

## INTERVENTI

### DISAPPLICAZIONE DELLA PROROGA DELLE CONCESSIONI BALNEARI E RESPONSABILITÀ PENALE (\*)

PIERANGELO CELLE

*The paper evaluates the impact in the criminal field of the non-application of the ex lege prorogations of the marine concessions due to the conflict with the European Union law, examining the most recent jurisprudence of the Court of Cassation. On the basis of the various positions expressed by the Court, it is also discussed the role that the principle of legality, as stated by the Charter of the Rights of the European Union and by the Italian Constitution, could play in preventing criminal prosecution of operators in good faith. It is finally suggested that the issue should be addressed by the Italian Constitutional Court by way of preliminary reference to the Court of Justice of the European Union.*

SOMMARIO: 1. Il quadro giuridico. – 2. La posizione della Cassazione penale. – 3. Disapplicazione, ricadute penali e garanzie costituzionali.

*1. Il quadro giuridico* – Com'è noto, l'art. 1 comma 2, d. lg. 400/1993, convertito con l. 4 dicembre n. 194/1993 ed in

---

(\*) Il presente testo è la rielaborazione della relazione tenuta in occasione della giornata di studi «*Il futuro delle concessioni demaniali balneari. Riflessioni a margine dei recenti sviluppi giurisprudenziali*» organizzata dal Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Cagliari il 27 maggio 2022. Si ringrazia il Dott. Simone Pitto per la collaborazione prestata nella ricerca giurisprudenziale alla base del presente contributo.

seguito modificato dalla l. 88/2001, veniva abrogato dalla l. 217/2011 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee) al fine di ottenere la chiusura della procedura di infrazione n. 2008/4908 promossa dalla Commissione europea con riferimento al meccanismo di rinnovo delle concessioni stabilito dal diritto italiano, ritenuto in contrasto con la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e all'art. 12, secondo comma, della dir. 2006/123/CE. Con il successivo art. 1 comma 18, d.lg. 194/2009, il legislatore prorogava una prima volta i termini di scadenza delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico ricreative dapprima al 31 dicembre 2015 e, con successivi interventi, al 31 dicembre 2020 e da ultimo al 31 dicembre 2033.

Tale intervento del legislatore era inserito nella preannunciata revisione generale del sistema delle concessioni, già prevista dalla stessa l. 217/2011, che conteneva una prima delega al Governo per il riordino complessivo della disciplina, prevedendo limiti massimi di durata delle concessioni e l'identificazione dei criteri e delle modalità di affidamento nel rispetto dei principi europei. I criteri e le modalità di affidamento avrebbero inoltre dovuto essere determinati sulla base di un'intesa in sede di Conferenza Stato – Regioni tenuto conto dei principi di concorrenza e libertà di stabilimento, ma anche degli interessi degli operatori e, in particolare, della tutela degli investimenti dei concessionari uscenti. Di conseguenza, il regime di proroga andava considerato quale meramente transitorio, in attesa del riordino del sistema nel rispetto dei principi eurounitari <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Senza pretesa di completezza, per una panoramica sull'evoluzione normativa in materia vedasi C. ANGELONE, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo: durata, finalità, competenza*, in *Dir. trasp.* 1999, 807; C. FIORILLO, *Concessioni di aree demaniali marittime con finalità turistico-ricreative: contrasti tra normativa interna e normativa comunitaria*, in *Dir. trasp.* 2011, 170; S. MAGNOSI, *L'evoluzione della disciplina normativa sull'uso del*

Accanto alle suddette previsioni normative si è assistito ad una successione di interventi giurisprudenziali innescati dalla nota pronuncia *Promoimpresa* <sup>(2)</sup> della Corte di

