



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA RECENTE GIURISPRUDENZA SULL'ART.1161 COD. NAV.: UN CASO DI INCIDENZA IN MALAM PARTEM DEL DIRITTO U.E. NOT SELF-EXECUTING

Secondo la Cassazione, le leggi-provvedimento di proroga dei titoli concessori, in contrasto con il diritto U.E., non impediscono la configurazione del reato di cui all'art. 1161 cod. nav. Ciò senza frizioni con il principio di legalità, non trattandosi di disapplicazione in malam partem, ma di un'operazione di mera interpretazione della fattispecie astratta alla luce del parametro legale cui i suoi elementi normativi rinviano. Si tratta di un'impostazione che, perciò, merita un approfondimento, in quanto determina un'incidenza sfavorevole sul precetto penale da parte di fonti sovranazionali non auto-applicative, nonchè volte a tutelare interessi estranei all'oggetto giuridico del reato

di **Vittorio Mazzocca Gamba**
IUS/17 - DIRITTO PENALE
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Alessio Giaquinto

Publicato, Martedì 14 Aprile 2026



Abstract ENG

According to the Court of cassation, the existence of concession extensions, in violation of E.U. law, does not prevent the offenses under the article 1161 of the Italian navigation code from being committed. This does not affect the principle of legality, as is not a matter of disapplication in malam partem, but rather a mere interpretation of the abstract provision in light of the relevant non-criminal legal framework. This approach, however, merits further investigation, as it involves integrating the provision with supranational sources that lack direct effect and are intended to protect interests unrelated to the legal object of the offense.

Sommario: 1. I progressivi sviluppi della giurisprudenza di legittimità in materia di art. 1161 cod. nav: dall'affermazione della possibilità di “disapplicare” gli atti di proroga, sino all'affermazione della natura meramente interpretativa dell'operazione; 2. La “clausola di illiceità speciale” presente nell'art. 1161 cod. nav.: essa rinvia a un parametro normativo extrapenale di riferimento che non si esaurisce nel solo provvedimento amministrativo, ma che è rappresentato dalla disciplina organica di settore, come integrata anche dalle fonti sovranazionali; 3. Le criticità derivanti dall'implementazione in malam partem del parametro normativo extrapenale con fonti sovranazionali not self-executing: una base legale priva di conoscibilità e determinatezza; un'interpretazione teleologica disancorata dall'oggetto giuridico della fattispecie; 4. Conclusioni.

1. I progressivi sviluppi della giurisprudenza di legittimità in materia di art. 1161 cod. nav: dall'affermazione della possibilità di “disapplicare” gli atti di proroga, sino all'affermazione della natura meramente interpretativa dell'operazione

L'analisi di una serie di pronunce della III sezione della Cassazione in materia di occupazione abusiva di spazio demaniale lascia trasparire delle questioni di particolare interesse sistematico, nell'ottica del diritto penale europeo. Lo spunto è rappresentato dall'orientamento assunto dalla Suprema corte rispetto alla nota tematica delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, con particolare riferimento alla loro interferenza sulla configurazione del reato contravvenzionale di cui all'art. 1161 cod. nav. In più occasioni, la Cassazione ha affermato che i provvedimenti di proroga non impediscono la configurazione dell'illecito, per via del loro contrasto con il diritto U.E., primario e derivato (art. 49 T.F.U.E.; art 12 direttiva 2006/123/C.E.). Tale assunto, in quanto incidente sul principio di legalità e sui suoi corollari, merita un approfondimento, nel tentativo di fornirne un inquadramento e di vagliarne eventuali criticità.

In questa prospettiva, appare anzitutto opportuno richiamare la sentenza n. 25993 del

12.6.2019, nella quale la III Sezione della Cassazione osserva che «ai fini della integrazione della fattispecie di occupazione del demanio marittimo, sono 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»; la Suprema corte, inoltre, precisa che «Né può porsi una questione di applicazione in malam partem della normativa comunitaria, 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».

Sulla stessa linea, già in precedenza la III Sezione, nella sentenza n. 21281/2018, aveva affermato che «l'obbligo di disapplicazione graverebbe... anche sul giudice penale, essendo infatti stato affermato che il potere-dovere del giudice di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la normativa comunitaria sussiste solo laddove tale ultima normativa sia dotata di efficacia diretta nell'ordinamento interno... ed è indubbio, dopo la pronuncia della Corte costituzionale (sentenza n. 227 del 24 giugno 2010), che l'art. 12 della Direttiva Bolkestein è self-executing, cioè ha efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati Membri, dunque la stessa può essere disapplicata anche dal giudice ordinario».

