

Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi “lati oscuri” della disapplicazione del giudice penale (nota a Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, n. 25993)

di

Giuseppe Tropea*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto e la vicenda giudiziaria. – 3. La cornice disciplinare in materia, anche alla luce della giurisprudenza europea. – 4. Il punto di vista del giudice amministrativo e dell’amministrazione. – 5. Riflessioni critiche. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Mai forse come oggi si dibatte di “intersezioni”, non sempre fisiologiche e necessarie, fra diritto penale e diritto amministrativo. Le ragioni di questo rinnovato interesse sono molteplici.

C’è, intanto, la persistente attualità del tema tradizionale della disapplicazione del provvedimento amministrativo *in malam partem*. È noto come tale possibilità sia stata solo apparentemente smentita da una nota sentenza delle Sezioni Unite Penali¹; alla luce della successiva giurisprudenza², infatti, si è ammessa la rilevanza dell’illegittimità della concessione edilizia per l’accertamento del reato di costruzione in assenza di titolo in base all’“interesse protetto” dalla norma (tutela del territorio), e, pur ritenendosi non configurabile una disapplicazione in senso proprio, si è considerato il permesso di costruire quale elemento normativo della fattispecie penale³.

Questa tendenza giurisprudenziale, che mette in luce un “rapporto” affatto diverso con l’atto amministrativo da parte del giudice penale, e che si “giustifica”

* Professore ordinario di diritto amministrativo, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.

¹ Cass., Sez. un., n. 3/1987, sentenza *Giordano*.

² Cass., Sez. un., 12 novembre 1993, *Borgia*.

³ Cfr., ad es., Cass., Sez. III, n. 770/2010. Per un denso *excursus* critico di tale giurisprudenza v. R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1152 ss.

per la tradizionale diffidenza del primo nei confronti dell'amministrazione pubblica italiana (accentuatasi in noti periodi della storia della Repubblica, anche se mai attenuatasi, tanto meno oggi) si espone ad evidenti profili di criticità, più volte segnalati dalla dottrina più consapevole: a) violazione del principio della necessaria legalità e tipicità della fattispecie penale (art. 25 Cost.)⁴; b) violazione del principio di separazione dei poteri⁵; c) disincentivo rispetto alle politiche pubbliche di semplificazione, a causa dell'effetto di "blocco" che sorge in capo ai funzionari amministrativi, scoraggiati dall'eccessiva ingerenza del giudice penale⁶.

Ancora, in materie emblematiche come l'ambiente si riscontra un certo iperattivismo delle procure e si arriva a parlare di giudice penale come "regolatore", che disciplina la gestione della condotta delle imprese e dell'evento inquinante, dettando le condizioni della prosecuzione dell'attività economica⁷.

Più in generale, con riferimento al sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, si sono messi in luce due contraddittori atteggiamenti: da un lato quello per cui la discrezionalità amministrativa è vista come una sfera di attribuzioni perfettamente divisa dall'area di competenza del giudice penale, dall'altro quello per cui alla separazione delle sfere di attribuzione si sostituisce l'esigenza che la scelta discrezionale sia "libera da impropri condizionamenti", passando in secondo piano la garanzia dell'azione amministrativa rispetto alla garanzia del suo corretto svolgimento⁸. Anche qui si fa l'esempio emblematico della giurisprudenza sul bene giuridico tutelato nei reati in

⁴ R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, cit., 1159-1160; F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Amministrare*, n. 1/2015 (supplemento), 261-269.

⁵ F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 185.

⁶ A. POLICE, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in *www.apertacontrada.it*.

⁷ Cfr. G.D. COMPORI, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 128 ss.

⁸ Cfr. B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 76 ss.

materia edilizia e ambientale, anche se non possono non menzionarsi pure le controverse fattispecie dell'abuso d'ufficio e della cd. corruzione propria⁹.

In modo eguale e contrario, la giurisprudenza amministrativa e quella costituzionale stanno da tempo ridisegnando in senso garantistico lo statuto delle sanzioni amministrative, sulla scorta della notissima costruzione della Corte Edu, risalente alla sentenza Engel del 1976, in tema di sanzioni "sostanzialmente penali".

Pertanto, non è oggi dato dubitare che tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane (da quelle, più rilevanti, delle Autorità amministrative indipendenti, a quelle minori per illeciti stradali) siano penali ai sensi Cedu, così reclamando pienezza di garanzie a favore del cittadino. Ebbene, in estrema sintesi, la realizzazione del diritto al giusto processo penale di cui all'art. 6 Cedu è affidata, in materia sanzionatoria amministrativa, nonché in relazione a quei provvedimenti amministrativi, che, in quanto incidono su diritti civili, rientrano nella materia civile, al concetto di *full jurisdiction*¹⁰.

