

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Le sezioni unite pronunciano l'eccesso di potere giurisdizionale nel caso Bolkestein. Alcuni profili processuali e nomofilattici.

di Francesco Tomasicchio

(Dottorando presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

Sommario

1. Premessa. La richiesta della Procura Generale. – 2. Il vizio di eccesso di potere. Brevi cenni dottrinali e giurisprudenziali. – 3. Le obiezioni dei ricorrenti e la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale per diniego di giustizia. – 3.1. L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore. – 3.2. Il problema dell'efficacia diretta 'orizzontale' della direttiva Bolkestein e la dubbia legittimazione dell'AGCM. – 3.3. Segue. L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza riservata all'Amministrazione. – 4. La decisione "tanto attesa" delle Sezioni Unite n. 32559/2023 – 5. Un quadro che si va definendo? La nuova decisione del TAR per la Puglia di Lecce dopo il responso della Corte di giustizia e la missiva della Commissione UE.

Abstract

In these pages, an attempt is made to summarise the jurisdictional dispute concerning the application of the Bolkestein directive in Italy, examining the recent ruling of the Court of Cassation. The latter ruled on important procedural profiles, deferring the decision of the case to the administrative judge. However, the legal framework is still far from a uniform interpretation and a definitive solution. Finally, the political scenario was complicated by the reasoned opinion, containing the infringement procedure, sent by the European Commission to the Italian Government. This distances the legal and institutional conflict from a shared solution.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*



1. Premessa. La richiesta della Procura Generale.

Come noto, di recente, la Procura Generale ha chiesto alla Suprema Corte la cassazione della sentenza n. 18 del 9 novembre 2021 resa dal Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria in merito all'illegittimità delle proroghe concernenti le concessioni demaniali marittime¹. Si tratta di una vicenda giurisprudenziale tra le più complesse e che ha riguardato più ambiti della giurisdizione, sia nazionale che sovranazionale². Infatti, con la pronuncia dello scorso aprile la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa in seguito al rinvio pregiudiziale formulato dal TAR per la Puglia di Lecce, mediante ordinanza, con la quale il giudice sovranazionale ha statuito, tra le diverse questioni, l'efficacia *self-executing* della direttiva n. 123/2006/CE (c.d. *Bolkestein*), la natura di armonizzazione della stessa (e non di liberalizzazione come, invece, aveva desunto l'Adunanza Plenaria) e la possibilità per il legislatore – e di conseguenza per l'Amministrazione – di valutare le concessioni demaniali marittime sia seguendo un criterio complessivo che un criterio che proceda "caso per caso", il quale ultimo era stato escluso dalle sentenze gemelle dei giudici di Palazzo Spada, poiché essi avevano ritenuto che tutte le concessioni fossero tra loro identiche³.

La decisione del giudice euro-unitario ha certamente fornito alcuni utili chiarimenti circa l'interpretazione della direttiva anche se non necessariamente condivisibili. Tuttavia, la controversia può dichiararsi tutt'altro che chiusa, poiché nelle more del giudizio dinanzi alla CGUE, i ricorrenti, tra cui compaiono le associazioni e il sindacato di categoria e anche, in via incidentale, la regione Abruzzo, hanno impugnato le pronunce dell'Adunanza Plenaria dinanzi alla Corte di Cassazione per

¹ Come evidenziato da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, parte III, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 221, dopo la legge del 1865 che assegnava al giudice ordinario la competenza in materia di giurisdizione verso le amministrazioni, il giudice civile si è limitato esclusivamente a sindacare quei «casi veramente marginali dell'attività delle amministrazioni pubbliche-autorità».

² Sul punto, M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, III, 2021, p. 331 ss.; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo: effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/21 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato*, in giustiziainsieme.it del 30 dicembre 2021; A. POLICE, *Le pronunce in tema di concessioni demaniali marittime: un'occasione per riflettere sul ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in R. URSI, G. ARMAO, C. VENTIMIGLIA (a cura di), *Liber Amicorum per Salvatore Raimondi*, Napoli, 2022, p. 258 ss.; L. VITULLI, *La regolazione delle zone costiere: le concessioni demaniali marittime fra concorrenza e tutela ambientale*, in *Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, I, 2022, p. 341 ss.; M. CRISCI, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero nelle concessioni demaniali marittime. Il giudice che si sostituisce all'Amministrazione? Brevi riflessioni a margine delle sentenze dell'Adunanza Plenaria nn. 17 e 18*, in *Il diritto dell'economia*, III, 2022, p. 241 ss.; G. GRECO, *La Corte di giustizia torna sulle concessioni balneari precisandone le regole: problemi superati e problemi ancora aperti in sede di applicazione nazionale del diritto UE*, in federalismi.it, XIV, 2023, p. 126 ss.; G. ARMAO, *Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario: la fine del "tempo delle more"*, in *Nuove Autonomie*, I, 2023, p. 53 ss.; F. LIGUORI, *Efficacia diretta e primato europeo: condizioni, effetti e limiti di operatività nel settore delle concessioni demaniali marittime*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, II, 2023, p. 381 ss.

³ Corte di giustizia dell'Unione europea, 20 aprile 2023, III sez., C-348/2022, *Agcm c. Comune di Ginosa Marina*, spec. §69.



lamentare, tra le censure mosse, il diniego di giurisdizione a causa della patita estromissione dal giudizio dinanzi all'Adunanza Plenaria e lo sconfinamento all'interno della sfera legislativa e amministrativa in cui sarebbe incorso il Consiglio di Stato. Per ragioni di opportunità, in questa sede, non si ripercorrono tutte le tappe e le questioni inerenti alla lunga vicenda, come già fatto in altra occasione a cui si deve rinviare⁴, ma ci si sofferma principalmente sulle doglianze mosse dai ricorrenti alla Corte Suprema per poi osservare i punti ritenuti rilevanti della decisione adottata dal giudice di legittimità e, infine, si passano brevemente in rassegna i punti essenziali dell'ultima pronuncia del TAR per la Puglia di Lecce in seguito al responso pregiudiziale reso dalla Corte di giustizia il 20 aprile del 2023.

2. Il vizio di eccesso di potere giurisdizionale. Brevi cenni dottrinali e giurisprudenziali.

Il riparto (e il rapporto) tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria affonda le proprie radici lontano nel tempo, rappresentando, ancora oggi, una delle tematiche più discusse dalla dottrina e dalla giurisprudenza dei due ordini⁵. Tra le ragioni che contribuiscono a mantenere questo dibattito ancora attuale vi rientra certamente il controllo – attribuito dalla legge alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – del rispetto del perimetro giurisdizionale da parte delle decisioni adottate dal giudice amministrativo. Si tratta di un'attribuzione risalente alla legge n. 3761 del 31 marzo 1877, precedente finanche il celeberrimo «concordato giurisdizionale» del 1929 stipulato dai rispettivi Presidenti del Consiglio di Stato, Santi Romano, e della Corte di Cassazione, Mariano D'Amelio, in quell'occasione, nel tentativo di superare i conflitti legati al riparto di giurisdizione⁶. Un tentativo che

⁴ In merito, sia consentito il richiamo a F. TOMASICCHIO, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime. Amministrazione, giudici, mercati e conflitti*, in *Il diritto dell'economia*, II, 2023, pp. 481-526.

⁵ A partire dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo, 20 marzo 1865, n. 2248, Allegati D ed E, e dalla successiva l. 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, meglio nota come «legge Crispi». Sul punto, F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, p. 100 ss., afferma che «fin dall'epoca dell'entrata in vigore della legge abolitiva dei tribunali del contenzioso amministrativo, dottrina e giurisprudenza non hanno trovato un metro univoco di interpretazione delle disposizioni regolative dell'ambito della giurisdizione da un lato e dall'ambito dei poteri dall'altro, per definire i limiti dell'intervento del giudice ordinario nelle controversie in cui sia parte l'Amministrazione». Nella medesima direzione G. AZZARITI, *Percorsi e tendenze della giustizia amministrativa. Indagine su origini formazione e caratteri del sistema della giustizia amministrativa in Italia*, Torino, 1994, p. 177, il quale evidenzia che nel periodo in cui «in Italia operò il giudice unico, non venne a soluzione alcuno dei problemi collegabili all'ambiguità del sistema di giustizia amministrativa. Neppure allora si riuscì ad affermare un controllo da parte del giudice ordinario sulla pubblica amministrazione, attento esclusivamente alla tutela delle garanzie e delle libertà dei cittadini, anzi proprio allora il sistema di tutela denunciò evidenti insufficienze, così come è espresso dall'atteggiamento timido della giurisprudenza di quel periodo che si è sempre ritirata di fronte alle prerogative del potere amministrativo».

⁶ Si veda S. ROMANO, M. D'AMELIO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, I, 1929, p. 181 ss. Critico verso l'impiego di questa formula è stato A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e*



trova la sua concreta realizzazione in due successive pronunce degli organi supremi di entrambe le giurisdizioni⁷, le quali affermavano il superamento della contrapposizione tra i due criteri del *petitum* e della *causa petendi*, che, da quel momento in poi, si «integrano a vicenda»⁸.

La controversa figura dell'eccesso di potere giurisdizionale sembra aver mostrato la propria malleabilità nella recente decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in merito all'annosa vicenda concernente le concessioni demaniali marittime e l'attuazione della direttiva europea n. 2006/123/CE c.d. *Bolkestein*.

Orbene, il vizio lamentato dai ricorrenti – costituente unico e contemplato motivo d'impugnazione di una sentenza del Consiglio di Stato dinanzi al giudice ordinario di legittimità – risiederebbe nel più volte richiamato eccesso di potere giurisdizionale (rientrante nella più ampia nozione di motivi inerenti alla giurisdizione), così come previsto direttamente dalla Costituzione repubblicana all'art. 111 comma 8⁹. In altri termini, il costituente ha inteso sanzionare quelle fattispecie, che già autorevole dottrina aveva enucleato, che si sostanziano in un'illegittima ingerenza a opera dell'autorità giudiziaria nella sfera esecutiva, legislativa o amministrativa, ovvero allorché suddetta autorità statuisca su di un caso particolare, la cui risoluzione però è dipendente dall'esercizio del potere discrezionale, ad esempio, dell'Amministrazione¹⁰.

giudice amministrativo (1952), ora in *Scritti* (in sei volumi), V, Napoli, 1990, p. 198 secondo cui il criterio discriminativo andrebbe rinvenuto nella *causa petendi* (diritto o interesse) e il *petitum*, invece, rileverebbe unicamente in ordine alla determinazione dei poteri che, nell'ambito della propria ed esclusiva competenza, possono riconoscersi al giudice di ciascun ordine.