Nelle due sentenze sopra citate, dunque, la Cassazione, pronunciandosi in ordine alla configurabilità dell'art. 1161 c.n., statuisce l'esistenza di un obbligo di disapplicazione dei provvedimenti legislativi di proroga delle concessioni demaniali in essere. L'affermazione, tuttavia, oltre a essere piuttosto assertiva, è anche formulata in via incidentale in quanto, in entrambi i casi concretamente trattati, le proroghe erano in realtà già di per sé non applicabili, difettandone i requisiti previsti dalla legislazione interna (la titolarità di una concessione “nuova” e “in essere”; la previa istanza del concessionario). Conseguentemente, la disapplicazione delle proroghe per contrasto con il diritto eurounitario, benché affermata nelle sentenze citate, risultava invero superflua ai fini della configurazione del reato di occupazione abusiva del demanio marittimo.

L'esistenza di un potere-dovere di disapplicazione, in realtà, era stato già affermato, ancora prima, sempre dalla III sezione, nella sentenza n. 33170/2013. In questa circostanza, però, diversamente che nelle altre statuizioni sopra citate, la Suprema corte ha effettivamente proceduto alla disapplicazione, senza limitarsi ad affermarla in via incidentale: «nel caso di specie non può essere condiviso l'assunto difensivo secondo cui la concessione demaniale è stata prorogata tacitamente per 6 anni, alla scadenza del 31.12.2007, fino al 31.12.2013 (in base al disposto del richiamato D.L. n. 400 del 1993). Deve, infatti, procedersi alla disapplicazione del D.L. n. 400 del 1993, art. 01, tenendo conto di quanto recentemente rilevato, sul punto, dalla giurisprudenza amministrativa

(Cons. Stato, sez. 6, 29 gennaio 2013, n. 525)».

Nel contesto giurisprudenziale così richiamato si inserisce, da ultimo, la recente sentenza n. 3657/2026, della III Sezione della Suprema corte. Tale pronuncia, che si pone in linea con quelle già citate, affermando (qui, incidentalmente) l'obbligo di disapplicazione, sembra meritevole di particolare attenzione perché, senza limitarsi ad affermazioni assertive, fornisce un primo inquadramento teorico della questione oggetto del presente approfondimento. In essa, la compatibilità tra la disapplicazione degli atti di proroga e il principio di legalità (pure sotto il profilo del divieto di retroattività in malam partem), viene infatti argomentata facendo leva sulla necessità di inquadrare correttamente la tipologia di “disapplicazione” di cui si tratta. In quest'ottica, si accenna al fatto che, nella struttura del reato di cui all'art. 1161 c.n., è presente un «elemento normativo del fattoiii» più ampio del singolo provvedimento amministrativo; ciò analogamente a quanto avviene nel reato di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380/2001iii. In entrambe le fattispecie, quindi, non si tratta di disapplicare il provvedimento (il permesso di costruire, nel reato edilizio; le leggi-provvedimento di prorogaiv, nell'art. 1161 c.n.), bensì di interpretare la disposizione incriminatrice e di identificare il fatto, per verificarne la tipicità utilizzando un parametro normativo di riferimento più esteso rispetto al singolo atto amministrativo (l'intera disciplina di settore del territorio, in un caso, e degli usi del demanio, nell'altro).

Più nel dettaglio, la III sezione della Cassazione, nella suindicata sentenza n. 3657/2026, nel respingere la doglianza secondo cui la “disapplicazione” dell'atto di proroga implicherebbe una retroattività occulta in malam partem, censura «la validità di tale impostazione teorica, che non può essere ritenuta valida indistintamente in tutti i casi di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale e, in particolare, non rileva nei casi in cui l'atto amministrativo costituisca un elemento (non tanto e non solo integrativo ma) normativo del fatto di reato (si pensi, ad esempio, al permesso di costruire) perché, in tali casi, il giudice penale non disapplica l'atto amministrativo, ma interpreta la norma incriminatrice secondo il rinvio che il legislatore opera all'elemento normativo della fattispecie».

In altri termini, per respingere ogni possibile obiezione ancorata agli effetti in malam partem della disapplicazione dei provvedimenti di proroga, la III Sezione della Cassazione, nella sentenza n. 3657/2026, lascia intendere che, comunque, in realtà, non si tratterebbe qui di disapplicazione, ma di interpretazione di un elemento costitutivo “normativo” del fatto, analogamente a quanto avviene in materia urbanistico-edilizia. In quest'ottica, il fatto di “occupazione” è già di per sé tipico (“arbitrario”), nonostante la proroga “antieuropea” e a prescindere dalla sua potenziale disapplicazione, in quanto esso è comunque contrastante con il, più ampio, parametro normativo di riferimento. Quest'ultimo infatti, come avviene nei reati edilizi, non è esaurito dal singolo provvedimento amministrativo, bensì è rappresentato dalla disciplina complessiva della

materia.