Per quanto qui maggiormente interessa, si sottolinea come la Consulta, seguendo questa linea, ha ultimamente esteso anche al settore amministrativo l'applicazione del principio di retroattività della *lex mitior*¹¹ nonché del principio di proporzionalità¹².

La presente nota, invece, guarda al tema della disapplicazione da una prospettiva forse meno arata e parzialmente diversa, ma non meno "insidiosa".

Con riguardo alla questione esaminata dalla Cassazione penale, infatti, si pone un delicato problema di intersezione col diritto europeo, sul piano della possibile disapplicazione non già dell'atto amministrativo ma della norma interna in potenziale contrasto col diritto europeo.

⁹ C. CUDIA, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 683 ss.

¹⁰ Si v., per tutti, F. GOISIS, *Il canone della Full jurisdiction, tra proteiformità e disconoscimento della discrezionalità tecnica come merito. Riflessioni critiche sull'art. 7, co. 1, d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, in *Persona e amministrazione*, 2018, 199 ss.

¹¹ Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63. Cfr. in dottrina E. BINDI, A. PISANESCHI, *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2019; M. BALDARI, *Un nuovo statuto costituzionale e convenzionale delle sanzioni amministrative?*, in pubblicazione in *www.giustamm.it*.

¹² Corte Costituzionale, 10 maggio 2019, n. 112.

Si badi, anche in queste fattispecie potrebbero darsi ipotesi di disapplicazione *in bonam partem*. Si pensi a ciò che potrebbe accadere in tema di limiti quantitativi al subappalto dopo la recente sentenza CGUE C63/2019 secondo la quale il limite nazionale del 30% contravviene agli obiettivi di unificazione del mercato europeo delle commesse cui si abbina la salvaguardia delle tradizionali libertà di circolazione¹³. *Quid iuris*, ad esempio, con riguardo all'integrazione del reato di subappalto illecito, trasformato dal cd. "Decreto sicurezza" (d.l. n. 113/2018) da contravvenzione in delitto?

Ma ciò che qui interessa è la fattispecie, evidentemente più pericolosa per i principi fondanti dello Stato di diritto, della disapplicazione normativa *in malam partem*.

La Cassazione, nel considerare integrata l'ipotesi di reato di cui all'art. 1161 cod. nav., si conforma invero a una giurisprudenza già piuttosto consolidata in tema di rapporto fra concessioni balneari e direttiva *Bolkestein*, ma non per questo la questione non merita una segnalazione allarmata, anzi, a maggior ragione ad avviso di chi scrive si impone una attenta e non rassegnata riflessione intorno ai cruciali valori in gioco.

2. Il fatto e la vicenda giudiziaria

Il Tribunale di Genova, in sede di appello proposto dal Procuratore della Repubblica avverso l'ordinanza del GIP che aveva respinto la richiesta di sequestro preventivo di un'area demaniale in relazione al reato di cui all'art. 1161 cod. nav., ritiene che non possa disapplicarsi la normativa nazionale che ha disposto il rinnovo delle concessioni demaniali, per contrasto con la direttiva *Bolkestein*, vertendosi in ipotesi di non consentita applicazione *in malam partem*.

La Cassazione, nella sentenza che si annota, è di contrario avviso: conformemente ad altra giurisprudenza che è andata sedimentandosi nel corso degli ultimi anni¹⁴, ritiene che, ai fini della integrazione della fattispecie di

¹³ Cfr. A. GIUSTI, *Il subappalto nei contratti pubblici fra certezze europee e incertezze nazionali*, in pubblicazione in *Giur. it.*

¹⁴ Cfr. Sez. III, n. 7267 del 09 gennaio 2014; Sez. III, n. 21281 del 16 marzo 2018.

occupazione del demanio marittimo, siano soggette a disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117 Cost., comma 1, per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza.

Aggiungono i giudici che le disposizioni di proroga *ex lege* n. 194/2009 si riferirebbero solo alle concessioni sorte dopo la legge n. 88/2001, e comunque valide a prescindere dalla proroga automatica di cui al d.l. n. 400/93. Nel caso di specie la concessione risulta rilasciata nel 1998, e, senza espressa proroga, risulta scaduta nell'anno 2009.

La proroga legale fino al 2020, di cui alla legge n. 221/2012, non opererebbe automaticamente, presupponendo al contrario un'espressa richiesta e conseguente verifica da parte dell'amministrazione.

Secondo i giudici di Piazza Cavour non si tratterebbe di applicazione in *malam partem* della normativa europea, né sarebbe ipotizzabile alcuna violazione del principio di legalità né di tassatività della fattispecie incriminatrice.