---

*demanio marittimo a scopo turistico ricreativo, tra tutela del mercato e salvaguardia degli interessi imprenditoriali*, in *Riv. dir. nav.* 2011, 51; V. CUCCU, *Recenti sviluppi in materia di concessioni del demanio marittimo a scopo turistico ricreativo*, in *Dir. trasp.* 2012, 441; D. GENNARI, *Ancora sulla vexata quaestio della proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*, in *Riv. dir. nav.* 2012, 918; L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.* 2016, 157; L. TULLIO, *Per una nuova disciplina delle concessioni del demanio marittimo a scopo turistico-balneare e ricreativo*, in *Scritti inediti di diritto della navigazione*, Napoli, 2016, 47; R. TRANQUILLI LEALI, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative ed il loro regime di proroga*, in *Riv. dir. nav.* 2017, 49; M. TIMO, *Concessioni marittime: proroga legale e tutela della concorrenza*, in *Dir. mar.* 2018, 198; C. LENZETTI, *La (futura) riforma delle concessioni demaniali marittime e la loro (attuale) proroga*, in *Dir. trasp.* 2019, 89; S. ZUNARELLI-N. CARMINEO (a cura di), *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, Bari, 2019; P. BELLANDI-C. POZZI, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: proroga della durata, nozione di autorizzazioni e valore aziendale dell'impresa balneare*, in *Dir. trasp.* 2020, 742; F. CAPELLI, *Evoluzioni, splendori e decadenza delle direttive comunitarie. Impatto della direttiva CE n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, 2021; A. DE SIANO, *Disapplicazione per difformità dal diritto UE e protagonismo giurisprudenziale*, in *Federalismi*, 28.7.2021; sul diritto di insistenza vedasi S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e "diritto di insistenza"*, nota a Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764, in *Giornale di diritto amministrativo* 4/2003, 356; G. REALE, *Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, accesso al mercato e tutela della concorrenza*, in *Dir. trasp.*, 2017, 966; S. ZUNARELLI, *Concessioni demaniali e «diritto d'insistenza» alla luce della direttiva Bolkestein*, in S. ZUNARELLI-N. CARMINEO (a cura di), *L'impresa balneare sul demanio marittimo*, cit., 21; in generale, sulla disciplina giuridica del demanio marittimo vedasi per tutti M. CASANOVA, *Il demanio marittimo*, in A. ANTONINI (a cura di), *Trattato di diritto marittimo*, Milano, 2007, I, 201 e *ivi* *riff.*

<sup>(2)</sup> C. giust. UE 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, in *Dir. trasp.* 2017, 519, con nota di L. ANCIS, *La Corte di giustizia dichiara illegittima la proroga automatica ex lege delle concessioni turistico-ricreative*.

Giustizia dell'Unione europea. In tale pronuncia, la Corte dichiarò, fra l'altro, che la proroga *ex lege* delle concessioni prevista dal d.lg. 194/2009 equivale al loro rinnovo automatico, escluso ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2006/123/CE <sup>(3)</sup>. A seguito della decisione, la giurisprudenza amministrativa largamente prevalente ha riconosciuto la necessità di disapplicare la normativa nazionale in tema di rinnovo automatico delle concessioni per contrasto con il diritto dell'Unione europea <sup>(4)</sup>.

Il quadro così delineatosi con riguardo alla proroga di cui al d.lg. 194/2009 si è nuovamente riproposto anche con i successivi interventi legislativi <sup>(5)</sup>, senza condurre tuttavia a significativi mutamenti dell'orientamento prevalente: nel 2019 il Consiglio di Stato <sup>(6)</sup> ha affermato che anche la

---

<sup>(3)</sup> Cfr. anche C. giust. UE 30 gennaio 2018, causa C-360/15, *Visser*, C-360/15, reperibile sul sito della Corte.

<sup>(4)</sup> Cfr. per tutte Cons. St. 8 febbraio 2018, n. 873, in *Dejure*.

<sup>(5)</sup> Segnatamente le richiamate proroghe automatiche disposte dalla l. 145/2018, art. 1, commi 682 e 683.

<sup>(6)</sup> Cons. St. 18 novembre 2019, n. 7874, in *Dejure*. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e amministrativa sul tema delle proroghe *ex lege* vedasi M. GRIMALDI, *Proroga della durata delle concessioni demaniali: ennesimo stop della Corte Costituzionale*, in *Dir. mar.* 2014, 107; G. REALE, *Concessioni demaniali*, cit.; S. POLLASTRELLI, *La Corte costituzionale tra prerogative dominicali, competenze amministrative regionali e principi comunitari in materia di demanio marittimo*, in *Riv. dir. nav.* 2017, 783; C. SEVERONI, *Problematiche emergenti in tema di concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo alla luce dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. nav.* 2019, 314; R. FUSCO, *La disapplicazione della proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime per il contrasto con l'ordinamento eurounitario*, in *Dir. trasp.* 2019, 153; A. MONTESANO, *La questione della compatibilità con l'ordinamento eurounitario del regime di proroga delle concessioni demaniali al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. dir. nav.* 2019, 839; N. LIBERATOSCIOLI, *Concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative: incertezze della disciplina statale e tentativi riformistici delle regioni*, in *Riv. dir. nav.* 2019, 667; P. VIPIANA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo fra leggi*

proroga disposta dalla l. 145/2018 era contraria al diritto dell'Unione europea, riconoscendo altresì l'obbligo degli Stati membri e delle rispettive articolazioni amministrative e locali (incluse le autorità concedenti) di disapplicare la normativa nazionale recante detta proroga (7).