2.La “clausola di illiceità speciale” presente nell’art. 1161 cod. nav.: essa rinvia a un parametro normativo extrapenale di riferimento che non si esaurisce nel solo provvedimento amministrativo, ma che è rappresentato dalla disciplina organica di settore, come integrata anche dalle fonti sovranazionali

L’impostazione della Cassazione, tesa a escludere frizioni con il principio di legalità, sembra porsi in linea con l’assunto di fondo, affermato dalle S.U. Borgiav, per cui al giudice penale è precluso il ricorso al potere di disapplicazione di cui all’art. 5 l. 20.4.1865 n. 2248, allegato E. Ciò in quanto si tratta di un potere volto alla tutela, in via incidentale, del privato a fronte di provvedimenti restrittivi di diritti soggettivi; un potere che non è utilizzabile, invece, in relazione a provvedimenti ampliativi, volti ad autorizzare l’esercizio (autorizzazioni) o a costituire diritti (concessioni). Così, nel processo penale, che non è volto a tutelare diritti soggettivi, bensì a verificare la conformità tra ipotesi di fatto e fattispecie legale, l’attività del giudice si esaurisce in tale verifica, senza implicare alcun c.d. sindacato sull’atto amministrativo.

Tale impostazione, tuttavia, non esclude che, in alcuni casi, il giudice penale possa comunque accertare l’illegittimità sostanziale del provvedimento amministrativo. Il che accade proprio nell’ambito dell’attività di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie legale, là dove quest’ultima, interpretata alla luce del bene giuridico protetto, rinvii a un parametro legale di riferimento più ampio del singolo atto amministrativo: un parametro “organico” rappresentato dall’intero quadro di elementi extrapenali convergenti nella regolamentazione del settore in cui il singolo atto si colloca. In questi casi, infatti, il giudice penale, se verifica un contrasto con tale più ampio parametro, afferma la sussistenza del fatto tipico, senza che ciò derivi da una (non necessaria) disapplicazione in malam partem del singolo provvedimento amministrativo, ma solo dal confronto tra il fatto concreto e il parametro normativo “organico” cui la norma penale stessa rinvia.

In sostanza, tramite una prospettiva analoga a quella introdotta in materia di reati edilizi, la struttura del reato di occupazione abusiva di spazio demaniale risulta tale da permettere al giudice penale di accertare l’illegittimità sostanziale del provvedimento di proroga della concessione, senza che ciò si traduca in un sindacato in malam partem sull’atto amministrativo stesso.

In tal senso, va precisato che, con specifico riferimento al reato di cui all’art. 1161 c.n., l’inquadramento fornito dalla Cassazione sembra essere implicitamente ancorato alla “clausola di illiceità speciale^{viii}” in esso presente. Nella struttura della fattispecie, l’indicazione dell’avverbio “arbitrariamente”^{ix} rappresenta una clausola dotata della

funzione di rinviare a parametri normativi esterni fissati dalla regolamentazione extrapenale di settore, rispetto ai quali confrontare la condotta concreta. In adesione alla prospettiva indicata dalla Cassazione, sembra quindi che tali parametri normativi di riferimento, cui rapportare il singolo fatto, non si esauriscano nel provvedimento di concessione (o di proroga), ma siano rappresentati dalla, più ampia, disciplina organica di settore, che oggi deve essere integrata anche mediante le fonti sovranazionali tese a regolare il settore delle concessioni demaniali marittime.

3.Le criticità derivanti dall'implementazione in malam partem del parametro normativo extrapenale con fonti sovranazionali not self-executing: una base legale priva di conoscibilità e determinatezza; un'interpretazione teleologica disancorata dall'oggetto giuridico della fattispecie

L'inquadramento dei rapporti tra l'art. 1161 c.n. le proroghe antieuropee nei termini sin qui indicati può tuttavia risultare problematico rispetto ai principi fondamentali della materia. Ciò in quanto, diversamente che nel caso dei reati urbanistici-edilizi, qui il parametro di normativo "organico" di riferimento in relazione al quale, nel suo complesso, confrontare, il fatto concreto, non è di natura interna bensì anche di matrice sovranazionale: il riferimento è agli artt. 49 T.F.U.E. e 12 dir. 2006/123/C.E., che, secondo la giurisprudenza europea e amministrativa, ostano a concessioni automatiche, non selettive e generalizzate. Ne deriva un ampliamento dei confini della questione, che non riguarda più tanto la tematica della disapplicazione ex art. 5 L.A.C., quanto quella, ancor più problematica, dei limiti degli effetti derivanti, in materia penale, dalla disapplicazione degli atti (normativi o amministrativi) antieuropei. Sul punto, infatti, non v'è unanimità di vedute circa i confini entro cui l'attività di integrazione o anche di mera interpretazione adeguatrice con fonti sovranazionali possa determinare effetti in malam partem.

