



IL TRIBUNALE DI GENOVA
SEZIONE PER IL RIESAME

riunitosi in camera di consiglio in data 2 novembre 2018 nelle persone dei Magistrati:

dott. Marina ORSINI	- Presidente
dott. Massimo CUSATTI	- Giudice est.
dott. Cristina DAGNINO	- Giudice

ha pronunciato la seguente

o r d i n a n z a

provvedendo sull'appello proposto dal Procuratore della Repubblica presso questo Tribunale avverso l'ordinanza con cui il g.i.p. in sede ne ha respinto, il 2.10.18, la richiesta di disporre in danno di Claudio GALLI il sequestro preventivo di un'area demaniale nella sua disponibilità in relazione all'accusa di cui all'art. 1161 cod. nav.



Il Tribunale

letti gli atti trasmessi dall'Autorità procedente,
sentito il difensore comparso all'odierna udienza camerale,

o s s e r v a

quanto segue.

La complessità della vicenda sottesa al procedimento ne impone una pur sintetica ricostruzione nei suoi compiuti termini fattuali.

Il 23 maggio 2018 personale della Guardia Costiera di Genova, a seguito della segnalazione di lavori di demolizione di un muro divisorio tra due contigue porzioni di arenile in località Sturla, effettuava un accesso presso lo stabilimento balneare gestito da GALLI denominato "Bagni Liggia" e constatava l'esecuzione in atto della suddetta attività di natura edilizia. Alla richiesta di esibire un titolo che legittimasse quei lavori ai fini demaniali, paesaggistici ed edilizi, GALLI rispondeva di non disporre e mostrava agli operatori di p.g. la comunicazione inviata via e-mail da un funzionario del Comune di Genova.

Ne nasceva una diaatriba tra lo stesso GALLI e gli ufficiali di p.g. intervenuti

nell'occasione, poi sfociata anche in un esposto riguardo alle modalità operative di questi ultimi che qui non rileva, al pari delle successive vicende relative al sequestro a fini probatori del muro divisorio in questione (di cui GALLI lamenterà l'omessa convalida da parte del P.M.), alla successiva violazione dei sigilli con il definitivo abbattimento del muro (successivamente "ingabbiato" tra assi di legno e nuovamente sottoposto a sequestro nella nuova posizione - esposta all'azione dei marosi - assunta dal medesimo una volta caduto sull'arenile) e al diverso procedimento che ne è scaturito.

Ciò che preme sottolineare, ai fini della decisione dovuta in questa sede, è che in nessuno degli atti assunti nell'occasione, o anche in seguito, dalla Guardia Costiera - vuoi le comunicazioni di notizia di reato (quella originaria e quella inerente alla violazione di sigilli), vuoi il verbale di sequestro - v'è traccia della contestazione dell'occupazione arbitraria di area demaniale evocata dal P.M. nella richiesta di sequestro qui reiterata in grado di appello. La menzione dell'art. 1161 cod. nav. vi compare, con chiarezza assoluta, esclusivamente in relazione all'accusa di aver effettuato un'innovazione non autorizzata su un bene del quale, anzi, si dà per scontata la legittima occupazione ad opera di GALLI, non foss'altro perché l'occupazione arbitraria dell'intera area demaniale sarebbe risultata ontologicamente incompatibile - siccome assorbente rispetto a ogni altro "minore" profilo di illiceità penale ravvisabile nella condotta - con la contestazione di una singola innovazione non autorizzata quale, nel caso di specie, la demolizione di un muro divisorio.

Né la p.g. chiede conto a GALLI di documentare il titolo della sua legittimazione a disporre di quell'area: dal che, tenuto conto dell'alta specializzazione in materia del personale della Capitaneria di Porto - che si occupa *ex professo* di verificare costantemente la legittima utilizzazione dei beni del demanio marittimo -, può legittimamente desumersi che nessun dubbio sia mai sorto in capo a quell'Autorità di p.g. riguardo alla liceità "di fondo" della gestione dell'area demaniale in questione da parte dell'odierno indagato, trattandosi solo di verificare la liceità dello specifico intervento edilizio segnalato da terzi.

