenze del 2.11.2023 ha riconosciuto attenuanti generiche all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato rispetto alle inaccettabili scelte normopoietiche operate, in considerazione degli errori commessi dalla Commissione europea già nel 2008 nella promozione di una intempestiva procedura di infrazione per inadempimento ad una direttiva, come quella servizi 2006/123/CE, che sarebbe entrata in vigore soltanto con lo spirare del termine di recepimento della direttiva Bolkestein fissato al 28.12.2009, in un momento storico in cui dal 1.12.2009 l'art.195 del TFUE vietava (e vieta) l'applicazione di direttive di armonizzazione al settore del turismo.
- 135.** Del resto, anche la Corte costituzionale aveva riconosciuto l'autorità della Commissione Ue come garante della corretta applicazione dei Trattati, richiamando la procedura di infrazione 2008/4908 nei confronti dell'Italia sulle CDM.
- 136.** Senza dubbio, con i suoi errori interpretativi aggravati dalla contraddizione interna della motivazione, la stessa sentenza Promoimpresa della Corte di giustizia costituisce un'attenuante al comportamento, altrimenti inaccettabile, dell'Adunanza plenaria del CdS.
- 137.** In ogni caso, è stato un grave errore quello commesso dall'Adunanza plenaria della mancata rimessione della questione alla Corte Ue in violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale previsto dall'art.267 paragrafo 3 TFUE.
- 138.** Il Consiglio di Stato ha preteso, con alcune giustificazioni rispetto alle sollecitazioni che provenivano dalla Commissione Ue e indirettamente dalle ambiguità della stessa Corte di giustizia, di applicare in via diretta l'art.12 paragrafo 1 della direttiva Bolkestein alle concessioni balneari, comunque manifestando un atteggiamento di leale cooperazione con le Istituzioni comunitarie, salvo il rifiuto del

¹⁶ Corte di giustizia CE, sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62 Van Gend & Loos, EU:C:1963:1.

rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art.267 paragrafo 3 del TFUE come Giudice di ultima istanza, sul presupposto che la sentenza Promoimpresa della Corte di Lussemburgo rappresentasse *acte clair* in *subiecta materia*.

139. In conclusione, la Corte di Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n.32559/2023 ha raccolto il testimone interpretativo costruito dal TAR Lecce ed ha sciolto con una secca e totalmente condivisibile decisione il nodo gordiano che identificava in un solo corpo antidemocratico il legislatore, il Governo e il giudice, annullando le sentenze della Plenaria e restituendo al potere legislativo e al potere esecutivo il ruolo che la Costituzione nazionale e il diritto dell'Unione hanno sempre garantito e che la Commissione Ue non potrà (più) mettere in discussione, essendo venuti meno i presupposti interpretativi sovranazionali (sentenza Promoimpresa della CGUE) e interni (sentenze dell'Adunanza plenaria del CdS) che avevano ispirato e accompagnato l'azione amministrativa dell'Istituzione Ue nella seconda procedura di infrazione conclusa con il parere motivato del 16.11.2023.