In via generale, va precisato che sulla tematica degli effetti sfavorevoli, in materia penale, derivanti dalle fonti del diritto dell'Unione, si fronteggiano diversi orientamenti. Per una prima impostazione, v'è una preclusione assoluta a qualsiasi effetto in malam partem di fonte sovranazionale, sia che esso consegua a un'interpretazione adeguatrice, orientata dal diritto U.E., sia che consegua a un'integrazione della fattispecie interna con quest'ultimo. Ciò in ragione del principio di legalità e del suo corollario della riserva di legge, con particolare riferimento alla sua ratio democratica. Per una seconda impostazione, invece, i principi dell'effetto diretto e del primato del diritto U.E., unitamente al principio di leale cooperazione (art. 4 par. 3 T.U.E.), impongono di affermare una piena incidenza del diritto U.E., self-executing e not self-executing, sulla disposizione penale, anche in malam partem, mediante l'interpretazione conforme in senso estensivo (ma non analogico). In una posizione intermedia si pone poi un terzo orientamento, secondo il quale sia l'interpretazione conforme al diritto U.E. sia

l'integrazione degli elementi normativi disposizione penale ad opera del medesimo sono ammissibili, ma possono discendere solo da fonti U.E. self-executing^{xvii}.

La tesi intermedia, appena richiamata, è fondata sulla distinzione tra i destinatari delle fonti U.E. self-executing e quelli delle fonti not self-executing. Queste ultime, infatti, nel regolare i rapporti tra gli Stati membri e i cittadini, si rivolgono esclusivamente ai primi, senza imporre degli obblighi ai secondi, bensì attribuendogli diritti^{xviii}. Ciò vale anche là dove si tratti di direttive scadute, incondizionate e sufficientemente precise (direttive c.d. self-executing), poiché comunque, in questo caso, la possibilità di auto-applicazione interna è rivolta solo a favore del privato (che può invocarla verso lo Stato: effetti diretti verticali favorevoli), senza creare doveri per il medesimo. Le direttive, quindi, in quanto sempre prive di effetti diretti verticali c.d. inversi, cioè sfavorevoli, non possono rappresentare il parametro per implementare gli elementi normativi della disposizione penale (Corte giust. U.E., 5 luglio 2007, Causa C-321/05 Kofoed). Anche perché, diversamente, si produrrebbe un contrasto, oltre che con il principio costituzionale di determinatezza, anche con l'art. 7 C.E.D.U., sotto il profilo della "qualità" della base legale, "inquinata" da un parametro che, in quanto non diretto al privato, non è per il medesimo accessibile, prevedibile e conoscibile^{xix}.

A questa impostazione sembrano aver già aderito, seppur in una diversa materia (la direttiva 2004/48/C.E. sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), anche le Sezioni Unite le quali, nella sentenza n. 22225/2012, hanno affermato che «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».

A ulteriore supporto dell'orientamento intermedio, è qui possibile accennare anche al dibattito sviluppatosi nella dottrina amministrativistica^{xx}, proprio nello specifico settore delle concessioni demaniali marittime. Nell'ambito di tale materia, che è ovviamente implicata nell'analisi relativa all'art. 1161 c.n., sono stati svolti dei rilievi critici all'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze 17-18/2021), là dove fa coincidere gli "effetti diretti" della direttiva Bolkestein con degli effetti in malam partem in capo ai concessionari uscenti (la decadenza dalla concessione), anziché solo in capo allo Stato membro inadempiente. In una prospettiva critica, si sostiene, infatti, che gli "effetti diretti" delle c.d. direttive self-executing, tra cui proprio la direttiva n. 123/2006/C.E., si esauriscano in obblighi "di contenuto negativo", che impongono agli Stati un "non facere"; viene, invece, criticata l'impostazione che ne fa derivare anche effetti diretti contro i singoli cittadini (cioè degli effetti diretti c.d. «verticali inversi»^{xxi}). Conseguentemente, secondo questa prospettiva critica, verrebbe

meno già in radice la possibilità di opporre al singolo concessionario uscente la contrarietà della proroga al diritto U.E e la connessa decadenza dal titolo.

Alla luce di questo contesto, l'impostazione fornita dalla Cassazione in materia di art. 1161 c.n., anche mediante le argomentazioni di cui alla recente sentenza n. 3657/2026, sembra potersi prestare a dei rilievi critici. Secondo la giurisprudenza di legittimità sopra indicata, il raffronto tra il fatto concreto di chi occupi un'area demaniale marittima e il parametro legale "organico" cui la disposizione penale rinvia, come integrato alla luce delle fonti sovranazionali, consente di ritenere comunque configurabile il reato, nonostante la presenza di un atto di proroga. Tale parametro "integrativo", tuttavia, è rappresentato dagli artt. 49 T.F.U.E. e 12 direttiva Bolkestein, cioè da fonti prive di effetti diretti verticali c.d. inversi e, in quanto tali, non opponibili ai singoli. L'orientamento della Cassazione, quindi, seppur convincente là dove, mediante un parallelismo con l'art. 44 d.P.R. n. 380/2001, afferma che non viene in rilievo una disapplicazione del provvedimento di proroga ma un'attività interpretativa, appare invece maggiormente problematico là dove opera un'integrazione del precetto penale mediante fonti sovranazionali non dirette, in senso sfavorevole, ai singoli (cui non sono opponibili), ma solo agli Stati membri (cui impongono obblighi negativi).