Per di più, emerge dagli atti che il Comune di Genova, nella nota in atti dell'8 giugno 2018, ha riscontrato la richiesta di chiarimenti della locale Capitaneria di Porto affermando che il precedente 18 maggio lo stesso GALLI, qualificato "titolare dei bagni Liggia (società Zeffiro s.n.c. - CDM Sturla 485)", aveva comunicato la necessità di abbattere il muro divisorio di cui sopra, a motivo della ridotta profondità di quel tratto di spiaggia, in vista del ripascimento stagionale di quella porzione di arenile. A ciò lo stesso Comune, nella persona del Tecnico del Settore Demanio Marittimo, gli aveva replicato il successivo 22 maggio convenendo sulla circostanza che il muro ricadeva nell'ambito della concessione in capo allo stabilimento Bagni Liggia e precisava che era comunque necessario acquisire il parere dell'Agenzia del Demanio, competente per gli aspetti dominicali delle concessioni: parere poi intervenuto, senza obiezioni di sorta riguardo al buon diritto di GALLI quale titolare della concessione in esame, con il nulla-osta alla demolizione del muro anticipato via e-mail dalla suddetta Agenzia, alla sola condizione dell'acquisizione di una relazione tecnica riguardo alla staticità dell'edificio a seguito dell'intervento. Con nota dell'Agenzia del Demanio in data 25 maggio 2018 era stato, infine, rilasciato il nulla-osta alla demolizione della porzione di muro individuata dalla società gestita da GALLI: tanto che tre giorni dopo il Settore Demanio Marittimo del Comune di Genova le ha rilasciato, esclusivamente ai fini demaniali marittimi, l'autorizzazione prevista dall'art. 24 reg. cod. nav. ai fini della demolizione parziale del muro così

come richiesta dal “concessionario”, ancora una volta definito tale in una nota ufficiale dell’Autorità concedente.

Il senso della premessa in fatto di cui sopra, di non immediato riflesso sulla vicenda giudiziaria in cui va calato il presente procedimento incidentale, è che fino a tutto il mese di giugno 2018 GALLI è stato sempre individuato quale concessionario dell’area in questione da tutte le svariate Pubbliche Amministrazioni che, a vario titolo, hanno avuto modo di occuparsi dell’area corrispondente ai “Bagni Liggia”: il personale della Guardia Costiera, il Settore Demanio del Comune di Genova, l’Agenzia del Demanio. Mai, insomma, fino a quel momento una qualsivoglia Autorità pubblica ha sollevato un sia pur minimo dubbio circa la liceità dell’occupazione dell’area demaniale in questione ad opera di GALLI, sempre qualificato e individuato come il titolare della concessione insistente sulla stessa.

Il 29 giugno 2018 accade, però, che il P.M. redige e gli invia un invito a comparire per rendere interrogatorio formulando nei suoi confronti, per la prima volta, l’accusa di arbitraria occupazione - a motivo della prospettata scadenza del titolo concessorio - dell’area demaniale marittima in questione. Il 4 luglio successivo l’indagato compare dinanzi all’Autorità requirente e ne apprende che la concessione demaniale marittima che si riconosce essere in possesso di GALLI è “*scaduta da vari anni*” e che le disposizioni legislative che prevedono rinnovi o estensioni delle concessioni demaniali marittime in assenza gara sono state giudicate contrastanti con norme dell’Unione Europea e dichiarate inapplicabili dalla giurisprudenza penale nonché amministrativa: al che GALLI replica di non avere altri provvedimenti che legittimino l’occupazione oltre a quelli già consegnati, dei quali si dirà in appresso; evidenzia inoltre, nell’occasione, di essere rappresentante di un’associazione di categoria per la provincia di Genova e di avere “*affrontato per vari motivi la questione*”, aggiungendo che la posizione di quell’associazione di categoria è nel senso che “*è valida la proroga della concessione fino al 31.12.2020*” e concludendo che, per quanto di sua conoscenza, “*tutti i concessionari italiani sono nella stessa situazione*”.

Occorre precisare, a questo punto, i termini giuridici della vicenda, con particolare riferimento a natura e scadenza del titolo concessorio che GALLI invoca come vigente fino al 2020 e che il P.M., pur non disconoscendone l’esistenza, reputa invece scaduto da alcuni anni per effetto dell’immediata, diretta operatività nel nostro ordinamento della cd. direttiva Bolkestein risalente all’ormai lontano 2006; per inciso, il g.i.p. ne ha già messo in luce nel provvedimento qui impugnato le ricadute rispetto al quadro normativo di riferimento, soprattutto a seguito della sentenza con cui la Corte di Giustizia europea, il 14 luglio 2016, ha dichiarato che la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali prevista dalla normativa italiana e in particolare dalla l. 25/2010 era contraria alle norme dell’Unione Europea perché in contrasto con la suddetta direttiva e con i principi del Trattato in materia di concorrenza e libertà di stabilimento: il che esime da un ulteriore disamina di tale aspetto, già abbondantemente arato anche dalla copiosa giurisprudenza di legittimità allegata dal P.M. all’originaria richiesta di sequestro ed evocata nel corso dell’odierna discussione.

