

N. 6184/18/21 R.G.P.M.
N. 6202/2018 R.G.G.I.P.



TRIBUNALE DI GENOVA
UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI

Il Giudice dr. Riccardo Ghio,

visti gli atti del procedimento indicato in epigrafe a carico di
Galli Claudio, n. a Pontremoli il 3.11.1949

Indagato del reato di cui all'art. 1161 cod. nav. per avere arbitrariamente
occupato, in assenza di concessione, lo stabilimento balneare denominato
"bagni Liggia", in Genova, acc. Nel 2018

Letta, in particolare, l'istanza dalla difesa dell'indagato, depositata il
17.11.2021, con la quale si chiedeva la revoca di provvedimenti di sequestro
preventivo del predetto stabilimento balneare, sostanzialmente rilevando che
la recente decisione del Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, n. 18/2021,
del 9.11.2021, avrebbe ribadito la perdurante validità del titolo concessorio
rilasciato al Galli fino al 31.12.2023 e che, in ogni caso, avrebbe escluso ogni
rilevanza penale ad ipotesi analoghe a quelle oggetto del presente
procedimento.

Visto il parere contrario al dissequestro espresso, in data 18.11.2021, dal PM,
il quale rimetteva la decisione al GIP, essendo il procedimento ancora in fase
di indagini, ex art. 321, 3° c., c.p.p..

Effettivamente, il predetto stabilimento balneare è stato oggetto di due distinti
provvedimenti di sequestro preventivo, il primo del 12.7.2019, avente ad
oggetto la spiaggia, emesso dal Tribunale del Riesame di Genova, in seguito
alla sentenza 6.3.2019 della Suprema Corte, che aveva annullato una
precedente ordinanza del medesimo Tribunale che aveva rigettato la richiesta
di sequestro del P.M.; il secondo del 8.11.2021, adottato dal GIP presso il
Tribunale di Genova, avente ad oggetto i fabbricati pertinenziali al tratto di
arenile già sequestrato.

L'adozione del primo provvedimento è stata piuttosto tormentata perché, ad un
primo provvedimento di reiezione della richiesta del PM, pronunciato dal GIP
presso il Tribunale di Genova, confermato dal Tribunale del Riesame, è seguita
l'ordinanza sopra richiamata, applicativa del sequestro sulla scorta dei principi

di diritto espressi dalla Suprema Corte nella sentenza di annullamento, anch'essa sopra ricordata.

Ai fini della decisione va, preliminarmente, ricapitolata la storia del titolo concessorio dell'indagato.

Costui era titolare da tempo [anno 1998] della concessione demaniale relativa ai bagni Liggia, la cui scadenza, per effetto dei rinnovi medio tempore intervenuti, era fissata al 31.12.2009 [cfr. agli atti, da ultimo, la concessione del 11.6.2008, l'ultima rilasciata alla società Zeffiro S.n.c. rappresentata dall'indagato].

Nelle more di un nuovo procedimento di proroga, in data 18.11.2011 il dirigente della direzione patrimonio del comune di Genova comunicava al Galli la proroga ex lege della concessione, fino al 31.12.2012, in virtù dell'art. 1, 18° c, D.L. 194/2009, convertito dalla L. 25/2010 [cfr. art. 1, 18°: "... *il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2012 è prorogato fino a tale data*"]

Il D.L. 18.10.2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, all'art 34-duodecies, prorogava ulteriormente ex lege la durata delle concessioni demaniali marittime fino al 31.12.2020

Pertanto, l'ultima concessione ottenuta dal Galli aveva scadenza il 31.12.2009, poi prorogata, in virtù dei due atti normativi sopra citati, fino al 31.12.2020, onde il procedimento amministrativo di proroga avviato comunque su richiesta del Galli era archiviato.

Per valutare la perdurante vigenza della concessione e, in definitiva, la sussistenza dell'elemento oggettivo del reato ipotizzato, occorre, in primo luogo, verificare la legittimità delle proroghe ex lege del termine di scadenza.

I provvedimenti di sequestro preventivo sopra menzionati hanno ritenuto la illegittimità di siffatte proroghe, per contrasto con la disciplina comunitaria, in particolare le norme del TFUE, che sanciscono il diritto di stabilimento e la libertà di concorrenza, e la direttiva 2006/123.

Tale conclusione discende in modo inequivoco da una serie di interventi giurisprudenziali di natura diversa.