Nonostante ciò, il legislatore è nuovamente intervenuto nel 2020 sulla durata delle concessioni con il c.d. Decreto rilancio (8): tra le misure adottate allo scopo di sostenere il settore turistico colpito dall'emergenza sanitaria da COVID-19 veniva essenzialmente tenuta ferma la proroga automatica delle concessioni in essere al 2033, con contestuale previsione del divieto per le amministrazioni competenti di avviare o proseguire i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale.

Il nuovo intervento legislativo è stato accompagnato da critiche (9) e dall'apertura di una nuova procedura di infrazione della Commissione europea nel dicembre 2020 (10). La

---

*statali e leggi regionali*, in *Dir. mar.* 2020, 440; A. LAZZARO, *Le concessioni demaniali marittime tra principi comunitari e ordinamento interno: gli attuali sviluppi normativi e giurisprudenziali. Quali prospettive?*, in *Dir. mar.* 2021, 21; C. GIUDICE, *Concessioni demaniali marittime: questioni aperte e possibili soluzioni*, in *Dir. mar.* 2021, 847; A.L.M. SIA, *La proroga automatica delle concessioni sul demanio marittimo ancora una volta al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. trasp.* 2021, 988.

(7) Sul punto, per una ricostruzione dell'obbligo di disapplicazione alla luce della sua *ratio*, A. DE SIANO, *op. cit.*, 3 ss.

(8) Cfr. in particolare l'art. 182 comma 2 del d.l. 34/2020, convertito con modificazioni dalla l. 77/2020. Sul punto cfr. G. DALLA VALENTINA, *La proroga ope legis delle concessioni demaniali marittime dalla sent. 1/2019 della Corte costituzionale al Decreto Rilancio (sentenza 9 gennaio 2019, n. 1)*, in *Le Regioni*, 48.5, 2020, 1196.

(9) Cfr. *ex multis* A. GIANNACCARI, *À la guerre comme à la guerre. Concessioni demaniali marittime, Adunanza plenaria e procedure selettive (al 2023?)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 23.3, 2021, 581.

(10) Procedura 2020/4118 C-2020 del 3 dicembre 2020.

Commissione, oltre a ribadire la contrarietà al diritto eurounitario della proroga automatica, ha in particolare escluso la legittimità delle ragioni addotte a sostegno dell'intervento, invitando l'Italia a mettere mano ad una situazione normativa particolarmente dannosa per gli operatori e per il Paese, alla luce della conseguente incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, che scoraggia gli investimenti e produce gravi danni economici per il Paese, anche considerata la significativa perdita di introiti per gli enti locali.

A fronte di tale quadro normativo, le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 3 novembre 2021 <sup>(11)</sup> hanno ribadito la contrarietà al diritto dell'Unione dell'ultima proroga disposta fino al 2033, nonché del divieto introdotto con il d.lg. 34/2020; un contrasto così chiaro da far ritenere ai giudici di Palazzo Spada persino superfluo un nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia <sup>(12)</sup>.

L'Adunanza plenaria ribadisce la diretta applicabilità

---

<sup>(11)</sup> Sent. n. 17 e 18 del 2021, pubblicate il 9 novembre 2021. Il deferimento è avvenuto ex art. 99 del Codice del Processo Amministrativo con decisione presidenziale 24 maggio 2021, n. 160 in relazione a due procedimenti pendenti rispettivamente nanti alla quinta sezione del Consiglio di Stato e al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

<sup>(12)</sup> Cfr. A. LAZZARO, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra principi europei e norme interne. La soluzione del conflitto nelle sentenze dell'Adunanza plenaria n. 17-18 del 9 novembre 2021*, in *Dir. trasp.* 2022, 120; R. FUSCO, *Lo status quo dell'affidamento delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative nelle more del complessivo riordino della materia imposto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. trasp.* 2022, 299; A. COSSIRI, *Il rapporto tra diritto interno e UE nel caso delle concessioni demaniali a scopo di impresa turistica e ricreativa: le coste italiane ritrovano certezza giuridica e opportunità di sviluppo sostenibile?*, in A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, 2022, 266; M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle «concessioni balneari» alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Dir. e soc.* 2022, 335.

della dir. 2006/123CE e l'estensione dell'obbligo di disapplicazione anche ai funzionari della pubblica amministrazione, invitando espressamente il legislatore ad un auspicabile intervento generale, in una materia così delicata e sensibile dal punto di vista degli interessi coinvolti, con una disciplina espressa e puntuale <sup>(13)</sup>. Altri nodi interpretativi sciolti dalle decisioni riguardano l'affermazione di un interesse transfrontaliero certo nel settore delle concessioni turistiche, il quale, tuttavia, deve essere soggetto ad una valutazione caso per caso <sup>(14)</sup>, e il riconoscimento della tendenziale scarsità della risorsa naturale in questione.