⁷ Si fa riferimento alle pronunce del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 14 giugno 1930, n. 1 e Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 15 luglio 1930, n. 2680. Sarà quest'ultima, quasi un ventennio più tardi, 4 luglio 1949, n. 1657, a ritornare sulla questione introducendo la distinzione tra «carenza di potere» e «cattivo esercizio del potere», quale nuovo e principale criterio di riparto tra giurisdizioni.

⁸ Così M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Padova, 2018, p. 58 ss., la quale altresì evidenzia che il criterio della domanda «consente di individuare l'Autorità alla quale rivolgersi, poiché è certo che su una domanda di annullamento "non potrebbe pronunciarsi l'Autorità giudiziaria, competente solo a conoscere degli effetti dell'atto medesimo in relazione all'oggetto dedotto in giudizio". Ma occorre fare riferimento anche alla natura della controversia, poiché, ove si faccia questione di un diritto civile o politico, la cognizione sarebbe del giudice ordinario; ma "nel caso di specie non si fa alcuna questione di diritti, e quindi è da ritenersi competente il Consiglio di Stato". Nella stessa pronuncia, il Consiglio di Stato prova poi a suggerire il criterio per stabilire quando si faccia questione di diritti o interessi, affermando che "le questioni che si fanno in ordine alla legittimità o illegittimità" di un atto impugnato presuppongono un interesse, non un diritto, semmai, "il diritto sarebbe sorto solo a seguito e per effetto di tale atto": con ciò aderendo alla teoria della degradazione dei diritti». L'A. richiama Cons. Stato, Ad. Plen., 14 giugno 1930, cit., in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 165 ss., con commento di A. PATRONI GRIFFI, *Il criterio di riparto della giurisdizione*, spec. p. 169 ss.

⁹ Secondo la disposizione costituzionale contro «le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

¹⁰ Così V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, V ed., Firenze, 1921, p. 379.



In seguito alla promulgazione della Costituzione repubblicana, tale vizio è stato meglio identificato con lo sconfinamento nel campo dei poteri dell'Amministrazione, nonché in quelle diverse ipotesi in cui il giudice si sia pronunciato su situazioni giuridiche in realtà non tutelabili come gli interessi semplici, differenti dai diritti soggettivi o interessi legittimi¹¹, o abbia omesso di pronunciarsi in presenza di questi ultimi. Ancora, allorché il giudice amministrativo abbia impiegato poteri di cognizione e di decisione più ampi – o diversi – da quelli che la legge gli attribuisce. Più specificamente, si tratta di quelle circostanze in cui il G.A. si ritenga attributario di una giurisdizione con cognizione estesa al merito o, anche in ipotesi di giudizio di sola legittimità, lo stesso giudice statuisca sulla base di dirette e autonome valutazioni circa l'interesse pubblico concreto che inerisce all'atto impugnato. Non solo, ma suddetto vizio si verifica anche qualora egli provveda in luogo dell'Amministrazione sostituendo e riformando l'atto impugnato o, ancora, quando svolga direttamente gli apprezzamenti e gli accertamenti riservati, di regola, alla sola Amministrazione¹².

A questo proposito, la decisione della Suprema Corte¹³, che ci si accinge a passare in rassegna, si colloca coerentemente nella direzione già intrapresa, di recente, dagli stessi giudici di legittimità. Infatti, in una recente pronuncia resa a sezioni unite, la Corte, esprimendosi in merito all'eccesso di potere giurisdizionale concernente proprio un giudizio di merito vertente sul demanio marittimo, ha precisato che in relazione al suo sindacato sulle decisioni giurisdizionali del giudice amministrativo, il vizio 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, in realtà, non gli compete nemmeno astrattamente¹⁴. Ed è su siffatta attività nomopoietica che i ricorrenti incentrano gran parte delle loro censure contenute all'interno delle decisioni adottate dall'Adunanza Plenaria, ovvero volendo far riferimento all'indebita e illegittima ingerenza dell'autorità giudiziaria, la quale si sarebbe sostituita al legislatore, come si vedrà, sia nell'aver individuato, a propria discrezione, un termine 'congruo' per la scadenza delle concessioni demaniali

¹¹ Come ricorda A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo* (in due volumi), I, Padova, 2000, p. 6, le disposizioni costituzionali di riferimento «non sembra abbiano voluto offrire agli interessi legittimi, dal punto di vista della garanzia giurisdizionale, una tutela processuale minore rispetto a quella dei diritti soggettivi; dovendosi semmai considerare che, quanto a garanzia di tutela giurisdizionale, diritti ed interessi sono stati posti dal costituente sullo stesso piano», il quale richiama il pensiero di V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1969, p. 22 ss.

¹² Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 187 ss.

¹³ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 23 novembre 2023, n. 32559.

¹⁴ Così, di recente, Cass., SS.UU., 14 febbraio 2023, n. 473, in sintonia con quanto già statuito sulla questione, n. 36593 del 2021; n. 22711 del 2019; n. 32175 del 2018.



marittime in essere¹⁵ che, altresì, nell'aver arbitrariamente dedotto, al posto del legislatore e per quest'ultimo delle Amministrazioni, la sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera¹⁶, la quale avrebbe condotto lo stesso giudice della nomofilachia a ritenere la direttiva *Bolkestein* idonea a esplicitare effetti diretti, ponendo, di riflesso, l'obbligo in capo a tutti i giudici nazionali e a tutti i funzionari amministrativi di disapplicare la legge nazionale di proroga in favore, appunto, della direttiva sovranazionale. Inoltre, è d'uopo ricordare come, in seguito all'adozione delle sentenze gemelle del Consiglio di Stato, si sia verificato un caso alquanto singolare, ovvero un giudice inferiore, per la precisione il TAR per la Puglia di Lecce, ha deciso di non attenersi alle prescrizioni fissate dall'Adunanza Plenaria e di adire, in via pregiudiziale, la CGUE affinché si pronunciasse in merito ad alcuni quesiti sui quali aveva già avuto modo di esprimersi il Consiglio di Stato¹⁷.

Come già anticipato (§1), il giudice euro-unitario si è pronunciato sul rinvio pregiudiziale del TAR pugliese, sicché rimane da analizzare la decisione da ultimo adottata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione sul ricorso proposto dai titolari delle concessioni balneari per eccesso di potere giurisdizionale.

3. Le obiezioni dei ricorrenti e la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale per diniego di giustizia.

Prima di osservare i motivi inerenti alla richiesta della cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, viziata, a dire dei ricorrenti, da eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza legislativa, questi ultimi hanno in primo luogo lamentato il diniego di giustizia nella misura in cui i giudici dell'Adunanza Plenaria hanno negato indistintamente tutti gli interventi in giudizio, impedendo *de facto*, il diritto di difesa delle parti, non risultando sufficiente la ravvisata particolare importanza (*ex art. 99, c. V c.p.a.*) della questione in esame. A riguardo, singolare risulta essere la posizione della Regione Abruzzo, alla quale è stato impedito, al pari del resto dei richiedenti, di intervenire nel giudizio nonostante il dovere a cui essa è tenuta, ovvero di indirizzare la rispettiva azione amministrativa (senza che questa prerogativa possa essere compiuta da un organo giurisdizionale, qualunque esso sia) e dei suoi funzionari e delle singole amministrazioni presenti su tutto il territorio regionale, sui quali pesa l'onere di far rispettare la durata delle concessioni demaniali marittime. Sicché un tale impedimento ben può corroborare la legittimazione, invece, dell'Amministrazione regionale a lamentare l'eccesso di potere dell'organo giurisdizionale e a giustificare il ricorso in Cassazione. Come noto, la risoluzione in via definitiva di suddette questioni (nelle quali il conflitto di attribuzione non è tra le

¹⁵ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, n. 18, §26.

¹⁶ *Ivi*, § 13.2.

¹⁷ Il riferimento è alla nota ordinanza del TAR per la Puglia di Lecce, I sez., 11 maggio 2022, n. 743.



parti in giudizio, ma tra il giudice e il Potere dello Stato – o l'Amministrazione regionale – che ne nega la giurisdizione nel caso controverso) spetta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸.

A ciò si aggiunge il dato che la stessa Regione è stata destinataria di una segnalazione da parte dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, con la quale chiedeva alla Regione di invitare gli enti locali a modificare le istruzioni date agli enti locali circa la proroga delle concessioni demaniali marittime¹⁹. Il che non fa altro che corroborare, secondo i ricorrenti, la presenza di un interesse diretto, concreto e attuale che legittima l'intervento nel processo. La decisione dell'Adunanza Plenaria, con la sua portata nomofilattica, ha prodotto un effetto diretto e immediato nei confronti della situazione giuridica della Regione, pretermessa dal giudizio e dalla possibilità di far valere le proprie ragioni, in evidente contrasto con il diritto inviolabile di difesa tutelato dall'art. 24 Cost²⁰. In subordine, e qualora la Suprema Corte decida di non accogliere la censura circa l'eccesso di potere giurisdizionale, le parti ricorrenti chiedono che la medesima Corte sospenda il giudizio e rimetta alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dei commi nn. 2 e 5 dell'art. 99 del c.p.a. nella parte in cui, anche in presenza di questioni di particolare importanza, si impedisce di fatto l'intervento in giudizio.

Nel quadro delineato dai ricorrenti l'ipotesi di diniego di giustizia si configurerebbe anche in altra e ulteriore direzione: le pronunce del Consiglio di Stato avrebbero così sancito anche la natura non amministrativa di tutti gli atti di proroga adottati dalle singole Amministrazioni, qualificando questi come meri atti ricognitivi di un effetto generato automaticamente dalla legge e, pertanto, a essa direttamente riconducibile²¹. Tale connessione esclude, secondo la ricostruzione dell'Adunanza Plenaria, la natura provvedimento degli atti di proroga e, di conseguenza, la loro impugnabilità dianozi al giudice amministrativo. Questo scenario ha causato un diniego di giustizia dacché l'aver considerato gli atti di proroga come meramente ricognitivi ha precluso ai soggetti concessionari la possibilità di adire la via giurisdizionale, ivi compresa la possibilità di rimettere la questione *de qua* alla Corte Costituzionale al fine di ottenere una pronuncia circa la legittimità, o meno, della legge nazionale di proroga.