La Corte Costituzionale, con giurisprudenza risalente ad oltre dieci anni or sono, ha sancito espressamente la contrarietà del sistema di proroghe ex lege delle concessioni demaniali marittime con l'art. 117 cost., in relazione proprio ai vincoli derivanti per l'ordinamento italiano dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della libera concorrenza [cfr. Corte

Cost. sentenze 180/2010, 233/2020, 340/2010, relative all'incostituzionalità di varie leggi regionali che introducevano proroghe automatiche, e la sentenza 171/2013, che dichiarava l'incostituzionalità della L.R. 24/2012 della regione Liguria relativa proprio alla proroga automatica delle concessioni demaniali marittime].

La Corte di Cassazione ha sancito espressamente, proprio in relazione alla materia in esame ed al reato p. e p. dall'art. 1161 cod. nav., il dovere di disapplicare la normativa primaria italiana che preveda proroghe ex lege in contrasto con la normativa comunitaria [cfr., da ultimo, Cass. Sez. 3, Sentenza 21281 del 16/03/2018 Cc. (dep. 14/05/2018) Rv. 273222 – 01: *“In tema di occupazione abusiva di beni del demanio marittimo, va disapplicata la normativa di cui all'art. 24, comma 3-septies, d.l. 24 giugno 2016, n. 113, conv. in l. 7 agosto 2016, n. 160, in quanto la stessa, stabilizzando gli effetti della proroga automatica 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, contrasta con l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkestein) e, comunque, con l'articolo 49 TFUE”*; Id. Sez. 3, Sentenza n. 7267 del 09/01/2014 Cc. (dep. 14/02/2014) Rv. 259294 – 01].

Proprio con la sentenza 25993/2019, con la quale annullava la prima ordinanza del Tribunale del Riesame di Genova in questo procedimento, la Suprema Corte ribadiva la propria esegesi, reiteratamente espressa in passato, per cui andava disapplicata la normativa interna, relativa alla proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, per contrasto con quella comunitaria.

La Corte di Giustizia europea, nella decisione 14.7.2016 [relativa alle cause riunite C-458/14 e C-67/15] ha ulteriormente sancito che sia l'articolo 49 TFUE che l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, ostano ad una norma interna che preveda 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, nei limiti in cui, limitatamente al portato della direttiva, tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo.

Di recente, infine, anche il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con la sentenza 9.11.2021, ha ribadito *“il principio secondo cui il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica ex lege fino al 31.12.2033 delle concessioni in essere”*.

L'omogeneità del panorama giurisprudenziale appena esaminato porta a concludere, senza dubbio alcuno, che la disciplina delle proroghe ex lege sia

illegittima, per le ragioni anzidette, e che dunque l'elemento oggettivo del reato ipotizzato dal PM, ovvero l'occupazione *sine titulo* di un bene demaniale marittimo, sia senz'altro integrato dalla condotta dell'indagato.

- * Questa conclusione sembrerebbe avversata dal Consiglio di Stato, nella recentissima decisione sopra ricordata, nella parte in cui si legge che *"la descritta operazione di non applicazione della legge nazionale anticomunitaria non può in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per al semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti in malam partem"*.

Ma l'operazione di disapplicazione della normativa interna anticomunitaria non introduce affatto una nuova fattispecie penale o, comunque, non ne integra direttamente alcun elemento costitutivo, onde non di pone in contrasto con alcuno dei principi fondanti del diritto penale italiano.

Lo afferma *expressis verbis* la sentenza 25993/19 della Suprema Corte, allorché, da ultimo, rileva come non possa *"porsi una questione di applicazione in malam parte 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"*.

Affermata, con l'autorevole avallo dei massimi organi giurisdizionali italiani e sovranazionali, l'esistenza dell'elemento oggettivo del reato contestato, occorre peraltro affrontare un altro aspetto, ovvero la possibilità per il giudice, nel subprocedimento cautelare reale, di esaminare anche l'elemento psicologico del reato in contestazione.

L'esegesi della Suprema Corte è da tempo pervenuta all'affermazione per cui il controllo giurisdizionale dovrà vertere sulla sussumibilità, pur sommaria, del fatto nella fattispecie penale in contestazione.

In altri termini, pur senza doversi pervenire ad anticipate decisioni di questioni di merito concernente la responsabilità dell'indagato, rimanendo altresì preclusa ogni valutazione riguardo alla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza a carico di costui, il giudice deve controllare la compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale e *"l'estensione del giudizio può formare oggetto di scrutini contenutisticamente differenziati in relazione ai diversi stadi di accertamento dei fatti ed al materiale posto dal P.M. a sostegno della richiesta di emissione della misura, non potendo il giudice, in presenza di indagini che abbiano consentito l'acquisizione di articolate risultanze, limitare la propria disamina all'apparente configurabilità del "fumus" e rinunciare ad operare un più penetrante sindacato che pure gli elementi acquisiti gli consentirebbero"* [Così Cass. Sez. 2, Sentenza 18778 del 25/03/2014 Cc. (dep. 07/05/2014) Rv. 259960 – 01]