Sicché, in conclusione, ai fini dell'integrazione del reato previsto dall'art. 1161 cod. nav., la proroga legale dei termini di durata delle concessioni demaniali marittime, prevista dall'art. 1, comma 18, D.L. 30 dicembre 2009, n. 194 (conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25), presupporrebbe la titolarità di una concessione demaniale valida ed efficace. Inoltre, ai fini della integrazione della fattispecie di occupazione del demanio marittimo, sarebbero soggette a disapplicazione le disposizioni normative che prevedono proroghe automatiche di concessioni demaniali marittime, in quanto violano l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza.

3. La cornice disciplinare in materia, anche alla luce della giurisprudenza europea

Per meglio comprendere il contenuto di tale sentenza è opportuno fare un piccolo passo indietro¹⁵: le concessioni di beni sono estranee all'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici e delle direttive europee in tema di appalti e concessioni (di servizi e/o lavori).

Cionondimeno l'UE¹⁶ ammonisce sulla necessità di applicare a tutti i contratti che implicino l'assegnazione di risorse pubbliche i principi dei Trattati: non discriminazione e libertà di circolazione dei servizi (in ipotesi pregiudicata da regimi statali "a macchia di leopardo"). Inoltre la direttiva *Bolkestein*, in tema di liberalizzazione di servizi, impone che l'accesso ad attività limitate sia regolato da procedure di selezione comparativa tra gli aspiranti esercenti. Si pone sul punto il problema di fondo: se la direttiva riguardi anche le ipotesi in cui il contingentamento non derivi da un regime di diritto amministrativo ad "accesso chiuso", bensì dalla scarsità in senso meramente empirico della risorsa necessaria quale presupposto materiale per lo svolgimento dell'attività in questione (coste).

Come è noto le principali frizioni col diritto dell'UE sono nate dal cd. diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav., che garantiva al gestore uscente un sostanziale diritto di prelazione rispetto alla futura assegnazione del bene.

Nasce da qui un ben noto "braccio di ferro" tra Italia e UE. Vi è stata una procedura di infrazione n. 2008/4908 "contro" l'art. 37 cod. nav.¹⁷, cui ha fatto seguito l'inerzia del legislatore italiano. La Commissione, con nota del 4 agosto 2009, indirizzata al Dipartimento delle politiche comunitarie, ha invitato l'Italia a

¹⁵ Sul punto si rinvia, anche per approfondimenti, alla ricognizione critica di 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, *passim*.

¹⁶ Cfr. in particolare la Comunicazione della Commissione sui contratti esclusi del 3 marzo 2010.

¹⁷ Ad oggi, dopo un lungo e travagliato "conflitto" tra ordinamento interno e fonti UE, il diritto di insistenza è stato espunto dalla disciplina nazionale. La versione vigente del già citato art. 37 si limita pertanto a stabilire che, nel caso di più domande di concessione, sia preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell'ambiente costiero per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico- ricreative viene data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili.

rendere note le tempistiche sull'adozione degli atti necessari ad uniformare l'ordinamento nazionale a quello comunitario.

L'Italia ha "reagito" abrogando, con d.l. n. 194/2009, la norma sul diritto di insistenza ma, nel contempo, adottando una strategia sostanzialmente dilatoria. Da un lato si è avuta, proprio a partire dal predetto d.l. del 2009, una catena di proroghe *ex lege* (sia leggi statali che regionali) del termine di scadenza delle concessioni in essere, fino al 2020 (per tutte le concessioni marittime, non solo per quelle ad uso balneare). La Corte costituzionale si è manifesta contraria a tale tendenza¹⁸, come ricordano gli stessi giudici penali nella sentenza qui annotata.

Per le sole concessioni marittime ad uso balneare, si è avuta l'introduzione del regime di rinnovo automatico, in quanto tale ancor più "tutelante" (rispetto alla proroga *ex lege* "a data certa") per gli interessi dei gestori. Sennonché il Tar Lombardia¹⁹ ha rinviato alla Corte di giustizia.

Con la sentenza *Promoimpresa* del 14 luglio 2016 la Corte di Giustizia risponde alle richieste del giudice amministrativo italiano, ritenendo che il rinnovo, e l'omissione della gara che esso comporta, rappresenti un elemento di criticità rispetto al principio di concorrenza.

La sentenza della Corte di Lussemburgo ha ingenerato svariati dubbi e interessanti precisazioni.