3.1 L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore.

¹⁸ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo* (in due volumi), II, XIV ed., Napoli, 1984, p. 1501.

¹⁹ AGCM, 16 agosto 2021, AS1784.

²⁰ La decisione di dichiarare inammissibili gli interventi in giudizio sembra essere in contrasto con il precedente giurisprudenziale richiamato dalla stessa Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23. Sulla tutela offerta dall'art. 24 Cost., M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 104; D. CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992, p. 24 ss.; A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), in *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 502 ss.

²¹ Ad. Plen., cit., §45 ss.



Il nucleo della questione è senza ombra di dubbio rappresentato dalla lamentata e presunta invasione, a opera dell'autorità giudiziaria, della sfera di competenza riservata, invero, al solo legislatore. Si tratta di un vizio grave e che da più punti di vista può ritenersi ragionevolmente fondato.

In primo luogo, come sostenuto dai ricorrenti, pare che il Consiglio di Stato si sia sostituito al legislatore nell'istante in cui esso abbia autonomamente statuito, a prescindere da qualsivoglia norma posta dal potere legislativo, e disposto una apposita disciplina in materia di concessioni demaniali marittime. Non solo, ma il giudice amministrativo pare si sia erto, altresì, anche a interprete delle norme europee nel momento in cui ha sancito, senza che vi fosse una puntuale giurisprudenza euro-unitaria sul punto, la natura della direttiva *Bolkestein*, sostenendo che essa è di liberalizzazione e non, invece, di armonizzazione. Sul punto è intervenuta la CGUE, la quale ha tentato di mettere ordine all'interno di questo grande marasma, riconoscendo alla direttiva *de qua* la natura armonizzatrice e smentendo, dunque, *tranchant* l'immotivata conclusione desunta dall'Adunanza Plenaria²².

Inoltre, lo sconfinamento dalla sfera giurisdizionale si sarebbe manifestato mediante la piena e discrezionale decisione del giudice di individuare un termine – ritenuto 'congruo' – finale per la scadenza delle concessioni in essere, modulando l'efficacia della stessa pronuncia giurisdizionale a un momento successivo, ovvero prevedendo che i titoli concessori saranno validi fino al 31 dicembre 2023 e che dal giorno successivo questi saranno privi di efficacia. Ancora, che un'eventuale e ulteriore proroga dei termini sarà considerata *tamquam non esset* e in contrasto con il diritto sovranazionale. Attribuzioni, queste, che sembrano di gran lunga esulare dalla sfera della giurisdizione e che rientrano, piuttosto, all'interno di quella riservata al solo legislatore e che hanno consentito all'organo giudiziario di elaborare una nuova e diversa disciplina in materia di concessioni demaniali marittime una volta disposto l'obbligo di disapplicazione della normativa interna ritenuta in contrasto con le prescrizioni euro-unitarie. È nella creazione *ex nihilo*, dunque, che risiederebbe, nella prospettiva fattane dai ricorrenti, il vizio di eccesso di potere giurisdizionale, così come ampiamente ricostruito dalla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Più precisamente, giova ribadire che lo sconfinamento da parte dell'organo giurisdizionale all'interno della sfera legislativa si sarebbe concretizzato nell'aver detto organo provveduto a colmare la presunta lacuna normativa in materia di concessioni balneari, dopo aver imposto l'obbligo di disapplicazione a tutti gli organi dello Stato, elaborando *de facto* una propria normativa, in sostituzione del legislatore; per aver il Consiglio, altresì, fissato arbitrariamente e a propria discrezione un

²² CGUE, C-348/22, cit., §36; §37.



termine di scadenza delle concessioni in essere in assenza di un parametro legislativo di riferimento, così facendo andando financo oltre gli effetti che, in realtà, è in grado di produrre una direttiva dotata di efficacia diretta.

Tuttavia, l'Adunanza Plenaria non si è tenuta esclusivamente a porre in essere queste ritenute indebite ingerenze, ma ha anche dettagliatamente indicato principi, criteri di selezione e criteri per la valutazione della capacità tecnica che i futuri bandi di gara dovranno contenere, anticipando anche che la durata delle concessioni dovrà essere giustificata sulla base di valutazioni tecniche economiche e finanziarie. Così prospettata, sembra che l'azione giurisdizionale esercitata dall'organo supremo della giustizia amministrativa sia effettivamente andata oltre l'ambito che la Costituzione e la legge gli riconoscono. Quanto appena affermato pare essere corroborato da un ulteriore elemento, ovvero dall'aver incondizionatamente ritenuto il giudice amministrativo la sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo e che tutte le concessioni siano indistintamente e sostanzialmente uguali²³, il che giustifica, per tutte, la gara a evidenza pubblica. Questa presa di posizione induce a sostenere, con più di qualche ragionevole probabilità, che nella realtà dei fatti il giudice amministrativo abbia effettivamente travalicato la propria funzione giurisdizionale, avendo esercitato un sindacato financo oltre i confini del controllo della funzione amministrativa 'attiva', che, stando al quadro costituzionale vigente, non gli è consentito²⁴.

3.2 Il problema dell'efficacia diretta 'orizzontale' della direttiva Bolkestein e la dubbia legittimazione dell'AGCM.

Tra le numerose perplessità che emergono dall'analisi della disputa giurisdizionale in esame e sollevate dalle parti ricorrenti, è doveroso, seppur brevemente, menzionare l'idoneità della direttiva n. 123/2006 a esplicare effetti diretti in modo orizzontale. Come ampiamente risaputo, l'efficacia diretta di una direttiva può essere fatta valere esclusivamente dal singolo soggetto privato che si ritenga leso dall'adempimento dello Stato membro in modo verticale, appunto verso l'organo che non ha provveduto al completo o anche solo parziale recepimento della normativa euro-unitaria.

In altri termini, il privato chiede al giudice di far valere l'efficacia diretta della normativa euro-unitaria non attuata verso lo Stato, ed in ciò risiede la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'inadempimento statale di far valere l'efficacia della

²³ A. POLICE, A.M. CHIARIELLO, *Le concessioni demaniali marittime dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria al percorso di riforma. Punti critici e spunti di riflessione*, in *Amministrativamente*, II, 2022, p. 65, evidenziano come le sentenze dell'Adunanza Plenaria abbiano dedotto che «il demanio marittimo balneare sia eguale in tutta la costa italiana e che tutti i tratti costieri della penisola abbiano pari valore, pregio e contendibilità di mercato e quindi determino tutti lo stesso effetto di contrasto della proroga generalizzata *ex lege* rispetto al diritto europeo».

²⁴ Così M. CRISCI, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., p. 250.



norma europea in guisa verticale. Ciò che, invece, non può verificarsi è che l'efficacia diretta della direttiva euro-unitaria pregiudichi un altro privato (dove la nozione di efficacia diretta 'orizzontale') che vanti un diritto o un interesse legittimamente acquisito. Infatti, in presenza di un tale effetto il giudice non può far valere l'effetto diretto di una direttiva poiché essa non può pregiudicare orizzontalmente un privato in ragione di una lesione lamentata da un altro privato. A tal proposito, però, la CGUE, richiamando una sua giurisprudenza sul punto, ha affermato che tale effetto può legalmente prodursi allorché il privato leso dall'efficacia diretta della norma euro-unitaria in questione soffra esclusivamente una "mera ripercussione negativa" e non, viceversa, un "obbligo pubblicistico aggiuntivo"²⁵. Il quale obbligo, invero, qualora dovesse ritenersi configurabile, escluderebbe l'obbligo per il giudice nazionale di procedere alla disapplicazione della normativa interna ancorché contrastante con quella sovranazionale.

La Corte di giustizia dell'Unione, durante la pendenza del ricorso in Cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, è nel frattempo intervenuta su questo delicato rilievo, non solo affermando l'idoneità della direttiva *Bolkestein* a produrre effetti diretti, ma anche stabilendo che in capo al legittimo concessionario uscente non si configuri alcun obbligo pubblicistico aggiuntivo ma solo una mera ripercussione negativa, la quale giustifica la legittimità degli effetti diretti della norma *de qua* e, al contempo, l'obbligo per il giudice interno di disapplicare la norma nazionale contrastante con quest'ultima²⁶. In merito, in altra sede si è avuto modo di esprimere molti dubbi circa la sussistenza di una mera ripercussione negativa che l'efficacia diretta della direttiva genera nei confronti del privato concessionario e del suo legittimo affidamento²⁷, in particolare nella misura in cui si è sostenuto che egli sia titolare di un interesse legittimo oppositivo e che, in seguito a tali effetti, lo stesso rimanga privo di un'effettiva tutela a causa della tesi degli effetti meramente ricognitivi sanciti all'interno delle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria. In questo caso, si dovrebbe essere al cospetto di una situazione giuridica differente rispetto a quella del mero concessionario uscente che pretenda di avere un diritto o un interesse o, più semplicemente, un'aspettativa al rinnovo della concessione demaniale scaduta. Sul punto la giurisprudenza del Consiglio di Stato risulta essere risalente e costante, oltre che condivisibile. Più precisamente, secondo questo indirizzo, il concessionario non vanta alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, il

²⁵ CGUE, 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells c. Secretary of State for Transport*, §56 ss.

²⁶ Cfr. F. LIGUORI, *Efficacia diretta e primato europeo*, cit.

²⁷ Da ultimo è intervenuto il Cons. Stato, sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493, §8.3, per ribadire l'insussistenza del legittimo affidamento in capo al concessionario uscente, ancorché egli abbia effettuato investimenti di natura economica. A riguardo, il giudice amministrativo precisa che l'impiego «degli investimenti rileva infatti sul piano del legittimo affidamento, come ha statuito la Corte di Giustizia, solo nel momento in cui la pubblica amministrazione bandirà la nuova procedura di affidamento, dovendo considerare gli investimenti già effettuati, dal precedente concessionario nell'equo contemperamento degli interessi».



cui diniego, nei limiti ordinari della ragionevolezza e della logicità dell'agire amministrativo, non richiede ulteriore motivazione, in quanto essa equivale al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione. Al pari, non può ritenersi sussistente alcun "diritto d'insistenza" nel momento in cui la pubblica Amministrazione decida di procedere all'affidamento del bene mediante gara pubblica o altra procedura comparativa²⁸.