Considerata la necessità di mitigare l'impatto socio-economico derivante dalla decadenza immediata delle concessioni in essere e tutelare l'eventuale legittimo affidamento dei concessionari uscenti, l'Adunanza Plenaria ritiene tuttavia opportuno modulare nel tempo gli effetti della decisione e, quindi, l'efficacia delle concessioni in essere <sup>(15)</sup>. Per tali ragioni e nell'auspicio dell'atteso intervento di riordino del legislatore, il Consiglio di Stato aggiunge che le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere devono considerarsi efficaci sino al 31 dicembre 2023 <sup>(16)</sup>; decorsa tale data, tuttavia, cesseranno di avere ogni effetto anche in assenza di un intervento legislativo.

Particolarmente pregnanti appaiono le considerazioni svolte dall'Adunanza Plenaria, laddove si osserva che dalla necessaria disapplicazione delle proroghe non possono generarsi conseguenze in termini di responsabilità penale dei

---

<sup>(13)</sup> Cfr. punto 26 della sentenza.

<sup>(14)</sup> Cfr. il par. 16 della sentenza n. 17 /2021 e A. COSSIRI, *op. cit.*, 271.

<sup>(15)</sup> Il punto, non nuovo alle decisioni di altre corti e, in particolare, della Corte costituzionale, non è altrettanto usuale nell'ambito della giustizia amministrativa e ha fatto discutere la dottrina cfr. A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna online*, 2, 2021, 243.

<sup>(16)</sup> Cfr. punti 46-48.

concessionari demaniali, i quali – venute meno le proroghe *ex lege* – sarebbero astrattamente privati di titolo legittimante l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto dall'art. 1161 c. nav. Secondo le sentenze gemelle, infatti, ad una simile ricaduta ostano i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale, rilevanti anche per l'ordinamento dell'Unione europea, per cui la disapplicazione della legge nazionale contraria al diritto dell'Unione europea non può avere conseguenze in punto di responsabilità penale *in malam partem* <sup>(17)</sup>.

2. *La posizione della Cassazione penale* – Nonostante la perentorietà delle affermazioni dell'Adunanza Plenaria, va osservato che – prima delle sentenze gemelle – la posizione espressa nella giurisprudenza della Cassazione penale era senz'altro assai meno tranquillizzante per la posizione dei concessionari. È infatti affermazione ormai consolidata quella secondo cui ai fini dell'integrazione del reato previsto all'art. 1161 c. nav., la proroga del termine di durata delle concessioni demaniali marittime presuppone in ogni caso la titolarità di una concessione demaniale valida ed efficace <sup>(18)</sup>.

Secondo un primo orientamento, la Cassazione penale escludeva la possibilità degli interessati di beneficiare della proroga in assenza di un'espressa richiesta in tal senso da parte del concessionario <sup>(19)</sup>. La necessità di una richiesta veniva ricondotta alla Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 6105 del 6 maggio 2010, la quale

---

<sup>(17)</sup> Cfr. punto 37 della sentenza; cfr. E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen.*, in *Giustizia insieme*, 30 dicembre 2021.

<sup>(18)</sup> Cass. pen. Sez. 3, n. 32966 del 02/05/2013 e Cass. Sez. pen. 3, n. 33170 del 09/04/2013, in *Dejure*.

<sup>(19)</sup> Cass. pen. 9 aprile 2013, n. 33170, in *Dejure*.



individuava gli organi competenti al rilascio del titolo, rendendo evidente, ad avviso della Suprema Corte, che detti organi dovessero essere attivati dal privato interessato per beneficiare della proroga. In base a questa interpretazione, in assenza di richiesta, la concessione non poteva considerarsi in essere al momento dell'entrata in vigore del d.l. 30 dicembre 2009 n. 194.