Si è osservato, ad esempio, che la Corte critica il rinnovo della concessione in sé, non il fatto che sia stato disposto con norma generale e astratta, così incidendo direttamente sullo spettro della discrezionalità di cui è titolare l'ente gestore del bene. Ci si è chiesti, a tal proposito, se sia condivisibile che in materia di concessioni di beni (a differenza di quanto risulta possibile per gli appalti) non si possa rinnovare l'affidamento sulla scorta di un congruo bilanciamento di interessi pubblici confliggenti (es: concorrenza *vs.* continuità nella valorizzazione del bene). Infine, si è osservato che la sentenza si fonda sull'idea per cui alle concessioni balneari si applichi la direttiva *Bolkestein*. Quest'ultima, invero, riguarda l'esercizio

¹⁸ Corte cost., n. 180/2010; Corte cost., n. 213/2011.

¹⁹ Ord. n. 959/2017.

di servizi contingentati, e impone che l'accesso agli stessi debba essere consentito all'esito di procedure comparative. Nel nostro caso però le attività balneari tecnicamente sono già liberalizzate: non c'è alcun tetto massimo di autorizzazioni rilasciabili. C'è, semmai, uno (pseudo)contingentamento dettato da ragioni empiriche di scarsità del bene-costa. Questo basta a far scattare l'operatività della direttiva? La Corte di Giustizia risponde affermativamente, e non fa distinzioni sui presupposti (giuridici o empirici) del contingentamento, ma proprio tale accostamento desta perplessità.

Non è questa la sede per approfondire queste ultime, anche se già in base ad esse la disinvoltura del giudice penale dovrebbe essere guardata con un certo scetticismo.

Qui può essere utile, piuttosto, notare un altro aspetto essenziale della sentenza *Promoimpresa*, sottovalutato dalla Cassazione penale. Quest'ultima, sulla scia di precedente giurisprudenza sempre della Cassazione, da un lato sembra propendere per la non immediata applicabilità della direttiva *Bolkestein*; dall'altro, tuttavia, disapplica la norma sulla proroga senza operare nessuna valutazione, caso per caso, sull'applicabilità dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein*, in contrasto con quanto sostenuto nella prima parte della stessa sentenza e nella sentenza della Corte di Giustizia e, peraltro, richiamandosi ad alcuni precedenti della Corte costituzionale²⁰, che appaiono del tutto inconferenti²¹.

Può essere utile, a questo punto, per circostanziare ancor più le interpretazioni della disciplina in esame, nelle sue interrelazioni col formante europeo, rivolgersi all'esegesi del giudice amministrativo, che "dialoga" anche con *Promoimpresa* del 2016. Si vedrà, anche per questa via, che essa non collima del tutto col punto di vista della Cassazione penale.

²⁰ Sent. n. 227/2010; n. 213/2011.

²¹ C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, in *www.federalismi.it*, n. 19/2018, 21-22.

4. Il punto di vista del giudice amministrativo e dell'amministrazione

Osserva il Consiglio di Stato²² che già prima della sentenza *Promoimpresa* la giurisprudenza aveva aderito all'interpretazione dell'art. 37 cod. nav. che privilegia l'esperimento della selezione pubblica nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, derivante dall'esigenza di applicare le norme conformemente ai principi europei in materia di libera circolazione dei servizi, di *par condicio*, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva 2016/123/UE, essendo "pacifico" che tali principi si applicano anche a materie diverse dagli appalti, in quanto riconducibili ad attività suscettibile di apprezzamento in termini economici.

Come detto, così pacifico ciò non era e non è.

Aggiungono i giudici di Palazzo Spada, dopo un ampio *excurus* sulla illegittimità di una normativa sulle proroghe *ex lege* della scadenza di concessioni demaniali, perché equivalenti a un rinnovo automatico di per sé ostativo a una procedura selettiva, che la Corte UE ha nel contempo precisato che una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovvero se questi abbia ottenuto una determinata concessione in un periodo in cui «non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza».

Inoltre, il rinnovo automatico della concessione demaniale marittima, provocato dalle norme di legge succedutesi nel tempo e precedentemente ricordate, non integra un provvedimento amministrativo a formazione tacita né abilita l'ente ad adottare un provvedimento amministrativo a portata costitutiva.

Da qui la conclusione secondo cui l'obbligo di disapplicazione interna di una proroga in capo al giudice, ed alla p.a. (anche per evitare forme di responsabilità) riguarda i casi in cui la proroga non vi sia stata. Ove essa vi sia, invece, il giudice amministrativo applica la categoria dell'annullabilità e non quella della nullità.