Ritornando alla concessione di GALLI, il g.i.p. genovese ne data la decorrenza all’anno 1998 e la prima scadenza al 31.12.2003, per poi elencarne rinnovo e proroghe, senza soluzione di continuità, in forza - da ultimo - del D.L. 179/2012 poi convertito nella legge n. 221/2012. In realtà pare il caso di meglio evidenziare, per i riflessi esercitati dalla circostanza sul *fumus* del reato qui delineato a carico

dell'indagato, che il primo rinnovo della suddetta concessione, pur decorrente a ritroso dall'1.1.2004, è stato rilasciato dal Comune di Genova addirittura in data 11 giugno 2008, ad onta di un'istanza tempestivamente inoltrata da GALLI il 23.12.2003: ne è conseguito un consistente periodo, protrattosi per quasi cinque anni, qualificabile come una sorta di "limbo" giuridico e dovuto al grave ritardo con cui l'Autorità concedente ha risposto, peraltro positivamente, a quell'istanza di rinnovo senza nemmeno provvedere al rilascio di una concessione provvisoria che valesse a "coprire", con un congruo titolo giuridico, il rischio che a GALLI - rimasto nelle more occupante "di fatto" dell'area demaniale *de qua* - venisse contestato la condotta illecita di cui all'art. 1161 cod. nav. dall'1.1.2004 al 10.6.2008 (un reato, per inciso, ormai estinto per prescrizione).

E' il caso, si diceva, di sottolineare tale aspetto perché al momento del "rinnovo" della concessione in atti - che in realtà pare un rilascio *ex novo*, tanto è puntuale il Comune nell'evocare pedissequamente gli obblighi del concessionario: laddove, se si fosse trattato semplicemente di conferire un'ulteriore efficacia di sei anni a un provvedimento concessorio già rilasciato in favore del medesimo soggetto, sarebbe stato sufficiente richiamarli *tout court* - la nota direttiva Bolkestein del 12.12.2006 era già entrata *ipso jure* a far parte dell'ordinamento statale, per il tramite degli obblighi assunti dal nostro Paese a livello sovranazionale, da almeno un anno e mezzo, per quanto non se ne rinvenga traccia nella cospicua premessa dell'atto in cui si elencano tutti i parametri normativi di riferimento. Perché se ne tenesse il debito conto s'è resa necessaria la menzionata sentenza emessa dalla Corte di Giustizia europea quasi dieci anni dopo, essendone derivata la caducazione - *rectius*, la disapplicazione - delle norme interne con cui, nel frattempo, sono stati stabilizzati gli effetti della proroga automatica delle concessioni demaniali marittime prevista dapprima dalla l. 25/2010 (fino al 31.12.2015), poi dalla l. 221/2012 (fino al 31.12.2020) e infine, all'indomani - e, verrebbe da dire, ad onta - della stessa sentenza della Corte di Giustizia europea del luglio 2016, dalla l. 160/2016.

Orbene, contrariamente all'assunto del primo giudice - cui va riconosciuto, comunque, di avere correttamente posto l'accento sull'affidamento creato in GALLI sia dal coacervo di norme succedutesi nel tempo, sia dall'atteggiamento del tutto acquiescente serbato nei suoi confronti dall'Autorità concedente -, qui non può discutersi di errore di diritto scusabile o di cd. buona fede in fattispecie contravvenzionale; e ciò non tanto perché un siffatto atteggiamento psicologico sarebbe superato dalla contestazione del reato formulata a GALLI dal P.M. nel corso del menzionato interrogatorio ex art. 375 c.p.p. - se bastasse, invero, la mera allegazione dell'illiceità penale di una condotta da parte dell'Autorità requirente perché l'indagato sia indotto, nel dubbio, ad astenersene per il futuro, sarebbe ben arduo coniugare il procedimento penale alla luce dei principi introdotti dall'art. 111 Cost. -, quanto perché l'indagato non mostra affatto l'atteggiamento proprio di chi abbia violato una disposizione normativa perché incorso in un errore cagionato da un elemento positivo a lui estraneo, essendosi addirittura spinto a rivendicare, in occasione di quell'interrogatorio, la piena legittimità ed efficacia della propria concessione fino a tutto il 2020.

In altri termini, il punto cruciale sembra essere proprio la connotazione "arbitraria" o "abusiva", in sostanza *contra legem*, dell'occupazione dell'area demaniale in atto da parte di GALLI: un profilo che, pur inerendo precipuamente all'elemento materiale del reato di cui all'art. 1161 cod. nav., si riflette pur sempre sul relativo elemento psicologico, trattandosi del dolo specifico che sorregge la condotta e

che sembra prescindere, all'evidenza, da ogni possibile caratterizzazione della stessa in termini colposi; non si vede, per vero, come sia possibile commettere un atto qualificato dal legislatore come "arbitrario" (nel precetto) e "abusivo" (nella rubrica) serbando un atteggiamento psicologico indotto da un errore, per di più sulla normativa vigente e nemmeno sul fatto: la contravvenzione in parola sembra, dunque, dolosa per natura, apparendo una contraddizione insanabile quella tra l'"arbitrarietà" della condotta ad essa sottesa e l'eventuale colpa nella relativa consumazione. Perfino qualora il convincimento della legittimità del proprio operato si fondi su un errore dovuto a colpa, invero, la condotta dell'agente sembra essenzialmente "volontaria" perché ascrivibile all'intento di continuare scientemente a occupare *contra jus* l'area demaniale di cui abbia la disponibilità, non certo a imprudenza, negligenza o imperizia - comunque irrilevanti, a fronte dell'art. 5 c.p. - nel valutare esistenza, validità ed efficacia del proprio titolo concessorio.