Un diverso orientamento, basato su un'interpretazione più letterale dell'art. 1, comma 18 del d.lg. 194/2009, riteneva che potessero beneficiare della proroga solo le concessioni in essere al momento dell'entrata in vigore della norma, precisando che tali dovevano considerarsi solo quelle ancora in corso di validità, senza tenere in considerazione l'eventuale proroga automatica ottenuta per effetto del d.lg. 400/1993 <sup>(20)</sup>. Secondo la Suprema Corte, infatti, «una diversa ed inammissibile interpretazione porterebbe a ritenere che il legislatore abbia abrogato espressamente la disciplina della proroga automatica introdotta nel 1993, in quanto in contrasto con la normativa europea, salvaguardandone comunque gli effetti e, in tal modo, operando in contrasto con la disciplina comunitaria» <sup>(21)</sup>.

Un orientamento più radicale riteneva invece in ogni caso disapplicabili le proroghe per contrasto con la dir. 2006/123/CE, affermando che non vi sarebbe stato alcun rischio di applicazione in *malam partem* della normativa europea «non potendosi ipotizzare né una violazione del principio di legalità, non vertendosi in ipotesi di introduzione di una fattispecie criminosa non prevista, né di tassatività, essendo la norma penale incriminatrice completa nei suoi aspetti essenziali» <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Segnatamente dall'art. 1, comma 2, come modificato dalla l. 88/2001 ed in seguito abrogato dall'art. 11, comma 1, l. 217/2011, proprio per ottenere la chiusura della procedura di infrazione n. 2008/4908 avviata dalla Commissione europea.

<sup>(21)</sup> Cass. pen. 26 marzo 2014, n. 29763, in *Dejure*.

<sup>(22)</sup> Cass. pen. 12 giugno 2019, n. 25993, in *Dejure*.

Dopo le sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria la Cassazione penale ha avuto modo di ritornare sulla questione <sup>(23)</sup>: nel caso di specie l'imputato, titolare di una concessione demaniale marittima ad uso turistico-ricreativo rilasciata nel 1998, si era visto contestare il reato di cui all'art. 1161 c. nav. nell'ambito di un procedimento penale nel quale veniva disposto il sequestro dell'arenile e dello stabilimento ivi insistente.

La Cassazione penale si è così confrontata nuovamente con la configurabilità del delitto di occupazione abusiva del demanio marittimo di cui all'art. 1161 c. nav. in capo al concessionario che, a fronte della disapplicazione della proroga automatica della durata della concessione per contrarietà con diritto eurounitario, ovvero della sopravvenuta scadenza del titolo concessorio, si sia ritrovato a protrarre l'occupazione del demanio marittimo *sine titulo*. La decisione, che pure fa espresso riferimento alla posizione espressa dall'Adunanza Plenaria nelle sentenze gemelle, sembra suscettibile di aprire nuovi interrogativi e possibili criticità in relazione al rispetto dei principi costituzionali ed eurounitari con riguardo alle possibili conseguenze penali in *malam partem* derivanti dalla disapplicazione della proroga.

Invero, nonostante l'efficacia affermata dall'Adunanza plenaria delle concessioni balneari esistenti sino al 2023, la Cassazione penale ritiene che essa non incida sulla posizione dell'imputato, a mente della ritenuta avvenuta scadenza della concessione demaniale di cui esso è titolare già nel 2009, senza che questa possa aver beneficiato della proroga automatica di cui al d.lg. 194/2009. Secondo la Corte, infatti, quest'ultima trovava applicazione solo per le concessioni nuove e cioè per quelle successive al d.lg. stesso <sup>(24)</sup>.

Per l'effetto, la Corte non considera le pronunce dell'Adunanza plenaria rilevanti, in quanto ritiene che la conces-

---

<sup>(23)</sup> Cass. pen. 13 aprile 2022, n. 15676, in *Dejure*.

<sup>(24)</sup> Cfr. punto 7 della sentenza.

sione oggetto del giudizio non possa beneficiare dell'applicazione dei principi in esse affermati, laddove ritenuta già scaduta e quindi non soggetta alla proroga automatica. Per usare le parole della Corte, l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato non riguarda «in alcun modo la posizione giuridica dell'odierno ricorrente in quanto [...] esso ha inciso – determinandone la temporanea sopravvivenza – solo ed esclusivamente sulle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative rientranti nell'ambito applicativo della normativa nazionale di proroga, normativa che, per i motivi sopra già esplicitati, non trova applicazione rispetto alla concessione» in questione.

Con riguardo all'elemento soggettivo del reato, la Corte esclude inoltre la presenza di un affidamento incolpevole e meritevole di tutela ovvero di un errore di diritto scusabile, ritenendo da un lato la sussistenza di un dovere di informazione a carico dei concessionari e, dall'altro, l'assenza, ovvero la mancata prova, di un comportamento positivo dell'amministrazione estraneo all'agente da cui quest'ultimo abbia tratto il convincimento circa la liceità della propria condotta. Ad avviso della Corte, per contro, la semplice acquiescenza della pubblica amministrazione non vale ad ingenerare alcun incolpevole convincimento nel reo. La terza sezione non ritiene quindi possibile escludere, almeno sul piano del *fumus*, la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato in capo all'ex titolare della concessione.