Altro profilo interessante è quello relativo alla rilevanza della legge n. 88/2001. È vero che un certo orientamento del Consiglio di Stato – cui mostra di aderire la

²² Si v., ad es., Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

sentenza della Cassazione annotata – ha ridotto di molto l’area di incidenza di questa norma, sostenendo che essa poteva essere applicata solo per le concessioni rilasciate *ex novo*, successivamente all’entrata in vigore della medesima legge, ma è anche vero che vi sono pronunce, anche recenti, ove non ci si pone il problema della compatibilità del regime di proroga con il diritto U.E., affermandosi che si tratta di un regime derogatorio delle regole comunitarie sulla concorrenza e, quindi, da ritenersi di stretta interpretazione²³.

Per concludere sul punto, la giurisprudenza amministrativa ci dimostra che: a) la certezza dei rapporti giuridici e la tutela del principio di affidamento del cittadino e delle imprese ha un persistente rilievo nella materia; b) da ciò discende, anche alla luce di quanto affermato in *Promoimpresa*, la necessità di distinguere caso per caso le vicende, anche al fine di verificare la sussistenza di un effettivo “interesse transfrontaliero” e della effettiva scarsità delle risorse naturali; c) bisogna inoltre distinguere fra proroga espressa e proroga automatica quanto a conseguenze, anche penali, del caso.

La giurisprudenza penale, invece, nel ritenere applicabile la proroga di cui al d.l. n. 113/2016 ai soli rapporti sorti dopo l’entrata in vigore della legge n. 88/2001, finisce per sottovalutare le distinzioni casistiche invocate dal giudice amministrativo, alla luce della stessa giurisprudenza europea.

Ulteriore problema è rappresentato dal fatto che le amministrazioni, specie regionali, nella profonda incertezza che regna in materia, tendono ad uniformarsi più alla giurisprudenza penale (in genere la sola ad essere espressamente richiamata) che a quella amministrativa. In alcune recenti circolari²⁴ è dato leggere, infatti, l’invito ai Comuni costieri, in assenza di indicazioni sul punto da parte del MIT in merito all’applicabilità della proroga delle concessioni demaniali marittime stabilite dalla legge n. 145/2018 (legge di Stabilità 2019), a disapplicare la stessa, limitatamente alla proroga automatica di quindici anni ivi contenuta, in quanto in

²³ Su tale giurisprudenza v. C. BENETAZZO, “Primazia” del diritto U.E. e proroghe *ex lege* delle concessioni balneari, cit., 26.

²⁴ Si v. Regione Calabria, Dipartimento n. 14, Urbanistica e Beni Culturali, n. 365002 del 22 ottobre 2019.

violazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE nonché degli artt. 49, 56 e 106 del TFUE.

Il fenomeno probabilmente si inserisce all'interno di una tendenza di più lungo periodo, anch'essa legata a intersezioni non sempre fisiologiche fra diritto penale e diritto amministrativo, da alcuni ribattezzata "amministrazione difensiva"²⁵. Fatto sta che tale esegesi, in sé discutibile a monte, rischia di determinare interpretazioni opinabili da parte delle amministrazioni, con potenziale *vulnus* per alcuni principi essenziali sia della materia che più in generale dell'ordinamento tutto. Dei quali a questo punto è opportuno discorrere più distesamente.

5. Riflessioni critiche

Sulla base di quanto sinora osservato sembra opportuno distinguere i casi in cui una proroga espressa da parte dell'amministrazione vi sia dagli altri. È nel novero dei secondi, evidentemente, che rientra la vicenda esaminata dalla Cassazione penale.

Quanto ai primi la questione si snoda lungo la linea del rapporto, più consueto anche se non meno problematico, amministrazione-giudice.

A considerare la giurisprudenza sopra richiamata in tema di disapplicazione *in malam partem*, il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. sarebbe forse configurabile, sebbene attraverso la più aggiornata, ma non meno perplessa, teoria dell'"interesse protetto" dalla norma. D'altra parte, ferme restando appunto le forti critiche che possono essere rivolte alla teoria della disapplicazione del provvedimento da parte del giudice penale, in questo caso l'interesse protetto non sarebbe quello tradizionale relativo al territorio, o quello più recente riguardante all'ambiente *tout court*, ma quello relativo alla concorrenza.

A ben vedere, però, e al netto delle perplessità teoriche, la tesi della giurisprudenza amministrativa che parla di annullabilità e non di nullità della proroga illegittima, e le stesse argomentazioni della Cassazione penale, che

²⁵ Cfr. S. BATTINI, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e "burocrazia difensiva"*, in *www.ildirittodelleconomia.it*, n. 3/2018, 625 ss.

sembrano differenziare i casi in cui la proroga sia stata rilasciata da quelli di proroga automatica, inducono a ritenere che non si possa disapplicare l'atto *in malam partem* né considerare prevalente l'interesse europeo alla concorrenza.

Più delicato il caso di proroga tacita, che si muove invece sui binari legge-giudice.