Ed allora, se è così, ritiene il collegio che l'impostazione seguita dal primo giudice nel respingere la richiesta del P.M. di emettere un decreto di sequestro preventivo del compendio in questione avrebbe dovuto spingersi fino a negare, per effetto dell'errore evidenziato, la sussistenza dell'elemento soggettivo come sopra delineato nella forma del dolo specifico. L'odierno indagato, difatti, non trattiene l'area demaniale in questione nella sua disponibilità in assenza di un qualsivoglia titolo o in forza di una concessione "naturalisticamente" scaduta, cioè nonostante il pacifico decorso del suo termine di efficacia; nel caso in esame, comune a molti altri esercenti nelle medesime condizioni, è una sovrapposizione di contenuti normativi a determinare, nell'opinione del P.M. precedente, l'ormai risalente scadenza del titolo concessorio originariamente e validamente rilasciato in favore di GALLI: ma tale opinione non pare affatto condivisa dal soggetto che pure dovrebbe essere quello maggiormente interessato a una siffatta lettura del quadro normativo esistente, cioè il Comune di Genova quale Autorità concedente.

Sotto l'aspetto in esame è realmente significativo notare, per vero, che l'indagato è tuttora considerato concessionario dei "Bagni Liggia" - come si è visto - da tutti i soggetti pubblici con i quali sia venuto in contatto senza che alcuno di questi gli abbia mosso la minima contestazione in punto di validità ed efficacia del suo titolo; a seguire la tesi del P.M., GALLI - di fronte alla contestazione del reato formulata nei termini di cui sopra - avrebbe dovuto, però, procedere a un'immediata *derelictio* dei beni che l'Autorità concedente mostra di considerare ancora affidati a lui, con ciò esponendosi addirittura al rischio di incorrere in taluna delle responsabilità verso i terzi richiamate al capo 10) della concessione rilasciata in suo favore in data 11 giugno 2008: una sorta di spontaneo, immediato allineamento alla normativa europea che soltanto a lui - e non anche all'Autorità concedente - dovrebbe ritenersi imposto dal quadro legislativo venutosi a stratificare con notevole difficoltà.

E' arduo, insomma, affermare - sia pure *prima facie* - che GALLI continui a occupare la porzione di arenile in questione esercitando un arrogante atto di forza nei confronti di un Comune che appare, per contro, del tutto acquiescente, piuttosto che nella legittima convinzione di avvalersi di norme di legge che sono state, sì, dichiarate incompatibili con la normativa europea, ma che nessun giudice civile o amministrativo ha disapplicato a seguito di una richiesta, il cui esperimento spetta pur sempre al Comune di Genova - a tutela dell'interesse della collettività a fruire delle aree demaniali "libere" da vincoli di sorta -, di dichiararlo decaduto dal titolo concessorio che il medesimo ancora propugna con forza.

Nondimeno, va dato atto al P.M. che la questione del *fumus delicti* non può

essere risolta sul piano dell'elemento psicologico, come ha fatto il giudice di prime cure; e ciò non già per le argomentazioni spese dall'Autorità appellante nel corso dell'odierna discussione, quanto perché l'ipotesi dell'errore in cui possa essere incorso GALLI sull'interpretazione della norma extrapenale (di natura amministrativa) che integra il precetto di cui all'art. 1161 cod. nav., in quanto incidente pur sempre sul precetto e non sul fatto, non varrebbe a escludere il dolo specifico della condotta perché si risolverebbe, pur sempre, in un errore di diritto irrilevante: sia *ab origine*, sia dopo la contestazione del "nuovo" reato da parte del P.M., cui l'ordinamento non assegna la funzione di infondere nei consociati la consapevolezza - che si presume *ex lege* per la tenuta stessa del sistema penale - della vigenza delle norme da cui dipenda la sussistenza di potenziali reati configurabili nelle loro condotte.

Dunque, venendo in rilievo l'interpretazione della norma extrapenale sulla cui scorta l'occupazione di parte del demanio ad opera di GALLI debba o non debba essere qualificata come "arbitraria", non v'è alcun problema di carenza di elemento soggettivo del reato in parola: a meno di ammettere, contro ogni dato di diritto positivo, l'invocabilità in materia di una sorta di concessione "putativa", quand'anche ritenuta tale sia dal concessionario, sia dall'Autorità concedente.