Diversa è però la circostanza dell'amministrato che sia titolare di un provvedimento concessorio favorevole e non scaduto – o in prossimità di scadenza – che si veda, in seguito a una pronuncia giurisdizionale, privato *ex abrupto* del titolo. Nella fattispecie, il concessionario ben potrebbe ritenersi titolare di un'aspettativa limitata alla conservazione del bene demaniale in concessione almeno fino alla scadenza legale contenuta nel titolo o quantomeno fino a un termine ragionevole, quale non può ritenersi quello fissato autoritativamente dal giudice amministrativo nelle sentenze gemelle del 2021. Sulla questione non è, ora, opportuno soffermarsi ulteriormente, sicché si deve rinviare a quanto già avuto modo di precisare in altra occasione²⁹.

Ciò che invero non pare esser stato sufficientemente chiarito è un altro nodo della questione, rappresentato dall'effettiva legittimazione, nella fattispecie, dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a adire, direttamente, il giudice amministrativo al fine di far valere l'efficacia diretta della direttiva euro-unitaria. In sostanza, il problema risulta essere irrisolto poiché gli effetti diretti sono stati fatti valere dall'*authority* e non dal privato pretermesso, ad esempio, dalla procedura competitiva, il che contrasta con lo stesso orientamento euro-unitario sul punto³⁰. In tal guisa, si è innescato un procedimento controverso, consistente nel fatto che un organo dello Stato ha tratto vantaggio dall'inadempimento statale medesimo, dal momento che, nella fattispecie esaminata, l'ordinamento giuridico italiano non ha recepito la direttiva euro-unitaria secondo i dettami fissati dal legislatore

²⁸ Così Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145. Sempre sul punto, come rileva A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, p. 223, non vi è dubbio che «su impulso dei principi comunitari di concorrenza e di parità di trattamento si è assistito ad un processo di riduzione dei margini di discrezionalità in sede di affidamento della concessione. In particolare, la giurisprudenza ha ristretto gli spazi per la valutazione sulla "particolare importanza per l'entità o per lo scopo" e, soprattutto, ha esteso l'obbligo dell'evidenza pubblica all'affidamento delle principali concessioni di beni, essendo comunque 'in gioco' l'attribuzione di un vantaggio competitivo in grado di alterare la concorrenza nel relativo mercato di riferimento: con ciò rendendo di fatto inoperativa, per le concessioni demaniali, la norma sul "diritto di insistenza", come ha successivamente sancito, non senza profili di incertezza con il diritto europeo, lo stesso legislatore nazionale».

²⁹ Sia consentito richiamare F. TOMASICCHIO, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime*, cit., p. 502 ss.

³⁰ *Ex multis*, CGUE, 23 febbraio 1994, C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava et al. c. Regione Lombardia*, §8 ss.



sovrana nazionale³¹. Inoltre, siffatto inadempimento ha, di riflesso, provocato un grave pregiudizio ai danni dei titolari delle concessioni, i quali hanno ingiustamente subito un effetto diretto verticale 'inverso' (ovvero dallo Stato al soggetto privato e non viceversa)³².

In ultimo luogo e in via subordinata, i ricorrenti chiedono, nell'eventualità in cui la Suprema Corte non dovesse accogliere la doglianza concernente l'eccesso di potere giurisdizionale, che il giudizio venga sospeso e che, di conseguenza, venga rimessa la questione di costituzionalità della direttiva n. 123/2006 per contrasto con le disposizioni di cui all'art. 41 Cost., inerente all'iniziativa economica privata e all'utilità sociale, e all'art. 117, primo comma Cost. Tale richiesta implicherebbe, inevitabilmente, l'esperimento del c.d. controlimite costituzionale, e le relative e tanto complicate conseguenze, già evocato dalla Corte Costituzionale italiana nel noto caso *Taricco*³³.

3.3 Segue. *L'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di competenza riservata all'Amministrazione.*

Prima di giungere all'analisi della decisione adottata dalla Corte di Cassazione, resta da osservare, seppur brevemente e per quel che inerisce a questa sede, la presunta invasione della sfera discrezionale riservata alla sola Amministrazione e che rappresenterebbe, nell'ottica dei ricorrenti, la riprova della configurabilità del vizio di eccesso di potere giurisdizionale da cui sarebbero caratterizzate le sentenze adottate dall'Adunanza Plenaria.

A questo proposito, suddetto vizio sarebbe da rinvenirsi nell'affermazione, da parte dell'organo giurisdizionale, della sussistenza del requisito della scarsità della risorsa costiera³⁴, valutazione nel merito però che, come pacificamente riconosciuto, è rimessa all'esclusivo, diretto e concreto apprezzamento dell'opportunità e della convenienza propri dell'Amministrazione e di nessun altro organo, tantomeno giurisdizionale³⁵. In altri termini, si versa in una circostanza in cui al giudice amministrativo è riconosciuta la sola giurisdizione di legittimità e invece egli ha esercitato una piena giurisdizione con cognizione estesa al merito, così sconfinando nel campo discrezionale riservato all'attività amministrativa. Nella fattispecie tale sconfinamento si sarebbe concretizzato nell'autonoma valutazione a opera del

³¹ A questo proposito, dovrebbe valere il c.d. principio *estoppel*, così come evidenziato dalla stessa CGUE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Franovich c. Bonifaci/Italia*, §11, richiamato da G. Greco, *La Corte di giustizia ritorna sulle concessioni balneari*, cit., p. 137.

³² Sul punto G. PARODI, *La proroga delle concessioni demaniali marittime tra disapplicazione e incidente di costituzionalità. Questioni aperte, opacità della giurisprudenza*, in *DPCE online*, II, 2023, p. 1613.

³³ Corte Cost., 26 gennaio 2017, n. 24, *Taricco*. In merito, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, II, 2016.

³⁴ Ad. Plen., cit., §25.

³⁵ In tale direzione anche M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari"*, cit., p. 349.



giudice del requisito della scarsità della risorsa e, di riflesso, nella ritenuta sussistenza di questa scarsità, precludendo all'Amministrazione la legittima facoltà di verificare, caso per caso, l'eventuale carenza delle risorse naturali delle aree demaniali marittime.

Concludendo, come è stato giustamente obiettato, è pur sempre il preventivo esercizio della funzione e dell'attività – compresa logicamente quella discrezionale – da parte dell'Amministrazione che permette il sorgere di un corrispondente esercizio della funzione giurisdizionale³⁶. Si tratta di una propedeuticità necessaria, vincolante e non derogabile, che mai può consentire al giudice – neanche nello svolgimento della funzione nomofilattica – di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

4. La decisione "tanto attesa" delle Sezioni Unite n. 32559/2023.

Avendo tentato di riassumere le doglianze mosse dai ricorrenti avverso la sentenza resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e, ancora, avendo il Procuratore Generale chiesto, in udienza pubblica, l'accoglimento delle stesse alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è necessario ora osservare le ragioni che hanno indotto queste ultime a cassare le decisioni dell'organo nomofilattico della giurisdizione amministrativa e a pronunciare l'eccesso di potere giurisdizionale. A riguardo, giova da subito anticipare che la decisione del giudice ordinario è interamente incentrata sul primo motivo dei ricorsi presentati dalle associazioni di categoria e dalla Regione Abruzzo, ovvero quello inerente al solo diniego di giustizia per aver l'Adunanza Plenaria estromesso dal giudizio le parti intervenienti (si veda, in proposito, §3)³⁷.

Le motivazioni addotte dal Procuratore Generale riguardano l'accertamento sostanziale della situazione giuridica soggettiva delle parti in giudizio in relazione alla richiesta di intervento dinanzi all'Adunanza Plenaria (e al deferimento a quest'ultima della controversia *ex art. 99 c.p.a*)³⁸ dalla stessa denegato; la competenza

³⁶ Così M. CRISCI, *Risorse scarse e interesse transfrontaliero*, cit., p. 253.

³⁷ In Cass., SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 13.

³⁸ L'art. 99 del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), prevede: «1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione. 2. Prima della decisione, il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali. 3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. 4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente. 5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato».



delle Sezioni Unite a pronunciarsi nella fattispecie in esame e, in particolare, circa l'interpretazione del vizio di eccesso di potere giurisdizionale di cui all'art. 111 c. VIII della Costituzione e alla, a tratti sottile, differenza tra esso e l'*error in procedendo* di cui all'art. 365 del c.p.c. La complessità delle *quaestiones iuris* induce a procedere con un certo ordine, tenendo, allo stesso tempo, conto di un'esigenza di sintesi nello svolgimento dell'analisi che ci si accinge a effettuare.

In primo luogo, il Procuratore Generale ha provveduto a sciogliere il nodo concernente la legittimità – o meno – della parte adesiva, interveniente nel giudizio di appello dianzi all'Adunanza Plenaria, a impugnare autonomamente in Cassazione la sentenza esplicante effetti sfavorevoli nei confronti della parte adiuvata, ancorché la suddetta impugnazione non sia stata proposta da parte di quest'ultima ma da chi, invero, abbia proposto in appello l'intervento adesivo dipendente. In merito, le Sezioni Unite hanno risposto affermativamente, aggiungendo che tale indirizzo non solo è confermato dalla propria giurisprudenza³⁹, ma anche da quella del giudice amministrativo nella parte in cui il soggetto interveniente *ad adiuvandum* non è legittimato a proporre appello principale salvo egli non vanti un proprio interesse direttamente imputabile alla sua posizione, come nel caso in cui venga negata la legittimazione a intervenire o venga emessa nei suoi confronti una condanna alle spese giudiziali⁴⁰. A ciò la Corte Suprema aggiunge – a riprova della sussistenza della legittimazione all'impugnativa del sindacato di settore e della Regione Abruzzo – che gli intervenienti rappresentano enti esponenziali latori di interessi collettivi, appositamente qualificati e istituzionali, i quali agiscono a tutela di diritti propri e autonomi e pertanto direttamente azionabili. Infatti, i diritti appena menzionati risultano essere connessi per oggetto e titolo con il diritto della parte adiuvata⁴¹. L'affermazione in punto di diritto svolta dalle Sezioni Unite evidenzia il chiaro tentativo da parte del giudice ordinario di ripristinare lo *status quo ante* del giudizio dinanzi all'Adunanza Plenaria, consentendo lo svolgimento di un pieno ed effettivo contraddittorio che in sede di giudizio amministrativo è stato alle parti istanti immotivatamente negato. Sicché tale presa di posizione della Cassazione consentirà alle parti in principio estromesse di esporre le proprie ragioni.