Abbiamo già detto quali sono le argomentazioni della Cassazione addotte a sostegno della configurabilità del reato di cui all'art. 1161 cod. nav.

Quasi a voler fronteggiare potenziali obiezioni sul punto, la Cassazione, in un passaggio argomentativo finale invero piuttosto assertivo, ritiene che non si tratterebbe di applicazione in *malam partem* della normativa europea, né sarebbe ipotizzabile alcuna violazione del principio di legalità (non si introduce una fattispecie non prevista) né di tassatività della fattispecie incriminatrice (essendo la norma competente nei suoi aspetti essenziali).

Già in passato si è avuto modo di osservare²⁶, con riferimento ad un simile pronunciamento del 2013²⁷, che, a fronte di una situazione di affidamento del privato relativo a un periodo temporale contrassegnato dalla vigenza di una norma di diritto interno che sanciva il regime del rinnovo automatico del titolo concessorio, affidamento sulla base del quale il concessionario – alla scadenza del titolo – non aveva rimosso le opere dello stabilimento balneare, l'imputato è stato considerato colpevole in ragione del fatto che avrebbe dovuto sapere che la norma sul rinnovo automatico, benché formalmente non espunta dall'ordinamento nazionale, fosse contrastante coi maturati orientamenti della Corte costituzionale. Ciò presupporrebbe non solo la conoscenza delle norme extra penali italiane ed europee, ma anche dei meccanismi di superamento del contrasto tra disciplina nazionale e diritto sovranazionale. Peraltro, non convince neanche il richiamo all'istituto della disapplicazione, in quanto a dover disapplicare le norme antieuropee sono i giudici e la pubblica amministrazione, vista la loro peculiare posizione istituzionale, non già il privato, anche perché seguendo tale paradossale

²⁶ 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*, cit., 130.

²⁷ Si trattava, in particolare, di Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 2013, n. 33170.

prospettiva l'esercizio di tale potere potrebbe facilmente essere invocato per sottrarsi a norme di legge che impongono oneri o divieti. Dunque si è evidenziato il *vulnus* profondo inferto ai principi di certezza del diritto e ai principi che subordinano la configurabilità del reato alla sussistenza delle condizioni soggettive di dolo o colpa.

Ma, soprattutto, al fondo si pone un delicatissimo problema di rapporto fra principio di concorrenza da un lato e principio del *nullum crimen sine lege* dall'altro. Insomma: una vistosa invasione da parte del giudice penale – una volta di più (!) – della sfera legislativa, specie se la direttiva del *Bolkestein* del 2006 venga ritenuta, come appare più corretto e come confermato *per tabulas* dal d.lgs. n. 59/2010, non auto-applicativa, dovendosi per ciò sostenere che, nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, gli obblighi per il privato non derivino dalla direttiva, bensì dalla disciplina interna conforme alla direttiva e, successivamente, modificata²⁸.

Ma soprattutto, vale la pena oggi, alla luce delle novità presenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, valorizzare quell'intuizione secondo cui ad essere disconosciuto, nei casi di specie, è il fondamentale principio della irretroattività della norma penale, che non può essere disatteso allorquando questa contempra, tra i propri elementi costitutivi, la violazione di una norma extra-penale, come nel caso della occupazione abusiva per assenza di valida concessione²⁹.

Appare il caso di precisare infatti come l'art. 2 c.p., contenente la disciplina in materia di successione di leggi penali, si applichi non solo allorquando le modifiche legislative attengano direttamente la fattispecie penale ma altresì, e in presenza di determinate circostanze, quando mutino le norme giuridiche o extragiuridiche cui la norma penale faccia esplicitamente o implicitamente riferimento. Stanti le rilevanti conseguenze in termini di regime giuridico, risulta pertanto di preliminare

²⁸ C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, cit., 14.

²⁹ 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, cit., 132.

importanza individuare i casi in cui la cd. successione mediata rientri nel campo applicativo della norma *de qua*³⁰.

Sul punto, si registrano in dottrina almeno tre differenti posizioni.