In altre parole, l'elevato tasso di tecnicismo della norma incriminatrice in esame - nel cui ambito il legislatore necessariamente, per quanto implicitamente, rinvia al diritto amministrativo per delineare cosa debba intendersi per concessione valida ed efficace - non consente di coltivare un'idea "propria" della natura arbitraria dell'occupazione di un'area demaniale: nel senso che o v'è un titolo valido ed efficace, e allora il reato non sussisterà addirittura sul piano oggettivo, oppure così non è, e allora non basterà il convincimento dell'indagato o perfino, *ex se*, l'acquiescenza dell'Autorità concedente per renderne lecita la condotta; nei fatti, perciò, l'unica ipotesi plausibile di insussistenza del dolo specifico previsto dall'art. 1161 cod. nav. a causa di un errore di fatto è quella dell'occupazione di una porzione di demanio non compresa nel titolo concessorio ma ritenuta tale per una svista inconsapevole e non per una diversa interpretazione delle relative clausole.

Ben diversa è la fattispecie concreta che ricorre nel caso in esame: e allora è necessario verificare se il quadro normativo allegato dal P.M. a fondamento della richiesta di sequestro qui reiterata in appello imponga di affermare, seppure nella forma deliberatoria che è propria delle pronunce in materia di cautela reale, che GALLI sia tuttora titolare di una posizione soggettiva meritevole di tutela nei confronti dell'Autorità concedente, come sembrerebbe emergere dal contegno concretamente serbato dal Comune di Genova e dal conseguente affidamento attendibilmente ingenerato nell'indagato - benché inidoneo *ex se* a escludere il *fumus delicti*, come s'è accennato - o se, come sostenuto dall'appellante sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale che si va consolidando da tempo - documentato dalle plurime pronunce di legittimità allegate alla richiesta -, l'immediata operatività nel nostro ordinamento della cd. direttiva Bolkenstein e della citata sentenza della Corte di Giustizia europea del 2016 abbia comportato *ope juris* la sopravvenuta inefficacia dell'originaria concessione vantata dalla società rappresentata da GALLI sull'area demaniale corrispondente ai "Bagni Liggia".

Non ignora il collegio l'elevato spessore delle argomentazioni addotte da più sezioni della Suprema Corte a sostegno dell'orientamento menzionato da ultimo; e però non può fare a meno di rilevare che quest'ultimo si pone in contrasto con il *dictum* della Corte di legittimità, nella sua più autorevole composizione, proprio in

materia di diretta incidenza nell'ordinamento interno, con particolare riguardo al delicato settore del diritto penale che coinvolge anche la libertà personale - e non la sola responsabilità patrimoniale - del singolo, delle norme di rango sovranazionale tra le quali figura, appunto, la citata direttiva Bolkenstein.

Ci si riferisce a Cass., SS.UU., sent. n. 22225 del 19/1/2012, ric. Micheli, Rv. 252454, della quale mette conto riportare di seguito i passi salienti che paiono attagliarsi al caso in esame:

“10. La Corte di giustizia U.E. ha chiarito, con costante giurisprudenza (da ultimo, contenente anche richiami ai precedenti, 5 luglio 2007, causa C-321/05, Kofoed) che il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano, di per se stesse, creare obblighi in capo ai singoli; esse non possono quindi essere fatte valere in quanto tali contro i singoli dallo Stato membro, il quale ha la scelta della forma e dei mezzi di attuazione delle direttive che meglio permettono di garantire il risultato a cui mirano.

Peraltro, tutte le autorità di uno Stato membro, quando applicano il diritto nazionale, sono tenute ad interpretarlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo delle direttive comunitarie, ma «tale obbligo di interpretazione conforme non può giungere sino al punto che una direttiva, di per se stessa e indipendentemente da una legge nazionale di trasposizione, crei obblighi per i singoli ovvero determini o aggravi la responsabilità penale di coloro che trasgrediscono le sue disposizioni» (in tali termini, sentenza sopra citata).

Si tratta di un limite che deriva dai principi generali del diritto, quello della legalità della pena e quello connesso di applicazione retroattiva della pena più mite, che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, quindi, fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario (Corte di giustizia, Grande Sezione, 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; 16 giugno 2005, Pupino, causa C-105/03).

Principi dei resto, sanciti anche dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (da ultimo, Corte EDU, Grande Camera, 17/09/2009, Scoppola c. Italia); dall'art. 15, n. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché dall'art. 49, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tali principi, pertanto, acquistano particolare rilevanza allorché si intenda far valere una norma comunitaria contenuta in una direttiva nell'ambito di procedimenti penali. Infatti, nel caso in cui i giudici del rinvio, sulla base delle soluzioni loro fornite dalla Corte di giustizia, dovessero giungere alla conclusione che le norme nazionali non soddisfano gli obblighi comunitari, ne deriverebbe che gli stessi giudici del rinvio sarebbero tenuti a disapplicare, di loro iniziativa, tali norme, senza che ne debbano chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante procedimento costituzionale.