In secondo luogo, la complessità della *quaestio iuris* ha indotto le stesse Sezioni Unite a rivedere l'applicabilità di un proprio precedente – invocato dalla controparte nel

³⁹ Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 13, richiamando il precedente e conforme indirizzo delineato in, *ex multis*, Cass., sez. I, 6 febbraio 2018, n. 2818, i giudici evidenziano che «nella giurisprudenza consolidata di questa Corte è acquisito il principio secondo cui l'interventore adesivo non ha un'autonoma legittimazione ad impugnare laddove la parte adiuvata non abbia esercitato il proprio diritto di proporre impugnazione ovvero abbia fatto acquiescenza alla decisione ad essa sfavorevole, "salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti la qualificazione dell'intervento [...]».

⁴⁰ *Ex multis*, Cons. Stato, 13 febbraio 2017, n. 614; IV sez., 22 febbraio 2016, n. 724; VI sez., 6 agosto 2013, n. 4121, in sintonia con quanto previsto da Cass., SS.UU., 29 novembre 2011, n. 31266.

⁴¹ Così Cass., SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 14.



giudizio ovvero il Comune di Lecce – concernente l'ammissibilità del ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso di potere giurisdizionale, allorché la sentenza resa dall'Adunanza Plenaria nell'esercizio della rispettiva funzione nomofilattica abbia pronunciato uno o più principi di diritto e, successivamente, abbia rimesso la causa per il resto del giudizio alla sezione rimettente. Un ordine di problemi sorge nel momento in cui le dette statuizioni fissate dall'Adunanza Plenaria non hanno il carattere proprio della decisorietà e della definitività, ma rappresentano esclusivamente la *regula iuris* alla quale la sezione rimettente deve dare seguito. Ne consegue che il giudizio di appello successivo al responso reso dall'Adunanza Plenaria sia ancora *in fieri*, competendo alla sezione remittente l'applicazione e la sussunzione del principio di diritto enunciato dall'organo nomofilattico⁴². Questo assunto – seguendo l'*iter* logico della Corte – impedisce la configurazione di un giudicato ai sensi dell'art. 2909 del c.c., poiché questo può formarsi esclusivamente su quei capi delle sentenze dell'Adunanza Plenaria che definiscano, ancorché parzialmente, una controversia, mentre tale formazione deve escludersi allorché vi sia la sola enunciazione di principi di diritto, la quale viceversa esige un'ulteriore attività di contestualizzazione collegata alle peculiarità della *quaestio facti* che non può essere rinviata alla sezione remittente⁴³. Nel precedente che in questa sede rileva, la Suprema Corte ha statuito che il ricorso dinanzi a essa *ex art. 111 c. VII della Costituzione*, di cui il successivo comma altro non è che una sua specificazione, è stato storicamente interpretato nel senso che sono ricorribili soltanto i provvedimenti aventi un contenuto sostanziale di sentenza, in quanto definitivi ed effettivamente decisori, ovvero idonei a definire una controversia⁴⁴. È in merito a quest'ultimo inciso che le Sezioni Unite compiono un vero e proprio *revirement*, sostenendo che quest'orientamento «non è condivisibile». Il che implica delle significative conseguenze. In particolare, il mutamento di prospettiva dei giudici è favorito dalle osservazioni svolte da una delle parti ricorrenti, nella fattispecie il Sindacato Italiano Balneari (SIB), allorché i difensori sostengono che se è vero «che l'8° comma dell'art. 111 Cost. è una specificazione del 7° comma, è anche vero che il requisito della "decisorietà" è richiesto per individuare, tra i provvedimenti aventi forma diversa dalla sentenza, quelli idonei ad incidere su diritti soggettivi, laddove i provvedimenti aventi la forma di sentenza sono riconducibili per cassazione – se altrimenti non impugnabili – per ciò solo che sono sentenza [...]». Quanto dedotto dai legali del sindacato trova effettivo riscontro in una recente pronuncia delle stesse Sezioni Unite che ha confermato la assoluta ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali aventi forma di

⁴² Così Ivi, 30 ottobre 2019, n. 27842.

⁴³ Ivi, 23 novembre 2023, cit., p. 16, richiamando quanto statuito dallo giudice amministrativo in Cons. Stato, Ad. Plen., 22 febbraio 2018, n. 2.

⁴⁴ Cass., SS.UU., 30 ottobre 2019, cit.



sentenza, senza ulteriore scrutinio circa la loro portata decisoria, dovendo ritenersi precluso financo al legislatore la possibilità di stabilire la ricorribilità per cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione *ex art. 111 Cost. comma VIII*, con l'effetto di limitarla, a seconda della modalità e della composizione dell'organo decidente⁴⁵. In altri termini, una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, ancorché limitata alla sola enunciazione di principi di diritto, è comunque idonea a violare i limiti esterni della giurisdizione e, di riflesso, a configurare un eccesso di potere giurisdizionale.

A questo proposito, rileva la Corte, risulterebbe fuorviante sottrarre le sentenze dell'Adunanza Plenaria, enunciative dei principi di diritto, al sindacato del giudice ordinario in merito alla violazione per eccesso di potere giurisdizionale. Questo sindacato rappresenta, sin dai tempi della l. 31 marzo 1877, n. 3761 sui conflitti di attribuzioni, una garanzia delle prerogative degli altri poteri dello Stato, legislativo ed esecutivo, compresa l'autonomia di un'autorità dell'ordine amministrativo, e dell'esercizio del potere giurisdizionale da parte dell'autorità giudiziaria adita e alla quale quel potere spetta⁴⁶. D'altronde, giova ricordare il tramandato insegnamento secondo cui lo schema giuridico in questione è stato elaborato al fine di scongiurare temute usurpazioni del potere giudiziario, consistente in un allargamento della sua competenza al di là dei limiti assegnati. Per questo motivo, si decideva di affidare all'Amministrazione un mezzo di difesa eccezionale⁴⁷. In altri termini, già la legge del 1877 rendeva impugnabili alle stesse Sezioni Unite le sentenze delle giurisdizioni speciali per «eccesso di potere», laddove con tale locuzione deve intendersi l'incompetenza assoluta, ovvero l'invasione della sfera di competenza di un diverso potere dello Stato, Amministrazione o giurisdizione⁴⁸.

Tornando al caso concreto, l'ammissibilità del sindacato del giudice ordinario circa una sentenza dell'Adunanza Plenaria, anche qualora questa si limiti all'enunciazione dei soli principi di diritto, è corroborata da un recente orientamento che la Corte Suprema ha avuto modo di esprimere, ovvero che lo stesso interesse a ricorrere alle Sezioni Unite per eccesso di potere giurisdizionale è previsto *ad hoc* proprio avverso

⁴⁵ Così Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 17, laddove per composizione si riferisce all'assunzione della decisione da parte della sezione semplice o dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

⁴⁶ Per dirla con G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, I, Firenze, 1871, la possibilità di elevare il conflitto rappresenta una vera e propria «arma di guerra» consegnata dal legislatore all'Amministrazione al fine di proteggere la sua sfera discrezionale, sottraendo la controversia al giudice e rimettendola all'organo solutore dei conflitti, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Un secolo più tardi, F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1974, p. 28 ss., afferma che la legge del 1877 operava una transazione fra i principi e la ragione di Stato, consentendo la conservazione dell'«arma di guerra» nella disponibilità dell'Amministrazione quale mezzo straordinario per la richiesta di verifica della giurisdizione.

⁴⁷ Così V.E. ORLANDO, *Principii*, cit., p. 384.

⁴⁸ Così M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 178. Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione (conflitti di)*, in *Enciclopedia italiana del diritto*, XIX, 1970, p. 295 ss., il quale proponeva il superamento del problema ottocentesco dei conflitti, «risolvendo totalmente i conflitti nella teoria del processo».



le sentenze d'appello di ultimo grado, in quanto espressione diretta dell'organo di vertice della giurisdizione amministrativa e contabile, le quali sole possono porre a repentaglio l'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri⁴⁹.

Accertata la ricorribilità di una sentenza dell'Adunanza Plenaria che abbia statuito principi di diritto per il giudice della sezione remittente, la lente di ingrandimento del Procuratore Generale si sofferma sulla sussistenza o meno dell'interesse in capo ai ricorrenti estromessi in seguito dal giudizio. A riguardo, il giudice amministrativo ha sostenuto che il provvedimento impugnato lede esclusivamente l'interesse del singolo non incidendo, invece, in guisa diretta e immediata sugli interessi delle associazioni di categoria⁵⁰. Inoltre, per quanto attiene alle pubbliche amministrazioni e al loro presunto diritto di intervento, nella fattispecie *de qua* la Regione Abruzzo, il Consiglio di Stato non ha ritenuto legittimata la Regione a intervenire nella controversia dinanzi all'Adunanza Plenaria poiché non è sufficiente la titolarità di un interesse a partecipare alla sede giurisdizionale in cui si enuncia il principio di diritto da applicare per la risoluzione della controversia⁵¹. Su questo punto si soffermano le Sezioni Unite, una volta constatata la sussistenza del proprio sindacato essendo al cospetto di una questione di giurisdizione – e non di un *error in procedendo* – che rileva ai sensi dell'art. 111 c. VIII Cost.