Il punto della decisione che maggiormente interessa in questa sede riguarda il tema della compatibilità con i principi di legalità, irretroattività della legge penale, riserva di legge e tassatività degli effetti derivanti dalla disapplicazione della proroga automatica delle concessioni con riguardo alla configurabilità del reato di occupazione abusiva *ex art. 1156 c. nav.*

Sotto tale profilo, la Cassazione penale prende atto delle affermazioni dell'Adunanza plenaria, secondo le quali dall'applicazione del principio del primato del diritto dell'Unione rispetto alla normativa nazionale non possono

derivare conseguenze penali a carico degli individui pena la violazione dei limiti invalicabili rappresentati dai principi di legalità, tipicità e prevedibilità delle sanzioni penali <sup>(25)</sup>.

Del resto, le Sezioni unite della Cassazione al riguardo hanno da tempo riconosciuto che non è consentito che dalla disapplicazione di una norma interna contrastante con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato, nonché che l'obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per se stessa e indipendentemente dalla legge nazionale di attuazione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> I quali trovano fondamento fra l'altro nell'art. 49 della Carta di Nizza, nell'art. 7 Cedu e ovviamente l'art. 25 Cost. oltre che nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Per una panoramica dell'estensione dei principi nel contesto euorunitario si vedano P. CELLE, *La tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Roma, 2016, 517 ss. Cfr. C. giust. UE, causa C-303/05 e causa C-308/06.

<sup>(26)</sup> Cass. pen., sez. un., 19 gennaio 2012, n. 2222,5 in *Dejure*. Per una sintesi dello stato attuale del dibattito sulla relazione tra i principi del primato e degli effetti diretti e l'obbligo di disapplicazione si veda L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poptawski*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2021, la quale esamina il *dictum* della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-573/17, secondo cui una disposizione del diritto dell'Unione che sia priva di effetto diretto non può essere fatta valere, in quanto tale, nell'ambito di una controversia rientrante nel diritto dell'Unione, al fine di escludere l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale ad essa contraria, rispetto alla posizione espressa dalla stessa Corte nel caso C-201/02, *Wells*, nel quale la Corte, dopo aver ricordato che il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli, afferma che mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato. In generale sul tema si veda D. GALLO, *L'evoluzione dell'effetto diretto e dei suoi rapporti con il primato e l'immediata applicazione del diritto UE negli ordinamenti nazionali*, in G.

In questo quadro, la tesi secondo cui ai fini dell'integrazione della fattispecie di occupazione abusiva del demanio rileverebbe anche l'occupazione divenuta senza titolo in via sopravvenuta e, quindi, potenzialmente, anche a seguito della disapplicazione della proroga automatica per contrasto con la direttiva Bolkestein si scontra irrimediabilmente con la non applicabilità diretta delle disposizioni di una Direttiva, anche se *self-executing*, nei confronti di un individuo, tanto meno al fine di trarne ricadute penalistiche per lo stesso, essendo inammissibile desumere effetti in *malam partem* a carico degli individui per la mancata o errata attuazione di una direttiva eurounitaria<sup>(27)</sup> o per la contrarietà ad essa della normativa nazionale.

La Cassazione penale aggira però questo ostacolo riprendendo l'orientamento secondo cui la proroga prevista dal d.lg. 194/2009<sup>(28)</sup> doveva riferirsi alle concessioni rilasciate per la prima volta e non oggetto di proroga automatica. Secondo questa interpretazione, dunque, «le disposizioni ex l. n. 194 del 2009 si riferiscono esclusivamente alle concessioni nuove, ovvero a quelle sorte dopo la l. n. 88 del 2001, e comunque valide a prescindere dalla proroga automatica di cui al d.l. n. 400 del 1993». Quanto all'individuazione delle concessioni nuove e quindi beneficiarie della proroga di cui al d.l. n. 194 del 2009 e successive modifiche, la Suprema Corte aggiunge che queste sono solo quelle successive al d.l. stesso. In altre parole, l'occupazione abusiva nel caso che ci occupa non viene ricondotta alla disapplicazione della proroga automatica ma alla precedente scadenza del titolo concessorio nel 2009 senza l'applicazione dell'estensione *ex lege*, in quanto concessione non considerata nuova.