E', appunto, ciò che è avvenuto:

- con riferimento alle condotte illecite di cui all'art. 171-ter lett. d) e all'art. 171-bis, comma primo, legge n. 633 del 1941, riguardanti

rispettivamente i supporti audio e video e i programmi per elaboratore privi di contrassegno SIAE, per l'inopponibilità nei confronti dei privati dell'obbligo di apposizione del contrassegno SIAE, in relazione alle quali i soggetti agenti sono stati assolti con la formula "il fatto non sussiste" quale effetto della mancata comunicazione alla Commissione dell'Unione Europea di tale "regola tecnica" in adempimento della direttiva europea 83/189/CE, come interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia 8 novembre 2007, Schwibbert (da ultimo, tra le tante, Sez. 3, n. 1073 del 19/11/2009, dep. 2010, Ramonda, Rv. 245758);

- con riferimento al reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine di allontanamento di cui dell'art. 14, comma 5-ter, D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, disapplicato, per non essere il fatto più previsto dalla legge come reato, a seguito della sentenza della Corte di giustizia 28 aprile 2011, El Didri (Sez. 5, n. 26027 dell'8/6/2011, Marouani, Rv. 250938; Sez. 1, n. 18586 del 29/4/2011, Sterian, Rv. 250233; Sez. 1, n. 22105 del 28/4/2011, Thourghi, Rv. 249732).

Quelli sopra citati sono all'evidenza casi in cui l'interpretazione del diritto comunitario da parte della Corte di giustizia ha comportato una sostanziale abolitio criminis, cioè un effetto penalmente favorevole nei confronti dei destinatari della norma.

Ben diverso è il caso in cui si pretenda dalla Corte di giustizia un'interpretazione con conseguenze penali sfavorevoli per i singoli destinatari dei precetti comunitari.

La Corte di giustizia riconosce che «sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale cooperazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale», e che, pertanto, applicando il diritto nazionale, il giudice, chiamato ad interpretare quest'ultimo, è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della normativa comunitaria, ma tale obbligo di interpretazione "conforme" «trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività. Questi principi ostano in particolare a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione-quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni» (sent. Pupino, cit.).

La conseguenza è che un eventuale rinvio pregiudiziale non potrebbe avere come conseguenza che una sostanziale decisione di non liquet da parte della Corte di giustizia, in quanto una normativa comunitaria «non può essere invocata in quanto tale dalle autorità di uno Stato membro nei confronti degli imputati nell'ambito di procedimenti penali, poiché una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati» (è questo il dispositivo della citata sentenza Berlusconi e altri, pronunciata con

riferimento ad un caso in cui si chiedeva alla Corte di giustizia di verificare la compatibilità con il diritto comunitario delle nuove norme di cui agli artt. 2621 e 2622 cod. civ., verifica che avrebbe potuto comportare l'effetto di escludere l'applicazione del regime sanzionatorio più mite previsto dai detti articoli).

In definitiva, non è possibile che dalla disapplicazione di una norma interna per effetto del contrasto con la normativa comunitaria, sulla base del principio di preminenza del diritto comunitario, possano conseguire effetti pregiudizievoli per l'imputato. La mancata previsione come fattispecie di reato di comportamenti che ai sensi della normativa comunitaria si sarebbero dovuti considerare come penalmente illeciti, potrebbe, al più, costituire un inadempimento del legislatore nazionale rispetto ad obblighi di fonte comunitaria, ma non consente che i cittadini dello Stato inadempiente siano perseguiti penalmente per fatti considerati illeciti ai sensi della normativa comunitaria, ma non punibili ai sensi di quella interna.

Questa Corte, adeguandosi a tali principi, ha ritenuto, anche a Sezioni Unite, di escludere la possibilità di un rinvio pregiudiziale, quando, appunto, tale rinvio fosse stato chiesto per legittimare un'interpretazione in malam partem della norma penale interna (Sez. 5, n. 38967 dell'11/10/2005, Galliani, Rv. 232571, con riferimento all'art. 2621 cod. civ.; SS.UU., n. 38691 del 25/6/2009, Caruso, Rv. 244191, che ha escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione-quadro del Consiglio U.E. 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter, comma primo, cod. pen. anche al profitto del reato).

Analogamente, non è percorribile la strada della questione di legittimità costituzionale. Infatti, la Corte costituzionale ha più volte chiarito che il principio della riserva di legge (art. 25 Cost.) preclude l'adozione di pronunce con effetto in malam partem, allorché tale effetto discenda dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti, ovvero dal ripristino di una norma abrogata, essendo tali operazioni riservate alla discrezionalità del legislatore, non potendo la Corte costituzionale, senza esorbitare dai suoi compiti, invadere il campo ad esso riservato dall'art. 25, comma secondo, Cost., sovrapponendo alla scelta dallo stesso effettuata una diversa strategia di criminalizzazione (tra le tante: sentenze n. 161 del 2004 e n. 57 del 2009).