Il vizio di eccesso di potere giurisdizionale – come riporta la requisitoria tenuta dal Procuratore Generale – emerge in seguito alla mancata e opportuna considerazione che il Consiglio di Stato ha ommesso di riservare nei confronti degli interessi collettivi di cui le associazioni sono portatrici all'interno della controversia. In particolare, lo stesso giudice amministrativo sostiene che il caso controverso deve attenere in via diretta e immediata al perimetro delle finalità statutarie delle associazioni in causa. In altri termini, il provvedimento ritenuto controverso deve esplicare effetti idonei a provocare una lesione diretta degli scopi istituzionali che le associazioni o le p.A. sono chiamate a tutelare. Sicché, in tali fattispecie, sull'organo della nomofilachia incombe il dovere di verificare, caso per caso, la sussistenza di un interesse collettivo, presente nelle norme statutarie degli enti *de quibus*, in grado di rilevare quale interesse appartenente a tutti i membri della categoria di riferimento, unicamente

⁴⁹ Cass. SS. UU., 23 novembre 2023, cit., p. 18 ss.

⁵⁰ Ad. Plen., 9 novembre 2021, cit., §10.2.

⁵¹ Ivi, §10.1, i giudici dell'AP affermano che osta «al riconoscimento di una situazione che lo legittimi a intervenire l'obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due processi, sì da non potersi configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*. Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le *quaestiones iuris* controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di interesse del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocedurale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce. Non a caso, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento *ad adiuvandum* o *ad opponendum* può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale [...]».



considerata⁵². Questa indagine non vi è stata, così come non emerge alcuna valutazione istruttoria che giustifichi l'assenza di legittimazione d'intervento per gli istanti. L'omesso esame si evince dai riferimenti generali e indistinti svolti dal giudice amministrativo nella misura in cui egli menziona tutte le associazioni senza riportare alcuna valutazione analitica inerente ai loro statuti⁵³. Valutazione che avrebbe dovuto motivare l'inammissibilità dell'intervento. Di talché detta circostanza ha generato una negazione in astratto della situazione giuridica tutelata propria degli enti intervenienti, provocando, di conseguenza, «un arretramento rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale». In ciò risiede il diniego di giurisdizione a opera del Consiglio di Stato, ovvero nella parte in cui la sentenza impugnata ha negato ai ricorrenti la legittimazione a intervenire in giudizio sulla base di valutazioni erranee, concretizzando altresì la negazione in astratto della titolarità di una situazione giuridica soggettiva, in capo alle parti intervenienti, che è di interesse legittimo e, pertanto, degna di tutela. In questa direzione, i giudici della Corte Suprema ravvisano il rapporto dicotomico tra legittimazione ad agire in giudizio e situazione giuridica sostanziale fatta valere dalle parti ricorrenti, il che palesa una chiara identificazione tra la titolarità di un interesse legittimo e la sussistenza della legittimazione ad agire. D'altronde la stessa recente giurisprudenza delle Sezioni Unite ha inteso la legittimazione ad agire non come mera predicazione, ma come «effettiva titolarità della posizione azionata»⁵⁴.

Le osservazioni ora riportate hanno condotto il giudice ordinario della Cassazione a dichiarare ricevibile il ricorso a norma dell'art. 362 del c.p.c. e in ragione dell'indirizzo giurisprudenziale che riguarda il caso in esame⁵⁵. In definitiva, il vizio per eccesso di potere giurisdizionale si configura allorché sia positivamente accertata la sussistenza di un interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale e il giudice amministrativo ometta di esercitare la propria giurisdizione. È questa l'ipotesi di diniego di giurisdizione censurabile dalle Sezioni Unite, che rinviene la propria legittimità direttamente all'interno di una disposizione costituzionale.

⁵² Così Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, cit., p. 23.

⁵³ *Ibidem*, si legge che l'esame distinto e concreto degli statuti delle associazioni sarebbe stato necessario «per accertare caso per caso la loro legittimazione, soprattutto alla luce della eterogeneità dei soggetti intervenuti, che vanno dalle associazioni di categoria e sindacali agli enti pubblici territoriali».

⁵⁴ Così Cass. SS. UU., 2 agosto 2019, n. 20820, il cui indirizzo sembra essere pienamente condiviso dalla stessa giurisprudenza amministrativa, *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2018, n. 3923.

⁵⁵ Cass. SS.UU., 1° giugno 2023, n. 15601, che ribadisce l'attribuzione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di determinare se la pretesa sostanziale dedotta sia effettivamente considerata come interesse legittimo o, invece, consista in un mero interesse di fatto pertanto non giustiziabile. Nel primo caso vi è la sussistenza della giurisdizione amministrativa se l'ordinamento consideri come interesse legittimo la situazione giuridica soggettiva fatta valere nel giudizio, nel secondo caso, viceversa, si è al cospetto di una fattispecie di difetto assoluto di giurisdizione a causa della mancanza di una concreta giustiziabilità della situazione fatta valere. Così Cass. SS.UU., 23 novembre 2023, p. 25.



Tuttavia, i giudici della Cassazione non si sono limitati a questa precisazione, strettamente legata alla fattispecie sottoposta alla loro attenzione. Essi hanno ritenuto precisare – potrebbe obiettarsi – un punto, se non un vero e proprio principio di diritto. In merito, i giudici affermano che l'ipotesi del rifiuto o diniego di giurisdizione si configura in tutte quelle circostanze in cui le Sezioni Unite accertino nel merito che la sentenza impugnata disconosca la tutelabilità in astratto delle situazioni giuridiche fatte valere, sia quando esse siano interessi legittimi sia quando esse siano diritti soggettivi nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per far sì che questo scenario si configuri non è necessaria la presenza di una «formale declaratoria» dell'organo giurisdizionale di ultima istanza. In sostanza, ai fini della sussistenza del vizio di eccesso di potere giurisdizionale, non rileva la presenza o meno di una motivata decisione adottata dal Consiglio di Stato, il cui contenuto indichi con meticolosità l'inesistenza o la mera fattualità della situazione giuridica azionata (*id est*, la sua non tutelabilità). Tale statuizione si rivela essere ultronea e non necessaria poiché – prosegue la Corte – è prerogativa delle Sezioni Unite verificare, attraverso un controllo pieno e sostanziale, se la sentenza del giudice amministrativo abbia causato oggettivamente effetti riconducibili a un diniego di tutela giurisdizionale⁵⁶.

La decisione delle Sezioni Unite di accogliere le doglianze mosse dai ricorrenti, dunque, dimostra come l'Adunanza Plenaria, negando la giustiziabilità, abbia indebitamente degradato l'interesse legittimo a interesse meramente fattuale e, di riflesso, abbia mancato di esercitare la propria giurisdizione. Inoltre, l'*iter* logico seguito dal giudice amministrativo risulta carente sotto il profilo istruttorio, allorché egli ha deliberatamente provveduto all'estromissione dal giudizio delle parti ricorrenti, tanto le associazioni e i sindacati di categoria quanto gli enti pubblici territoriali come la Regione Abruzzo, sulla semplice, aprioristica e immotivata base di non giustiziabilità (*rectius*: diniego) dell'interesse collettivo appartenente alle stesse istanti⁵⁷. Il che ha ingiustamente loro precluso l'accesso alla giurisdizione e al relativo contraddittorio, giacché in Adunanza Plenaria si sarebbero, come poi si è effettivamente verificato, prevedibilmente enunciati i principi di diritto vincolanti non solo per il giudice remittente, ma anche per tutti i giudici della giurisdizione amministrativa e financo per tutte le Amministrazioni. Per questo ordine di ragioni, la presa di posizione dell'Adunanza Plenaria configura un inequivocabile sintomo di

⁵⁶ Ivi, p. 26.

⁵⁷ Ivi, p. 29, i giudici delle Sezioni Unite osservano come «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 nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali"».



diniego (o arretramento) di giurisdizione in una controversia che è devoluta al sindacato del giudice amministrativo⁵⁸. In aggiunta, il giudice ordinario esclude che l'ammissibilità dell'intervento dei portatori di interessi collettivi possa essere condizionato alla verifica della sussistenza di uno specifico interesse uguale a quello azionato dal ricorrente in via principale, ovvero il titolare della concessione marittima. A riguardo, le Sezioni Unite hanno approfittato del proprio sindacato per determinare che le associazioni di categoria e gli enti pubblici territoriali agiscono a tutela di interessi collettivi «collegati e convergenti ma non confondibili con l'interesse specifico individuale fatto valere da chi (il titolare di una concessione) è parte principale nel processo»⁵⁹. Infatti, nella fattispecie, l'interesse fatto valere dalle associazioni e dalla Regione Abruzzo è legittimo e collettivo, oltre che riconducibile agli obiettivi statuari degli enti *de quibus*, i quali ultimi risultano essere lesi in via diretta dagli effetti del provvedimento controverso⁶⁰.

Così, il giudice amministrativo ha negato il riconoscimento di una tutela giurisdizionale alle associazioni di categoria e all'ente regionale mediante mere statuizioni di principio prescindendo da un'oculata analisi dei rispettivi singoli statuti dai quali l'Adunanza Plenaria avrebbe, di conseguenza, dovuto trarre la conformità di questi ultimi agli interessi collettivi fatti valere dalle parti intervenienti nel giudizio. La decisione del giudice amministrativo, invece, ha sostanzialmente degradato la situazione giuridica soggettiva dei ricorrenti da interesse legittimo a interesse di fatto, configurando un vizio di eccesso di potere giurisdizionale «sotto il profilo dell'arretramento della giurisdizione ad una materia devoluta alla cognizione giurisdizionale del giudice amministrativo»⁶¹. Il che giustifica la Cassazione della sentenza impugnata e il conseguente rinvio al Consiglio di Stato, il quale dovrà decidere sulla base delle statuizioni pronunciate dalle Sezioni Unite.

Sicché, può sostenersi che la controversia sia tutt'altro che chiusa, non solo sul piano giurisdizionale, ma anche e soprattutto sul piano politico-istituzionale, dato che il Governo è impegnato nell'attività di completamento della mappatura costiera, sulla base della quale dovrà evincersi la sussistenza o meno della scarsità della risorsa naturale e stabilirsi, eventualmente, quali concessioni saranno oggetto di gara a evidenza pubblica e quali, verosimilmente, no. Quanto alla pronuncia delle Sezioni Unite, invece, un dato sicuramente positivo è rappresentato dalla cassazione della

⁵⁸ Ivi, p. 30.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Quanto alla posizione giuridica della Regione Abruzzo, Ivi, p. 31, la Corte precisa che «le doglianze espresse dalla Regione [...] sono fondate per ragioni analoghe a quelle riguardanti gli altri ricorrenti, 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, con connesso riconoscimento di un'ampia legittimazione a partecipare al giudizio amministrativo [...]».