Come già sopra accennato, tali considerazioni determinano delle criticità in rapporto al principio di legalità, sia nell'ottica convenzionale della prevedibilità, accessibilità e conoscibilità della base legale (art. 7 C.E.D.U) sia nell'ottica della determinatezza del precetto. Con riferimento a quest'ultima, sembra peraltro utile, mediante un parallelismo, richiamare gli sviluppi della c.d. saga Taricco, nell'ambito della quale si è osservato, in dottrinaxxii, che l'art. 325 T.F.U.E. è inidoneo a determinare effetti in malam partem, in quanto privo di effetto un diretto rilevante in tal senso. Esso, infatti, se, da un lato, pone per gli Stati un obbligo preciso e incondizionato, dall'altro non prevede, per il singolo, un obbligo incondizionato (né, invero, gli conferisce un diritto). Farne derivare effetti diretti sfavorevoli, quindi, contrasterebbe con il principio di determinatezza, come espressamente sancito dalla Corte Costituzionalexxiii: il che, mediante un parallelismo, dovrebbe valere anche gli artt. 49 T.F.U.E. e 12, direttiva Bolkestein, i quali recano analoghe caratteristiche, presentando anch'essi i tratti «non adeguatamente determinati per fungere da base legale di tale operazione in materia penale» già ravvisati per l'art. 325 T.F.U.E.

A supporto dei rilievi critici sin qui formulati è poi possibile un'ulteriore considerazione. L'impostazione adottata dalla Cassazione in ordine alla configurabilità dell'art. 1161 c.n. pure in presenza di proroghe, stante il loro contrasto con il diritto U.E., si fonda, come già osservato, sulla precisazione che tale risultato non deriva dalla disapplicazione delle proroghe stesse, bensì dall'attività di interpretazione e di identificazione del fatto. Si tratta, cioè, del medesimo ragionamento operato in materia di reati urbanistico-edilizi, che

è ancorato al canone dell'interpretazione teleologica e alla necessità di verificare i confini della tipicità alla luce del bene giuridico protetto: il fatto è tipico perché, anche in presenza del permesso di costruire (nell'art. 44 d.P.R. n. 380/2001) o del provvedimento di proroga (nell'art. 1161 c.n.), che non esauriscono il parametro normativo, esso offende l'interesse protetto. Nel caso dell'occupazione abusiva di demanio marittimo, però, tale ragionamento risulta meno lineare, in quanto, diversamente che nel caso dei reati edilizi, qui l'elemento normativo del fatto, oggetto d'integrazione (sovranaZIONALE), è posto a tutela di un interesse diverso da quello protetto dalla norma penale. Infatti, mentre l'art. 1161 c.n. tutela gli usi del demanio marittimo, il diritto U.E. appresta tutela alla concorrenza e alla libertà di stabilimento^{xxivxxv}.

In altri termini, il dubbio non riguarda solo la compatibilità con i principi di legalità costituzionale e convenzionale, quest'ultimo in relazione alla "qualità" della base legale ai sensi dell'art. 7 C.E.D.U.; ma esso concerne anche, in radice, la linearità di un'impostazione che conduce a ravvisare la tipicità del fatto concreto in ragione della sua offensività per un interesse ("comunitario") che, in realtà, è estraneo all'oggetto giuridico del reato^{xxvi}.

4. Conclusioni.

In conclusione, la linea interpretativa emergente dalle suindicate sentenze in materia di occupazione abusiva di demanio marittimo lascia trasparire dei profili critici. Secondo l'orientamento che si sta progressivamente affermando, la struttura dell'art. 1161 c.n., con particolare riferimento alla sua clausola di illiceità speciale ("arbitrariamente"), permette di ritenere che tale fattispecie faccia rinvio a elementi normativi del fatto di natura extrapenale, suscettibili di implementazione mediante fonti di matrice sovranazionale (art. 49 T.F.U.E., dir. 123/2006/C.E.). Ciò permetterebbe di affermare che il giudice penale, nel ritenere configurabile il reato nonostante la presenza di proroghe (anti-europee), non stia operando, in realtà, una disapplicazione (né ai sensi dell'art. 5 L.A.C. né ai sensi della primauté), ma solo un'attività di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie incriminatrice astratta. Tale impostazione, tuttavia, stride con l'assunto per cui l'integrazione in malam partem degli elementi normativi del fatto è ritenuta possibile solo in presenza di fonti U.E. self-executing. Essa, inoltre, non sembra conciliarsi con il dato per cui il bene giuridico protetto dall'art. 1161 c.n. non è né la concorrenza né la libertà di stabilimento, bensì il demanio e il suo uso. Del resto, la problematicità dell'orientamento della Cassazione emerge dal raffronto con quanto già incidentalmente osservato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze gemelle n. 17/18 del 2021 (par. 37), secondo cui «In senso contrario non vale invocare il rischio correlato alle possibili ripercussioni che una simile non applicazione potrebbe generare in termini di responsabilità penale dei concessionari demaniali, i quali, secondo una certa impostazione, venute meno le proroghe ex lege, si troverebbero privi di titolo legittimante