In definitiva, l'utilizzo della normativa sovranazionale va escluso allorquando gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in malam partem della fattispecie penale nazionale (SS.UU., n. 38691 del 2009, cit.)".

Ora, tralasciando l'occasione specifica in cui sono stati affermati - in margine a una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. inerente a un illecito qualificato come amministrativo nel nostro ordinamento ma doverosamente di rilievo penale secondo la normativa comunitaria -, reputa il collegio che quelli appena enunciati siano principi senz'altro muniti di valenza generale in *subiecta materia* perché rispondenti a quelli cui è informato l'ordinamento penale vigente: la disapplicazione di una norma interna perché contrastante con una direttiva comunitaria o perché - fattispecie analoga a quella in esame - dichiarata

incostituzionale dalla Suprema Consulta può operare in campo penale soltanto *in bonam partem*, non anche ai danni dell'imputato/indagato.

E' assai significativo il passaggio della motivazione in cui le SS.UU. affermano che "la mancata previsione come fattispecie di reato di comportamenti che ai sensi della normativa comunitaria si sarebbero dovuti considerare come penalmente illeciti, potrebbe, al più, costituire un inadempimento del legislatore nazionale rispetto ad obblighi di fonte comunitaria, ma non consente che i cittadini dello Stato inadempiente siano perseguiti penalmente per fatti considerati illeciti ai sensi della normativa comunitaria, ma non punibili ai sensi di quella interna": nel caso in esame, applicando la normativa sovranazionale - indubbiamente integrante una norma extrapenale che integra il precetto dell'art. 1161 cod. nav., in quanto disconosce validità ed efficacia a leggi interne che abbiano prorogato la durata e l'efficacia delle concessioni di beni demaniali - dovrebbe affermarsi la responsabilità dell'imputato, come postulano le pronunce di legittimità allegate dal P.M.; mentre, applicando la normativa interna che ha prorogato le concessioni anteatte fino al 2015 e poi fino al 2020, lo stesso GALLI dovrebbe essere qualificato come un occupante tutt'altro che arbitrario dell'area demaniale nella sua disponibilità.

Pare al collegio che sulla scorta dei principi di cui sopra - recentemente avallati, per inciso, dalla sentenza della Suprema Consulta n. 115/2018 circa l'inapplicabilità da parte del giudice comune della cd. regola Taricco (enucleata sulla scorta di una disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) perché ritenuta in contrasto con il principio di determinatezza sancito, in materia penale, dall'art. 25, co. 2°, Cost. - la via ermeneutica da prediligere sia la seconda: di fronte a uno Stato che, nonostante l'avvio di una procedura di infrazione per la vigenza di norme in contrasto con principi di rango sovranazionale, ha adottato plurime leggi con le quali ha protratto nel tempo - nell'asserita attesa di un riordino del settore - l'efficacia di titoli concessori che dovrebbero considerarsi spazzati via a seguito della mera pubblicazione *illo tempore* della cd. direttiva Bolkenstein (risalente al 2006), risulta pienamente rispettosa di quei principi cardine dell'ordinamento penale la scelta delle SS.UU. di richiamare lo Stato inadempiente alle sue responsabilità nei confronti dell'Unione Europea piuttosto che scaricare sul cittadino concessionario l'obbligo di uniformarsi *sua sponte* - peraltro senza che nemmeno gliel'abbia intimato l'Autorità concedente, come nel caso di GALLI - alla normativa sovranazionale per non incorrere nei rigori della legge penale e vedere compromessa addirittura la propria libertà personale.

La stessa giurisprudenza di segno avverso allegata dal P.M. non sembra contrastare con l'applicazione dei suddetti principi nel caso di specie: se è vero, difatti, che la proroga automatica delle concessioni demaniali in essere non opera *ipso facto* ma postula un'espressa istanza del concessionario e un provvedimento espresso da parte del Comune - previa la necessaria verifica non solo dell'esistenza a monte di un titolo valido, ma anche del permanere dei requisiti in capo al concessionario (così, per tutte, Cass., sez. 3^a, sent. n. 29763 del 26/3/2014, ric. Di Francia, Rv. 260108) -, va puntualizzato che il Comune di Genova ha rilasciato in favore di GALLI ben due provvedimenti successivi per legittimare la proroga dell'efficacia della sua concessione (entrambi presenti in copia fra gli allegati alla richiesta del P.M.): il primo in data 18 novembre 2011, con il quale la licenza formalmente intestata alla s.n.c. Bagni Zeffiro di Galli Barbara & C. viene prorogata fino al 31/12/2015 in forza della l. 25/2010, e il secondo in data 29/11/2016, con il quale il medesimo titolo concessorio viene qualificato come "già instaurato e

pendente in base all'art. 1, comma, 18, D.L. 194/2009 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 25/2010" e ne viene pertanto riconosciuta la perdurante validità "non risultando ancora emanata la predetta normativa di revisione e riordino della materia": con il che, nei fatti, l'efficacia del titolo viene differita fino al 2020 come previsto dall'art. 24, comma 3-septies del D.L. 113/2016, convertito nella legge n. 160/2016 evocata nella premessa dell'atto.