---

PALMISANO, *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Napoli, 2020, 131.

<sup>(27)</sup> Si veda anche G. TROPEA, *Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi «lati oscuri» della disapplicazione del giudice penale*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, 4.

<sup>(28)</sup> Segnatamente dall'art. 1, comma 18.

La soluzione accolta sul punto non pare inoltre del tutto aderente al dettato normativo. Il d.lg. 194/2009, infatti, prevedeva che il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 fosse prorogato fino a tale data, indicando come unici requisiti per l'operatività della proroga la presenza di una concessione in essere alla data di entrata in vigore del decreto e la scadenza di questa entro 31.12.2012. Il riferimento alle concessioni nuove e, quindi, rilasciate successivamente al decreto appare invece privo di appigli normativi e non del tutto coerente con la *ratio* dell'intervento del legislatore, intenzionato a tenere fermi gli effetti delle concessioni in essere sino alla revisione complessiva della disciplina.

3. *Disapplicazione, ricadute penali e garanzie costituzionali* – I diversi filoni della giurisprudenza della Cassazione penale sopra descritti vanno in ogni caso valutati alla luce dei principi di legalità e tassatività della fattispecie penale. Sotto un primo profilo, il principio di tassatività derivante dall'art. 25 cost. richiede che sia possibile individuare *a priori* l'illecito delineando la fattispecie penale in modo sufficientemente chiaro, preciso e determinato in tutti i suoi elementi (anche extrapenali) così da poter effettivamente muovere un rimprovero al reo che non vi si sia conformato<sup>(29)</sup>. Non sembra ciò possa dirsi nella specie considerando la posizione dei concessionari, ai quali non può essere addebitata la mancata conoscenza dei complessi meccanismi della disapplicazione nonché, in generale, della normativa extrapenale a fronte di indicazioni ondivaghe se non anche contrarie alla direzione indicata dal diritto europeo da parte del legislatore e degli enti locali concedenti<sup>30</sup>. Né si po-

---

<sup>(29)</sup> S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario alla Costituzione*, Padova, 2008, 260 e C. cost. n. 177/1980, 34/1995.

<sup>(30)</sup> G. TROPEA, *Concessioni balneari*, cit., 717.

trebbe altrimenti muovere un rimprovero al concessionario che non abbia disapplicato di propria iniziativa la proroga, non essendo il cittadino dell'Unione a ciò tenuto, in quanto non destinatario degli obblighi scaturenti dalle norme della Direttiva Bolkenstein<sup>(31)</sup>.

Parallelamente, il principio di irretroattività ha come fondamento l'esigenza dell'individuo di conoscere in anticipo i comportamenti considerati leciti e quelli illeciti onde poter orientare la propria condotta<sup>(32)</sup>. Ciò comporta il divieto, in ottemperanza all'art. 25 cost., di ogni peggioramento sopravvenuto della situazione giuridica del soggetto rispetto alla precedente norma incriminatrice. Nella specie, per contro, il concessionario beneficiario della proroga automatica si troverebbe a subire conseguenze penali sfavorevoli in virtù della sopravvenuta disapplicazione della legge nazionale sulla proroga; vedrebbe cioè mutata la propria situazione successivamente al momento in cui ha posto in essere la condotta addebitata – l'occupazione del demanio in virtù di un titolo in quel momento valido e legittimo – senza avere alcuna possibilità ragionevole di orientare la propria condotta ed essendo unicamente tenuto a sopportare dette conseguenze sfavorevoli per il mutato quadro interpretativo e normativo. Alla disapplicazione della proroga verrebbero ineludibilmente ricondotti effetti penali *in malam partem* a carico dei concessionari, del tutto incompatibili coi principi di tassatività e legalità<sup>(33)</sup>.

Si pone poi la questione se il sovrapporsi di interventi legislativi e giurisprudenziali tra loro contraddittori non possa fondare un affidamento del titolare della concessione ovvero a indurlo in errore scusabile per aver confidato nella

---

(31) G. TROPEA, *Concessioni balneari*, cit., 718.

(32) S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario*, cit., 262.

(33) Nello stesso senso anche A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli, 2017, 132 e ss; G. TROPEA, *op. cit.*, 718.

proroga: appare interessante sul punto l'opinione dottrinale<sup>(34)</sup> che suggerisce l'opportunità di una valutazione caso per caso per determinare se vi sia effettivamente spazio per tutelare l'affidamento del singolo operatore, esigenza del resto condivisa dal diritto eurounitario<sup>(35)</sup>.