l'occupazione del suolo demaniale, così incorrendo nel reato di occupazione abusiva di spazio demaniale marittimo previsto dall'art. 1161 cod. Nav. Tale timore è, infatti, privo di fondamento, atteso che ad una simile conclusione ostano incondizionatamente i principi costituzionali di riserva di legge statale e di irretroattività della legge penale. Detti principi, come riconosciuto anche dalla Corte di giustizia U.E. fanno parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e come tali sono parte integrante dello stesso ordinamento comunitario (ed in ogni caso rappresenterebbe comunque contro limiti interni al principio di primazia). Ne discende che la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti in malam partem».

Note e riferimenti bibliografici

iSulla definizione di elemento normativo quale elemento che «può essere pensato e rappresentato solo sotto la logica presupposizione di una norma», V. G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965.

iiSull'impostazione per cui l'elemento normativo rigorosamente inteso sarebbe «solo quell'elemento comprensibile sul presupposto di una disposizione normativa (giuridica) diversa da quella in cui esso è contenuto e tale da disegnare un'autonoma area di significato rispetto alla (eventuale ulteriore) valutazione propriamente penalistica, non diversamente da quanto accade per l'elemento descrittivo naturalistico», V. L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, 221.

iiiIn dottrina, in materia di accesso abusivo a sistema informatico o telematico, si è osservato come si stia assistendo a una generalizzazione dell'orientamento assunto in materia di reati urbanistici-edilizi, V. D. FALCINELLI, *L'abuso del diritto in cerca di direzione penale Spunti dall'esegesi delle Sezioni unite sul delitto di mantenimento abusivo in sistema informatico*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 3, 10: «La piega interpretativa in materia di reati urbanistici ed edilizi fornisce un ulteriore spunto di riflessione in questa direzione, incline come è a ritenere che i reati di settore - ove è tipizzato un agire abusivo - possano consumarsi anche in presenza di un permesso a costruire formalmente valido, se questo violi, nella sostanza, le norme che regolano la materia sotto i vari profili (l'ordinato sviluppo urbanistico del territorio; la tutela del paesaggio ambientale e culturale)».

ivGli atti di proroga sono rappresentati da provvedimenti legislativi nazionali; ma si precisato che si tratta di leggi-provvedimento: Consiglio di Stato, *Adunanza Plenaria*, n. 17-18/2021, 37: «La proroga del termine avviene, quindi, automaticamente, in via generalizzata ed ex lege, senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo. Si tratta, in buona sostanza, di una legge-provvedimento che non dispone in via generale e astratta, ma, intervenendo su un numero delimitato di situazioni concrete, recepisce e "legifica", prorogandone il termine, le concessioni demaniali già rilasciate»; anche il T.A.R. Campania, sez. VII, n. 7288/2024 ha affermato che «in particolare, deve ritenersi che l'art. 3, comma 1, della L. 5 agosto 2022, n. 118, il D.L. 29 dicembre 2022, n. 198, convertito con modificazioni dalla L. 24 febbraio 2023, n. 14 ed il D.L. 16 settembre 2024, n. 131 integrino propriamente delle leggi-provvedimento, in quanto detti atti normativi non disciplinano in via astratta e generale lo statuto di tutte le future concessioni demaniali marittime, ma dispongono in concreto su casi e rapporti - ancorché numerosi - specifici e determinati, ovvero su tutte le concessioni demaniali marittime in essere alla data di entrata in vigore della legge sulla base di proroghe o rinnovi disposti anche ai sensi della L. 30 dicembre 2018, n. 145».

vCass., Sez. un., n. 11635/1993: «al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun sindacato sull'atto amministrativo, ma questi, nell'esercizio della potestà penale, è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fallo (opera esegue o eseguita) e fattispecie legale (identificata dalle disposizioni legislative statali e regionali in materia urbanistico-edilizia, dalle previsioni degli strumenti urbanistici e dalle prescrizioni del regolamento edilizio)».

viCassazione, Sez. III, n. 21487/2006: «La tesi della "disapplicazione" venne confutata da autorevole dottrina, sull'assunto che l'art. 5 della legge n. 2248/1985 non può spiegare alcuna efficacia nell'ambito del processo penale, in quanto questo non è rivolto alla tutela di diritti soggettivi, bensì all'accertamento della corrispondenza di un fatto alla fattispecie incriminatrice».