Si tratta, ad avviso del Tribunale, di due provvedimenti amministrativi la cui valenza favorevole all'indagato non può essere confinata sul piano della cd. buona fede, giusta il tenore del provvedimento impugnato e la stessa giurisprudenza di legittimità allegata dal P.M. - la quale ne adombra il concetto al solo fine di disattenderlo nei singoli casi portati alla sua attenzione -: quando un soggetto pubblico qualificato, come il Comune concedente, emette ben due atti con i quali dà conto espressamente delle ragioni per le quali reputa tuttora valido ed efficace il titolo in forza del quale il concessionario detenga ancora la disponibilità di un'area demaniale, è tutt'altro che agevole pretendere da quest'ultimo che si disinteressi di quanto attestato in suo favore dal suo diretto interlocutore pubblico e che "si liberi" quanto prima, *sua sponte*, del bene a lui affidato in concessione, in ossequio a una normativa sovranazionale la cui diretta incidenza nel nostro ordinamento dovrebbe passare attraverso la disapplicazione *in malam partem* di plurimi atti legislativi e amministrativi.

Non sembra, insomma, che possa essere il rigore della legge penale a favorire, a colpi di sanzioni inflitte ai privati, l'armonizzazione della nostra legislazione interna con quella sovranazionale che pure deve avere diretta applicazione negli Stati membri in quanto si colloca al vertice della gerarchia delle relative fonti normative: resterebbe incomprensibile, invero, la ragione per la quale GALLI debba subire una misura cautelare reale pur vantando una serie ininterrotta di titoli concessori muniti di una loro intima coerenza con la legislazione statale, per quanto questa confligga indubbiamente con quella sovranazionale. Nella fisiologia del sistema, ad avviso del collegio, la legalità comunitaria dovrebbe essere ripristinata in primo luogo dai soggetti pubblici che hanno rilasciato, quali Autorità concedenti, i titoli concessori in favore di soggetti privati, quale GALLI, che dispongano tuttora di beni di natura demaniale: quei titoli andrebbero rimossi, difatti, con altrettanti provvedimenti che ne dichiarino cessata l'efficacia a seguito della cd. direttiva Bolkenstein, sì da consentire ai concessionari di esperire i rimedi giurisdizionali del caso o di ottemperare spontaneamente all'intimazione di restituire le aree loro affidate di fronte al mutato assetto legislativo e amministrativo. Solo all'esito, di fronte a un perdurante rifiuto di rilasciare beni che a quel punto diventerebbero occupati *sine titulo* anche per l'ordinamento interno, dovrebbe scattare la tutela penale apprestata dall'art. 1161 cod. nav., la cui applicazione "anticipata" qui proposta dal P.M. appellante porrebbe i non comuni problemi di determinatezza della norma incriminatrice dei quali s'è fatta carico l'autorevole giurisprudenza di legittimità prima citata: a meno di ipotizzare una modifica normativa - che incombe pur sempre al legislatore in forza dell'art. 25 cpv. Cost. e non è certo realizzabile per via pretoria - sulla cui scorta tale reato venga ad essere configurato qualora il carattere "abusivo" dell'occupazione dello spazio demaniale debba essere parametrato non tanto e non solo alla normativa interna, ma anche a quella sovranazionale; un'innovazione legislativa destinata, in ovvia applicazione della medesima norma costituzionale di cui sopra, a sanzionare le sole condotte successive alla sua eventuale vigenza.

In definitiva, pertanto, non si ravvisa il *fumus* della natura arbitraria

dell'occupazione dei "Bagni Liggia" contestata all'appellato e, dunque, dello stesso elemento materiale della condotta per la quale si procede a suo carico: motivo per il quale merita di essere comunque confermato il provvedimento reiettivo della richiesta di sequestro preventivo dell'area demaniale nella disponibilità del medesimo GALLI.

P. Q. M.

Visto l'art. 310 c.p.p.

ri getta

l'appello;

ma n d a

alla Cancelleria per le comunicazioni e gli adempimenti di rito.

Genova, 2 novembre 2018

Il Giudice est.

Ugo Cusato



Il Presidente

Mario Varini

TRIBUNALE di GENOVA.
SEZIONE PER IL RIESAME
DEPOSITATO IN CANCELLERIA
GENOVA, - 9 NOV 2018 -
IL CANCELLIERE
Manna TRENTA
[Signature]