⁶¹ Ivi, p. 32.



sentenza del giudice amministrativo nella misura in cui questi ha ingiustamente estromesso dal giudizio le parti intervenienti, portatrici di interessi collettivi rilevanti e attinenti al caso concreto. La portata rescindente della decisione del giudice ordinario consentirà alle parti di far valere in giudizio le proprie ragioni.

La decisione adottata dalla Corte Suprema però non sembra essersi limitata alla valutazione dei soli motivi inerenti all'esclusione delle parti in giudizio che ne hanno concausato successivamente la configurazione del diniego di giurisdizione e, dunque, della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale ad opera del giudice amministrativo. A riguardo, pare che le Sezioni Unite abbiano profittato della circostanza controversa per esercitare la propria funzione nomofilattica anche per meglio definire il perimetro della giustiziabilità della situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo e, in particolare, del confine tra quest'ultimo e l'interesse meramente fattuale, incentrando la propria disamina anche sull'*iter* logico e ricostruttivo impiegato dal Consiglio di Stato. Il giudice ordinario afferma altresì che, affinché possa egli pervenire all'accertamento di un'ipotesi di rifiuto o diniego della giurisdizione, è necessario svolgere un controllo contenutistico nella parte della sentenza amministrativa in cui venga effettivamente negata la tutela delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere. Non solo, ma questo giudice ribadisce che, ogniquale volta sia chiamato a effettuare un controllo di tale natura e intensità, non è indispensabile una declaratoria formale di ultimo grado né risulta decisiva una dichiarazione altrettanto formale circa la non sussistenza della tutelabilità della situazione giuridica fatta valere dall'istante⁶². Concludendo sul punto, siffatto compito spetta in via esclusiva – solo in seguito a un controllo sostanziale – alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il cui sindacato sull'operato delle scelte appena osservate del giudice amministrativo appare senz'altro pieno⁶³. La pienezza di questo controllo sembra emergere anche sotto altro e rilevante profilo, ovvero dalla legittimità del controllo delle Sezioni Unite avverso le sentenze del Consiglio di Stato, rese nell'esercizio della funzione nomofilattica, che si siano limitate a statuire principi di diritto.

⁶² Parafrasando L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, 1976, p. 128 ss., secondo cui il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo (anche discrezionale) dovrebbe essere «assoluto e completo» affinché sia verificata la sua conformità alla legge, pare che tale sindacato, nella fattispecie, sia transitato dal controllo sull'atto al controllo sull'attività giurisdizionale esercitata – o non esercitata – dal giudice amministrativo.

⁶³ Viceversa, attiene «al merito della controversia devoluta al giudice amministrativo, cioè alla fondatezza della domanda [...] ogni questione concernente l'idoneità di una norma di diritto – per come applicata in concreto – a tutelare l'interesse dedotto dalla parte in giudizio [...]», così Cass. SS.UU., 1° giugno 2023, cit., p. 4. A tale proposito, giova richiamare l'ammonimento espresso da M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni*, cit., p. 180, secondo cui «sembra cruciale individuare un criterio di riparto che consenta di delineare il confine tra le due giurisdizioni, in modo da garantire a ciascun giudice la cognizione e la tutela delle diverse situazioni soggettive e offrire un adeguato fondamento alla permanenza di entrambe le giurisdizioni, senza incorrere nel rischio di una duplicazione delle stesse».



Se per un verso la decisione della Corte Suprema ha prodotto delle conseguenze degne di rilievo, in particolare ordinando il rinvio della controversia nuovamente dinanzi al Consiglio di Stato e con l'obbligo di integrazione del contraddittorio tra le parti, d'altra parte essa non ha ritenuto opportuno pronunciarsi sulle ulteriori e non meno rilevanti doglianze mosse dai ricorrenti. Più precisamente, le Sezioni Unite si sono limitate a pronunciare l'eccesso di potere sotto il solo profilo dell'arretramento della giurisdizione rispetto a una materia devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, senza spingersi oltre, ovvero senza verificare il travalicamento da parte di quest'ultimo del proprio ambito di attribuzioni, sconfinando indebitamente in quello riservato al solo legislatore e alla sola Amministrazione. Il che può rappresentare un problema non di second'ordine, dato che la pronuncia del giudice del Consiglio di Stato risulta essere viziata nella sola parte in cui ha estromesso ingiustamente dal giudizio le associazioni e l'ente territoriale intervenienti. Infatti, il giudice ordinario ha dichiarato assorbiti gli altri motivi proposti dai ricorrenti, tra i quali il più importante è senza ombra di dubbio costituito dall'invasione del giudice amministrativo di altre sfere di potere, tra cui quella legislativa. In altri termini, se da un lato è da accogliersi positivamente la pronuncia del giudice ordinario, dall'altro essa lascia irrisolta una questione dirimente, che rischia di consolidare un precedente alquanto pericoloso, rappresentato dalla possibilità per il giudice amministrativo di sindacare le scelte di opportunità del legislatore e dell'esercizio del potere discrezionale riservato ai soli organi amministrativi. Nella fattispecie in esame pare che l'Adunanza Plenaria sia giunta financo a sostituirsi *de facto* a questi ultimi, impiegando il proprio sindacato allorché il potere legislativo e quello discrezionale non erano ancora stati pienamente esercitati. Sicché, mentre dal punto di vista del contraddittorio il problema sembra essersi risolto in ragione della censura e del rinvio dinanzi al Consiglio di Stato della controversia, per il profilo della legalità e della separazione dei poteri⁶⁴ esso permane, innescando una serie di dubbi e continuando ad accrescere un quadro che, allo stato dell'arte, è già oltremodo incerto. In merito, deve inoltre ricordarsi che già la Corte Costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso presentato da alcuni deputati, nel corso della precedente legislatura, che hanno sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato⁶⁵. Di talché l'eccesso di potere giurisdizionale, sotto il profilo della garanzia dell'integrità delle attribuzioni degli altri poteri dello Stato differenti da quello giurisdizionale

⁶⁴ Sembrano risuonare come un'eco le parole pronunciate da L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, p. 67 ss., allorché giudicava in netto contrasto l'istituzione del contenzioso amministrativo con la separazione dei poteri e la terzietà e imparzialità del giudice. Secondo l'illustre Autore, il «solo potere giudiziario deve iudicare». Al pari, deve dirsi che tale potere deve limitarsi all'unico compito che gli è demandato dall'ordinamento, ovvero quello di giudicare.

⁶⁵ Corte Cost. 25 maggio 2022, ord. n. 154, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 1° Serie speciale, n. 25 del 17 giugno 2022.



(legislativo ed esecutivo), potrà essere, probabilmente, sollevato solo dopo che il Consiglio di Stato si sarà nuovamente pronunciato sulla controversia e con ulteriore ricorso indirizzato alle Sezioni Unite della Corte Suprema. In sostanza, uno scenario che potrà assumere caratteri maggiormente paradossali.

5. Un quadro che si va definendo? L'ultima decisione del TAR per la Puglia di Lecce dopo il responso della Corte di giustizia e la missiva della Commissione UE.

Orbene, l'annosa questione delle concessioni demaniali marittime non è dunque circoscritta alla sola efficacia diretta della normativa *Bolkestein*, ma si è costatato come essa si sia estesa oltremodo e abbia toccato quasi tutti i rami della giurisdizione, a livello nazionale arrivando a investire le sedi nomofilattiche sia della giurisdizione amministrativa che di quella ordinaria, a livello sovranazionale in seguito alla chiamata in causa della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il caso può ritenersi tutt'altro che chiuso. Tuttavia, ciò non esclude che il quadro normativo e giurisdizionale vada pian piano meglio definendosi. In tale direzione, a livello nazionale, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato l'eccesso di potere giurisdizionale in cui è incorso il giudice amministrativo in sede nomofilattica, limitandosi però a contestare la sola e immotivata estromissione dal giudizio delle parti intervenienti. Come osservato, il giudice ordinario ha ritenuto il resto delle doglianze "assorbite", non soffermandosi circa l'eventuale sconfinamento della giurisdizione amministrativa verso le prerogative del legislatore e, di conseguenza, anche dell'Amministrazione. In sede europea, invece, i giudici della Corte hanno statuito in merito all'idoneità della direttiva n. 2006/123/CE a esplicare effetti diretti in presenza di determinate circostanze, sancendo altresì la natura armonizzatrice della direttiva e, non in ultimo luogo, l'impossibilità per il giudice nazionale di valutare direttamente e in via autonoma e discrezionale la sussistenza o meno del requisito della scarsità della risorsa naturale. Si tratta di elementi che il giudice amministrativo del TAR per la Puglia di Lecce ha recepito in seguito alla propria ordinanza di rimessione in via pregiudiziale alla CGUE e che hanno, di conseguenza, consentito di assumere una decisione definitiva sulla controversia⁶⁶.