viiCassazione, Sez. III, n. 21487/2006; Cassazione Sez. un., n. 11635/1993: «Il complesso di tali disposizioni, previsioni e prescrizioni, tutte insieme considerate, costituisce il parametro organico per l'accertamento della liceità o dell'illiceità dell'opera edilizia e ciò in quanto l'oggetto della tutela penale apprestata dall'art. 20 della legge n. 47/1985 [oggi art. 44 del T.U. n. 380/2001] non è più - come nella legge n. 1150 del 1942 - il bene strumentale del controllo e della disciplina degli usi del territorio, bensì la salvaguardia degli usi pubblici e sociali del territorio medesimo».

viiiSul punto, sembra utile un parallelismo con quanto osservato in dottrina in materia di accesso abusivo a un sistema informatico o telematico; V. D. FALCINELLI, *L'abuso del diritto in cerca di direzione penale Spunti dall'esegesi delle Sezioni unite sul delitto di mantenimento abusivo in sistema informatico*, in *Archivio Penale*, 2017, n. 3, 6-7: «La conclusione lascia infatti tra le righe la "sensazione" che l'abuso di specie sia anche illegittimità, oggettiva violazione di uno o più parametri normativi fissati dalla regolamentazione extrapenale, annoverandosi dunque la locale clausola tra le autentiche clausole di illiceità speciale, le quali - come è noto -

servono ad attribuire al fatto un ulteriore profilo di illiceità, di carattere extrapenale, oltre a quello penale che di per sé lo connota, consistendo per l'appunto nel contrasto con la normativa extrapenale di settore».

ixCass. Sez. III n. 5168/2024: «il reato di occupazione arbitraria costituisce fattispecie contravvenzionale a struttura tipicamente dolosa e che perciò rientra nelle ipotesi di c.d. illiceità speciale in quanto nella descrizione della condotta tipica della contravvenzione è stato inserito l'avverbio arbitrariamente, con la conseguenza che per l'integrazione del modello legale è necessaria la precisa consapevolezza di agire in violazione degli elementi normativi del reato» (cfr. Sez. 3, n. 29915 del 13/03/2011, Amati, Rv. 250666-01, in motivazione; principio di diritto confermato da Sez. 3, n. 37165 del 06/05/2014, Parisi, Rv. 260179-01 e, da ultimo, da Sez. 3, n. 49468 del 02/11/2022, Bozzo, non massimata)».

xCorte giust. U.E., sentenza 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa, la quale ha affermato, in sintesi, i seguenti principi: a) l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/C.E. del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati; 2) l'articolo 49 T.F.U.E. deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo.

xiConsiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenze nn. 17/18 del 2021.

xiiA. BERNARDI, Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali in malam partem, in Sistema Penale, 2023, 43 ss.

xiiiV. MANES, Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale, in Archivio Penale, 2012, p. 21.

xivA. BERNARDI, op. cit., 40: « quanti sostengono la tesi volta ad escludere che qualsivoglia fonte UE possa supportare forma di interpretazione conforme della fattispecie penale con effetti di sfavore, ovvero possa implementare gli elementi normativi della suddetta fattispecie con analoghi effetti, adducono al riguardo argomenti di varia natura, riconducibili essenzialmente: a) all'assenza di una diretta competenza UE in materia penale; b) all'esigenza di democraticità delle fonti incidenti in materia penale; c) alla necessaria prevedibilità dell'interpretazione delle norme penali».

xvA. BERNARDI, op. cit., 43: «vale la pena provare ad elencare alcune delle ragioni che potrebbero, appunto, supportare la tesi favorevole alla generalizzata ammissibilità della interpretazione conforme in malam partem. La prima di queste ragioni risiederebbe nello stesso principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 par. 3 TUE».

xviF. VIGANÒ, Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali, in Studi in onore di Mario Pisani, a cura di P. Corso, E. Zanetti, Piacenza, 2010, par. 6.1.

xviiG. GRASSO, Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri, Milano, 1989, 302. A. BERNARDI, op. cit., 21: «l'implementazione di elementi normativi della disposizione penale da parte di norme UE potrà avvenire esclusivamente se queste ultime sono self-executing. Solo una norma UE autoapplicativa, infatti, può essere deputata a integrare, al pari di una norma di diritto interno, un elemento normativo della disposizione penale».

xviiiA. BERNARDI, op. cit., 45: «il primo argomento si basa su una constatazione difficilmente confutabile: ammettere, una interpretazione conforme della disposizione penale con effetti di sfavore a partire da norme UE not self-executing equivale a far discendere dalle suddette norme UE un tipo di effetto diretto verticale in teoria ad esse precluso».

xixIbid., 46: «i cittadini non sono tenuti a conoscere le norme UE not self-executing, che infatti risultano indirizzate agli Stati membri. Pertanto, nel caso in cui l'interpretazione in malam partem della norma penale interna sia la conseguenza dell'esigenza di conformare quest'ultima a tali norme UE, un siffatto approdo ermeneutico tende a porsi in contrasto con l'art. 7 CEDU in tema di legalità penale. In base ai contenuti conferitigli dalla Corte EDU, infatti, tale articolo valorizza aspetti qualitativi della norma penale ulteriori a quello relativo alla sua determinatezza, in quanto concernenti l'accessibilità-prevedibilità della norma in questione».