Alla luce degli orientamenti espressi dalla Cassazione penale e nonostante le sentenze dell'Adunanza plenaria residuano così diversi dubbi interpretativi con riguardo alle possibili ripercussioni penali derivanti dalla disapplicazione della proroga automatica e alla loro compatibilità con i principi di legalità, riserva di legge e irretroattività. Le impostazioni interpretative sopra richiamate, del resto, non sembrano sempre agevolmente suscettibili di ricomprendere l'ipotesi della disapplicazione del diritto dell'Unione, né mostrano comunque un consenso unanime verso una determinata soluzione.

Ci si chiede, allora, se non sia invece opportuno analizzare la questione sotto altra più ampia prospettiva tenendo conto del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali vigente nel contesto europeo e delle più autorevoli indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte costituzionale con riguardo alla c.d. doppia pregiudizialità<sup>(36)</sup>, relativa ai rapporti tra la Corte di giustizia, la Consulta e i giudici nazionali con riguardo alle ipotesi in cui ci si trovi di fronte a controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione.

Come noto, la dottrina della doppia pregiudizialità pre-

---

<sup>(34)</sup> A. GIANNELLI, *op. cit.*, 132 e ss.; G. TROPEA, *op. cit.*, 720 e ss.

<sup>(35)</sup> Cfr. C. BENETAZZO, «Primazia» del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, in *Federalismi*, 19/2018, 21-22.

<sup>(36)</sup> Cfr. G. MARRA-M. VIOLA, *Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2019, 163; C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020S; S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, 183.



vede che i giudici nazionali, in presenza di un dubbio circa la compatibilità tra una disposizione nazionale sia rispetto alla Costituzione sia rispetto ai diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione europea e, segnatamente, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, hanno la facoltà di sollevare una questione di legittimità costituzionale in via incidentale <sup>(37)</sup>. La Consulta ha chiarito che in caso di dubbio interpretativo, il giudice non è tenuto a verificare l'efficacia diretta della norma del diritto dell'Unione ma deve valutare la rimessione della questione alla Corte costituzionale sulla base di un approccio assiologico-sostanziale <sup>(38)</sup>, che tende ad estendere l'oggetto della verifica della Consulta nell'ottica di ridurre le ipotesi di cortocircuito nella tutela multilivello dei diritti <sup>(39)</sup>.

Nello stesso segno si collocano del resto le successive pronunce che hanno esteso l'ambito di operatività della dottrina della doppia pregiudizialità anche al di fuori delle ipotesi connesse con la Carta di Nizza, includendo anche altri atti di diritto derivato dell'Unione europea laddove connessi con la Carta.

Orbene, la questione delle ricadute penalistiche della disapplicazione delle proroghe automatiche delle concessioni balneari per effetto delle disposizioni della Direttiva Bolken-

---

<sup>(37)</sup> S. MANACORDA, *Doppia pregiudizialità e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021, 137 ss.

<sup>(38)</sup> A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati* 2017, n. 3, 239.

<sup>(39)</sup> Nello stesso senso cfr. E. GRISONICH, *Verso una tutela integrata dei diritti fondamentali dei prevenuti: doppia pregiudizialità, Carta di Nizza e direttive di Stoccolma alla luce di un rilevante approdo della Consulta in relazione all'art. 578 c.p.p.*, in *Sistema Penale*, 21 settembre 2021.

stein sembra presentare i presupposti per l'applicazione della dottrina della doppia pregiudizialità. V'è un dubbio interpretativo che coinvolge un'antinomia tra diritto nazionale e una o più disposizioni di diritto dell'Unione europea, e tale antinomia e la conseguente disapplicazione del diritto nazionale, è suscettibile di comportare conseguenze penali in *malam partem* con possibile nocimento dei principi di irretroattività, certezza e tassatività della legge penale <sup>(40)</sup> tutelati dalla Costituzione italiana ma anche dalla Carta dei diritti dell'Unione, dalla Cedue facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri <sup>(41)</sup>.

Alla luce della ricorrenza di tali elementi, appare senz'altro auspicabile un intervento sul punto della Corte costituzionale che chiarisca – eventualmente previo nuovo rinvio pregiudiziale – anche il profilo della compatibilità con il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali di una soluzione interpretativa che, dalla disapplicazione per contrasto con norme dell'Unione, è attualmente suscettibile di far discendere conseguenze penali in *malam partem* a carico dei concessionari beneficiari della proroga automatica disposta dal diritto italiano.

---

<sup>(40)</sup> Cfr. art. 25 cost.

<sup>(41)</sup> Cfr. art. 49 Carta di Nizza e P. CELLE, *op. cit.*, 517.