A questo riguardo, la pronuncia del TAR sopraggiunge all'udienza di discussione dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione nella composizione a Sezioni Unite ma precede la pubblicazione della relativa sentenza, sicché si passano in rassegna le statuizioni svolte da questo giudice amministrativo per quel che concerne i soli profili di legittimità del ricorso proposto dalla ricorrente Autorità Garante per la concorrenza e il mercato e i profili di diritto euro-unitario che fungono da parametro interpretativo vincolante della disciplina nazionale. In relazione a quest'ultimo assunto, ovvero alla portata vincolante delle pronunce rese dalla CGUE, il giudice

⁶⁶ Si deve ora fare riferimento a TAR per la Puglia di Lecce, sez. I, 2 novembre 2023, n. 1223.



amministrativo, rifacendosi a una costante giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria⁶⁷, rileva che le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia europea sono dotate della stessa natura delle norme unionali oggetto di interpretazione e sono pertanto qualificabili come sopravvenienze normative, aventi natura dichiarativa e non costitutiva. Il che comporta l'efficacia *ex tunc* delle stesse, poiché, come noto, le sentenze del giudice euro-unitario rivestono il carattere di fonti di integrazione del diritto unionale, in grado di esprimere la sua interpretazione autentica⁶⁸. In altri termini, la direttiva *Bolkestein* deve essere interpretata alla luce della pronuncia vincolante resa dalla Corte di giustizia nella sentenza C-348/22 del 20 aprile 2023. Svoltata questa premessa, si devono ora osservare i rilievi dirimenti della sentenza che hanno condotto il giudice del TAR a dichiarare il ricorso dell'AGCM improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

In primis, per quanto inerisce l'efficacia diretta dell'art. 12 della direttiva, nonché nella parte in cui si fa espresso divieto per le Amministrazioni di rinnovare le concessioni demaniali marittime in essere o il legislatore disponga proroghe automatiche delle stesse, la Corte di giustizia ha affermato che suddetto divieto opera solo e qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato a causa della sussistenza della scarsità delle risorse naturali utilizzabili. Siffatto requisito deve essere determinato, in via di fatto, direttamente dall'Amministrazione competente⁶⁹. Ed è in relazione a questo punto di diritto che si è registrata la divergenza tra l'Adunanza Plenaria e il giudice amministrativo che ha, di riflesso, ritenuto imprescindibile sospendere il giudizio e rimettere la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia. In fin dei conti il tempo ha dato ragione a quest'ultimo, dato che, sia in riferimento all'individuazione del soggetto competente che al metodo e all'esercizio e all'ampiezza del potere discrezionale, la valutazione circa la scarsità della risorsa naturale spetta in via esclusiva allo Stato-Amministrazione ed è sottratto alla libera valutazione del giudice. Si rammenta altresì che su tale punto le Sezioni Unite non hanno ritenuto opportuno soffermarsi.

In secundis, tale valutazione discrezionale costituisce una precondizione «da accertarsi in via preliminare», che deve logicamente antecedere l'obbligo di dare esecuzione, ancorché con efficacia diretta, del contenuto negativo della direttiva euro-unitaria⁷⁰. In merito, il giudice nazionale è dotato esclusivamente di una

⁶⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11. In tal senso, si è espresso anche in un momento anteriore il giudice delle leggi, a partire da Corte Cost., 19 aprile 1985, n. 113.

⁶⁸ TAR Puglia, n. 1223, cit., §9.

⁶⁹ CGUE, C-348/2022, cit., §71.

⁷⁰ Così TAR Puglia, n. 1223, cit., §8, che richiama quanto statuito dalla CGUE, C-348/2022, cit., §78, secondo cui i divieti *de quibus* si applicano «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 ordine ad una situazione di fatto valutata dall'amministrazione competente sotto il controllo di un giudice nazionale [...]».



funzione di controllo di «secondo grado» da esercitare nei confronti dell'operato e delle valutazioni discrezionali svolte dall'Amministrazione, non potendo egli direttamente valutare, per di più in luogo e in sostituzione dell'Amministrazione medesima, la sussistenza del requisito della scarsità delle risorse naturali, usurpando *de facto* il potere discrezionale non ancora esercitato dal soggetto competente⁷¹. Un tale potere, prima ancora che essere riconosciuto in via giurisdizionale, è stato conferito in via diretta dallo stesso legislatore euro-unitario, il quale, all'interno dell'art. 12, paragrafo 1 della direttiva n. 2006/123/CE, ha precisato che spetta agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nella scelta dei criteri applicabili alla valutazione della scarsità delle risorse naturali. Un'affermazione difficilmente equivocabile. Sicché, avendo il TAR appreso la preclusione per ogni giudice nazionale di statuire in via generale e astratta sulla sussistenza (o meno) della scarsità della risorsa e, inoltre, avendo appreso che l'efficacia diretta della normativa euro-unitaria di riferimento sia subordinata alla previa valutazione e verifica da parte dello Stato membro e della sua Amministrazione della scarsità della risorsa naturale in questione, il ricorso inizialmente proposto contro gli atti di proroga posti in essere dal Comune di Ginosa Marina deve intendersi improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

La sopravvenienza, come evidenzia il giudice amministrativo, rileva sotto due differenti profili: il primo è di natura formale ed è da rinvenirsi nell'inefficacia che oramai riguarda gli atti di proroga in conseguenza dell'approvazione dell'intervenuta legge 5 agosto 2022, n. 118, la quale ha abrogato la precedente legge n. 145/2018 in virtù della quale erano state disposte tutte le proroghe inerenti alle concessioni demaniali marittime. D'altra parte, è intervenuta la legge 24 febbraio 2023, n. 14 con la quale il legislatore ha prorogato al 31 dicembre 2024 la scadenza delle concessioni demaniali marittime in essere per la sola esigenza consistente nel predisporre tutte le misure necessarie affinché si potesse istituire un apposito "tavolo tecnico" in grado di elaborare i criteri necessari per la valutazione della scarsità della risorsa costiera (es: la c.d. mappatura delle coste).

In sintesi, in ordine a quanto or ora evidenziato, per il giudice amministrativo del TAR non occorre attendere la pronuncia della Suprema Corte circa lo sconfinamento di potere da parte dell'Adunanza Plenaria, poiché tale vizio è già stato colmato dal legislatore mediante la legge n. 118/2022 che ha provveduto a privare di effetti tutti gli atti di proroga⁷² e, al contempo, perché l'intervenuta pronuncia della CGUE ha

⁷¹ TAR Puglia, n. 1223, cit., §8, afferma che resta «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)».

⁷² A ciò si deve aggiungere l'indirizzo più che consolidato del Consiglio di Stato, il quale ogniqualvolta si trovi dinanzi a impugnative aventi a oggetto la proroga di concessioni demaniali marittime ne ordina la disapplicazione. Anche quando il concessionario lamenti la violazione del principio del legittimo affidamento e la



chiarito a chi spetta stabilire la valutazione del requisito della scarsità, quale condizione che deve necessariamente accertarsi in via preliminare a quest'ultima. Questa statuizione lascia in ogni caso residuare delle perplessità nella misura in cui il riconoscimento della competenza a pronunciare sulla presenza del requisito della scarsità della risorsa derivi dal giudice euro-unitario e non, piuttosto, dal giudice nazionale. In altri termini, si configura uno scenario in cui è l'ordinamento euro-unitario, attraverso l'organo giurisdizionale, a determinare gli ambiti e le competenze che dovrebbero essere, invece, di spettanza strettamente costituzionale. In conclusione, tornando alla decisione del TAR di Lecce, sembrano potersi condividere le formulazioni contenute nella sua decisione, le quali restituiscono un quadro politico e giuridico di certo più chiaro e meno nitido di quello degli ultimi due anni, in cui è regnata l'incertezza più assoluta⁷³. A tal proposito, deve riconoscersi l'importanza del rinvio pregiudiziale svolto dal giudice di prime cure, il quale non si è limitato alla mera recezione dei punti di diritto fissati in sede nomofilattica dall'Adunanza Plenaria, ma, dopo averli approfonditi con una certa capacità di analisi, ha deciso arditamente di discostarsene, con una serie di motivi che si sono rivelati, in sede di interpretazione del diritto euro-unitario, fondati. Ne consegue che la decisione di questo giudice amministrativo si affianca a quella della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha notevolmente contribuito a ripristinare un minimo di ordine che le sentenze dell'Adunanza Plenaria avevano, in buona parte, fatto venir meno.

Tuttavia, gli organi istituzionali nazionali ed euro-unitari sembrano essere ancora distanti dal giungere a una pacifica e condivisa soluzione sul punto. Da ultimo, la Commissione dell'Unione europea ha deferito, mediante parere motivato, il Governo italiano alla Corte di giustizia per non aver recepito e attuato conformemente la direttiva *Bolkestein*⁷⁴. Tra le doglianze mosse dalla Commissione, senza addentrarsi nel dettaglio del parere, risalta la contestazione dell'operato del tavolo tecnico istituito dal Governo italiano per quanto concerne la mappatura delle coste nazionali, in particolare i commissari hanno criticato i dati e i criteri impiegati dai tecnici dell'esecutivo e i risultati cui essi sono pervenuti⁷⁵. Da questa prospettiva, come è

sussistenza di un'aspettativa nei confronti dell'azione amministrativa. In questa direzione, di recente, Cons. Stato, sez. VII, 3 novembre 2023, n. 9493, §6.2, i giudici di Palazzo Spada sostengono che alcuna «legittima aspettativa il concessionario poteva riporre sul prolungamento della concessione per un periodo così lungo – dal 2010 al 2033 – sulla scorta degli investimenti effettuati in quanto ciò avrebbe comportato, ragionevolmente, una radicale violazione delle regole della concorrenza per oltre venti anni, assicurandogli una “rendita di posizione” intollerabile anche quando si debbano considerare, in un'ottica di bilanciata ponderazione dei contrapposti interessi, gli investimenti effettuati».

⁷³ Si veda Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione di Lecce, *Inaugurazione dell'Anno Giudiziario 2023, Relazione del Presidente Antonio Pasca*, Lecce, 18 febbraio 2023, p. 35 ss.

⁷⁴ Commissione dell'Unione europea, 16 novembre 2023, INFR(2020) 4118 C(2023) 7231.

⁷⁵ Ivi, p. 18 ss.



stato sottolineato, la priorità sarebbe, quindi, rappresentata dall'esigenza di un effettivo bilanciamento tra concorrenza ed economica sociale di mercato garantendo una decisa ricucitura tra l'ordinamento interno e quello europeo⁷⁶.

In definitiva, sembra che il parere motivato dell'esecutivo europeo sia divenuto un efficace – e a tratti malverso – strumento di controllo dell'esercizio della potestà legislativa e della discrezionalità amministrativa degli organi dello Stato. Il che non fa altro che acuire il rischio che i confini del conflitto si espandano oltre ogni limite e ogni immaginazione. Ma ciò non deve destare meraviglia né tantomeno scalpore, poiché l'ordinamento euro-unitario, sin dal suo principio, ha dimostrato di preferire la piena attuazione del regime di libero mercato e del dogma concorrenziale a qualunque altro principio od obiettivo, anche di natura solidaristica, rinvenendo nel binomio mercato-concorrenza la sua unica ragione d'essere⁷⁷.

⁷⁶ Così G. ARMAO, *Concessioni demaniali marittime e diritto eurounitario*, cit., p. 85.

⁷⁷ In questo senso A. SOMMA, *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione*, Roma-Bari, 2024, p. 43 ss., anche p. 189 ss.