xxE. CANNIZZARO, Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato, in *Giustizia Insieme*, 2021, par. 2.

xxiA. PERSICO, Concessioni balneari: interviene la Corte di giustizia, a conferma della posizione dell'Adunanza Plenaria. (Nota a Corte di giustizia, Sez. III, sentenza 20 aprile 2023, in causa C-348/22), in *Giustizia Insieme*, 2023, 11: «la pronuncia in questione suscita le stesse perplessità già evidenziate dalla dottrina in sede di commento alle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria in ordine all'ammissibilità degli effetti cd. "verticali inversi" ovvero in malam partem».

xxiiD. GALLO, Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte Costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 182: «La Corte di Lussemburgo, dal canto suo, pare dell'avviso opposto: pur non dichiarando espressamente che l'articolo 325 TFUE è direttamente efficace, sembra ritenere che lo sia laddove puntualizza, sia in Taricco et al. che in M.A.S. e M.B., che l'articolo 325 TFUE pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione»; «Il problema di una tale impostazione è il seguente: riscontrare l'esistenza dei classici presupposti dell'effetto diretto non significa, automaticamente, che essi siano soddisfatti. La Corte deve necessariamente motivare se vengano gli elementi costitutivi dell'effetto diretto, motivazione questa assente nel ragionamento dei giudici UE»; «potrebbe, infatti, dirsi che la norma è chiara e precisa; tuttavia, essa non sembra contenere un obbligo (e il diritto che ne costituisce la contropartita) incondizionato. Il core dell'effetto diretto sta, infatti, nell'incondizionatezza di un precetto, nella sua consapevole invocazione da parte del singolo e nella sua applicabilità da parte del giudice, a condizione che la norma conferisca un diritto, una posizione giuridica soggettiva al singolo o, perlomeno, che da essa derivi un vantaggio per quest'ultimo. Tutte caratteristiche di cui l'articolo 325 TFUE è privo».

xxiiiCorte costituzionale, sentenza n. 115/2018: «ugualmente l'art. 325, paragrafo 2, TFUE non perderebbe il suo tratto non adeguatamente determinato per fungere da base legale di tale operazione in materia penale, posto che i consociati non avrebbero potuto, né oggi potrebbero sulla base del solo quadro normativo, raffigurarsi tale effetto»; «e una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso, diversamente da quanto accade con la regola Taricco. Fermo restando che compete alla sola Corte di giustizia interpretare con uniformità il diritto dell'Unione, e specificare se esso abbia effetto diretto, è anche indiscutibile che, come ha riconosciuto la sentenza M.A. S., un esito interpretativo non conforme al principio di determinatezza in campo penale non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento».

xxivG. TROPEA, Concessioni balneari e diritto europeo: nuovi "lati oscuri" della disapplicazione del giudice penale (nota a Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2019, n. 25993) in www.dirittifondamentali.it: «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».

xxvIn materia di reati ambientali, in senso critico circa la possibilità di una divaricazione tra l'oggetto di tutela e le prescrizioni extrapenali violate, V. D. FALCINELLI, op cit., 7: «La scelta qualificativa in termini di abuso, connotante la condotta in molteplici previsioni incriminatrici, così come la recente inserzione dell'avverbio «abusivamente» come componente costruttiva delle fattispecie codicistiche delittuose di inquinamento e di disastro ambientale (ove acquista l'innovativo e peculiare ruolo di attributo della causalità del fatto), ha già suscitato plurimi interrogativi. Su un versante stanno quelle preoccupazioni specifiche – ridondanti nella quaestio dell'art. 615-ter c.p. - circa la tipicità della fattispecie, che si teme non abbia la forza di espungere dall'ambito di applicazione della disposizione la violazione di principi che non si siano tradotti in precisi precetti, così come la violazione di prescrizioni contenute in autorizzazioni amministrative non strettamente funzionali alla tutela dello specifico bene giuridico (come è per l'ambiente, la cui protezione è gestita pure da norme a difesa del territorio, del paesaggio, della salute o del decoro urbano)».

xxviIn ordine al bene giuridico protetto dall'art. 1161 cod. nav., V. Cass. pen. Sez. IV, n. 21484/2007, dove emerge che l'«offesa dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice» è rappresentata dall'«interesse della collettività di godere dell'area demaniale»; in ordine alla tendenza di «buona parte dei giudici italiani a "leggere" le fattispecie incriminatrici in modo tale da consentirne l'applicabilità ai casi di aggressione ai suddetti beni/interessi», cioè a «tutela di norme UE e di beni/interessi comunitari da esse previsti», V. A. BERNARDI, op. cit., 13.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=11704>