Secondo un primo orientamento, la soluzione del problema dovrebbe essere individuata alla luce della natura integratrice o meno della norma richiamata. Ne consegue allora che l'art. 2 c.p. si applicherebbe solo nei casi in cui la norma extrapenale dovesse integrare il precetto penale, vale a dire quando concorra a costruire l'area incriminatrice. In tal caso, l'eventuale modifica *in pejus* della norma richiamata non potrebbe essere applicata retroattivamente in ossequio al principio di irretroattività della legge; allo stesso modo, le modifiche *in mitius* opererebbero in maniera retroattiva, salvo il limite del giudicato.³¹

Per una differente impostazione, in evenienze di tal fatta risulterebbe piuttosto opportuno valutare l'incidenza della norma extrapenale sul disvalore del fatto. Si tratta di un approccio di tipo casistico finalizzato ad accertare la cd. *immutatio legis* pur a fronte della modifica della norma richiamata; diversamente, il mutamento della norma extra penale sarebbe trattato alla stregua di modifica diretta (inapplicabile retroattivamente *in pejus*; applicabile retroattivamente *in mitius*).³²

Da ultimo, alcuni autori propugnano una applicazione generalizzata dell'art. 2 c.p. il quale sarebbe dunque estendibile ad ogni mutamento che interessa le norme richiamate, senza che venga effettuato alcun distinguo.³³ In ossequio a tale orientamento dunque, le modifiche *in pejus* inerenti le norme extrapenali non potrebbero mai applicarsi retroattivamente; al contrario, le modifiche in senso favorevole opererebbero anche in relazione ai fatti pregressi, con il solo limite del giudicato.

³⁰ Per una disamina più approfondita della questione, si rinvia a D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008; ID, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2011, 430; B.G. PUGLISI, *Modificazioni mediate della fattispecie e diritto penale intertemporale: ragioni teleologiche ed ermeneutiche pro libertate*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 789 e ss.

³¹ Cfr. sul punto G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, Milano, 2001, 273.

³² Si veda in tal senso F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 86-87.

³³ Tra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2001, 96.

Ebbene, nella vicenda analizzata la Cassazione non si sofferma affatto su tale problematica e, senza rendere edotte le ragioni del proprio convincimento, esclude di fatto l'applicazione dell'art. 2, co. 4 c.p. e dunque la retroattività della norma favorevole in materia di proroga di concessioni.

Si potrebbe obiettare che il principio della retroattività della *lex mitior*, a differenza di quello di irretroattività della norma penale incriminatrice, non ha acquisito rilevanza costituzionale³⁴.

Come è noto, la giurisprudenza costituzionale ha compiuto ulteriori passi avanti, esaminando in particolare il tema dello "statuto" di garanzie delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali. Sicché è giunta ad assegnare al principio della retroattività della *lex mitior* in materia penale un duplice, e concorrente, fondamento. L'uno – di matrice più tradizionalmente domestica, e, come detto, più restrittiva – riconducibile allo spettro di tutela del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. L'altro – di origine internazionale, ma avente ora ingresso nel nostro ordinamento attraverso l'art. 117, primo comma, Cost. – riconducibile all'art. 7 CEDU, nella lettura offertane dalla giurisprudenza di Strasburgo³⁵, nonché alle altre norme del diritto internazionale dei diritti umani vincolanti per l'Italia che enunciano il medesimo principio, tra cui gli stessi artt. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e 49, paragrafo 1, CDFUE, quest'ultimo rilevante nel nostro ordinamento anche ai sensi dell'art. 11 Cost.

Questo non vuol dire che non vi possano essere delle deroghe assolutamente eccezionali, da ritenersi però ammissibili solo ove superino un vaglio di ragionevolezza, da valutare non in termini negativi di "non manifesta irragionevolezza" ma piuttosto in positivo come necessità di tutelare interessi di rango costituzionale prevalenti. Che nel caso in esame, ad avviso di chi scrive, certamente non sussistono, anche perché, come detto, la Cassazione non effettua in alcun modo i distinguo richiesti dalla giurisprudenza europea a tutela del principio

³⁴ C. BENETAZZO, "Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari, cit., 16, richiama la nota sentenza della Corte cost., n. 80/1995.

³⁵ Oltre alla sentenza Scoppola, Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia; sentenza 24 gennaio 2012, Mihai Toma contro Romania; sentenza 12 gennaio 2016, Gouarré Patte contro Andorra; sentenza 12 luglio 2016, Ruban contro Ucraina.

di affidamento del cittadino e delle imprese (sussistenza di un effettivo “interesse transfrontaliero” e della effettiva scarsità delle risorse naturali), e si limita ad operare la disapplicazione della norma extra-penale interna, la cui retroattività favorevole avrebbe invece dovuto scriminare la situazione incolpevole del concessionario.

6. Conclusioni

Il passaggio argomentativo da ultimo riportato ci riconduce al punto di partenza.

È in atto nel nostro ordinamento, oggi forse più di ieri, una tangibile tensione tra giudice penale ed attività dell'amministrazione, specie se discrezionale.

Le sue manifestazioni sono state già indicate, anche se in estrema sintesi, e toccano soprattutto i classici valori della tutela del territorio e dell'ambiente, comportando talora delicatissimi bilanciamenti con altri principi costituzionali, su tutti il diritto al lavoro, e difficili mediazioni con altri poteri dello Stato, dal legislatore alla Corte costituzionale. Il caso Ilva è un esempio sin troppo noto³⁶. Si assiste sempre di più, in generale, ad un discutibile fenomeno per cui alla separazione delle sfere di attribuzione si sostituisce l'esigenza che la scelta discrezionale sia “libera da impropri condizionamenti”, passando in secondo piano la garanzia dell'azione amministrativa rispetto alla garanzia del suo corretto svolgimento³⁷.

La vicenda qui in esame, peraltro non isolata ma in linea con una giurisprudenza che da oltre un lustro sembra ormai assestarsi più o meno acriticamente sulla linea rigorista, segna un ulteriore “passo in avanti” e induce profonde perplessità.

Qui il giudice penale finisce per disapplicare una norma extra-penale interna, la cui retroattività favorevole avrebbe dovuto scriminare la situazione del

³⁶ Si v. A. GIURICKOVIC DATO, *Il bilanciamento tra principi costituzionali e la nuova dialettica tra interessi alla luce della riforma Madia. Riflessioni in margine al 'caso Ilva'*, in *www.federalismi.it*, n. 12/2019.

³⁷ B. TONOLETTI, *La pubblica amministrazione sperduta nel labirinto della giustizia penale*, cit., 79.

concessionario. O meglio: sottintende che sarebbe dovuto essere il privato concessionario a farlo, smobilitando le opere frutto della pregressa concessione balneare.

Nel contempo talune amministrazioni regionali, difensivamente, adottano circolari in cui si richiama esclusivamente la posizione del giudice penale come regola di condotta, e non quella più moderata – e condivisibile – del giudice amministrativo, invitando i Comuni a disapplicare la recente proroga disposta dalla legge di Stabilità 2019.

Dalla giurisprudenza della Corte Edu, e “per li rami” amministrativa e costituzionale, ci vengono invece incoraggianti segnali di segno opposto, che hanno portato negli ultimi anni ad un profondo mutamento in senso garantistico dello statuto delle sanzioni amministrative (e non solo)³⁸, alla luce dei fondamentali parametri di cui agli artt. 6 e 13 Cedu.

Riteniamo che la presente vicenda si collochi al crocevia tra questi due fenomeni, e che sul punto si imponga una rivisitazione degli assunti del giudice penale, in quanto le argomentazioni fatte proprie dalla Cassazione sono soggette a critica sotto svariati aspetti, come si è tentato di evidenziare.

Si può concludere con una lunga citazione, che vogliamo fare nostra. Essa in realtà si riferisce ai rapporti giudice penale-amministrazione, ma *a fortiori* può essere estesa alla vicende qui descritte, ove entra in gioco, rendendo ancor più delicato il tutto, anche il legislatore: « È qui che si inserisce il problema urgente dei limiti a garanzia di un rinnovato equilibrio tra i poteri dello Stato, non

³⁸ Si v. la recentissima sentenza della Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, ha dichiarato incostituzionale l'applicazione retroattiva della legge “spazzacorrotti”, che ha esteso ai reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni previste dall'articolo 4 *bis* dell'Ordinamento penitenziario rispetto alla concessione dei benefici e delle misure alternative alla detenzione. In particolare, è stata denunciata la mancanza di una disciplina transitoria che impedisca l'applicazione delle nuove norme ai condannati per un reato commesso prima dell'entrata in vigore della legge n. 3/2019. La Corte ha dichiarato che questa interpretazione è costituzionalmente illegittima con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna. Secondo la Corte, infatti, l'applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale, rispetto a quella prevista al momento del reato, è incompatibile con il principio di legalità delle pene, sancito dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione.

rappresentando le varie forme di supplenza, volta per volta evocate per legittimare sconfinamenti dovuti ad asserite debolezze altrui, altro se non chiavi sociologiche di lettura e/o di giustificazione di patologie in atto. La teorica dei vasi comunicanti, ormai praticata con successo e con varie modalità all'interno delle singole funzioni per assicurare che la pluralità delle relative manifestazioni rappresenti, non già un ostacolo, ma un fattore di arricchimento delle forme di tutela degli interessi giuridicamente rilevanti, non è applicabile nei rapporti tra funzioni ontologicamente e funzionalmente diverse, ciascuna rispondente a proprie logiche legittimanti e di responsabilità, come sono l'amministrazione e la giurisdizione. Tali funzioni devono operare osservando la logica del rispetto reciproco, nella consapevolezza che termine finale di riferimento della loro azione è pur sempre il cittadino che deve poter fare affidamento sulla possibilità di difendere o conseguire determinati beni della vita»³⁹.

³⁹ G.D. COMPORTI, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, cit., 188.