In coerenza con tale impostazione e con i principi enunciati dalla Corte Costituzionale [Cfr. Corte Cost. 4.5.2007 n. 153, secondo cui al giudice non è *“riservato unicamente un controllo meramente “cartolare” e formale; ne’, correlativamente, esso risulta impedire - negli ovvi limiti, diano ricordati, propri del giudizio di riesame delle misure cautelare reali - la verifica, nel singolo caso concreto, del fumus del reato ipotizzato dall'accusa, come risulta evidente, nella specie, dall'esplicito riferimento del principio di diritto stesso alla rilevabilità del difetto di elemento soggettivo, purché ictu oculi”*], in epoca più recente la giurisprudenza di legittimità ha osservato che in sede di riesame dei provvedimenti che dispongono misure cautelari reali, il giudice, benché gli sia precluso l'accertamento del merito dell'azione penale ed il sindacato sulla concreta fondatezza dell'accusa, deve operare il controllo, non meramente cartolare, sulla base fattuale nel singolo caso concreto, secondo il parametro del *fumus del reato ipotizzato*, con riferimento anche all'eventuale difetto dell'elemento soggettivo, purché di immediato rilievo [cfr. da ultimo, Cass. Sez. 5, Sentenza n. 26596 del 21/05/2014 Cc. (dep. 19/06/2014) Rv. 262638 – 01: *“In tema di sequestro preventivo, ai fini dell'affermazione del “fumus commissi delicti” del reato proprio contestato anche a soggetti che non rivestono la qualifica tipica, è necessario che il giudice motivi anche sull'elemento psicologico dell'autore proprio, atteso che la sua mancanza impedisce la stessa astratta configurabilità del predetto reato. (Fattispecie relativa al reato di ostacolo all'esercizio delle funzioni dell'autorità di vigilanza contestato in concorso al direttore generale di una Cassa di Risparmio e a soggetti estranei all'ente di credito); Id Sez. 6, Sentenza n. 31382 del 28/06/2011 Cc. (dep. 05/08/2011) Rv. 250441 – 01]*

La valutazione del *fumus boni iuris* con riguardo all'elemento soggettivo del reato in capo all'indagato ed all'esegibilità del comportamento coerente con diritto comunitario non può non pervenire, in ultima istanza, alla negazione dell'elemento psicologico del reato ipotizzato.

Va detto, innanzitutto, che il giudizio circa l'elemento psicologico appare di immediato rilievo nella misura in cui, nel presente procedimento, gli elementi di prova raccolti sono essenzialmente cartolari, afferiscono ai procedimenti amministrativi e giurisdizionali che si sono via via succeduti, tanto in riferimento ai bagni Liggia che alla normativa generale sulle concessioni demaniali, onde appare assolutamente verosimile ritenere che una eventuale istruttoria dibattimentale non possa aggiungere alcunché sotto questo specifico profilo. Soprattutto in casi siffatti, in cui le prove dell'elemento soggettivo del reato sono già tutte acquisite e non suscettibili di sviluppi ulteriori, il giudice non può esimersi dal valutarne la sussistenza e, in caso di accertamento negativo, concludere per l'insussistenza del reato e, conseguentemente, per l'impossibilità di adottare il provvedimento cautelare richiesto.

È innegabile, allora, che il Galli si sia trovato “ostaggio” di un pervicace e contrastante atteggiamento dei pubblici poteri.

Da una parte la pubblica amministrazione, che con la ricordata comunicazione del 18.11.2011, sottoscritta dal dirigente della direzione patrimonio del comune di Genova, poneva fine al procedimento di proroga della concessione dell'indagato, applicando il D.L. 194/2009 e garantendo la proroga ex lege fino al 31.12.2012.

Questo atteggiamento, certamente illegittimo alla luce delle disposizioni costituzionali (art. 117) e comunitarie (art. 49 TFUE e direttiva 2006/123), era comunque suffragato dalla legislazione nazionale, che in ben due occasioni disponeva proroghe ex lege della durata della concessione demaniale marittima.

Quindi, tanto il potere legislativo, quanto il potere amministrativo, che al primo ovviamente si conformava, erano in evidente contrasto con le disposizioni comunitarie [dove le due procedure di infrazione aperte contro lo stato italiano]; il secondo, in particolare, non dava corso a procedimenti amministrativi di proroga, limitandosi a prendere atto dell'intervenuta proroga ex lege, la cui operatività, ricorda ancora la recente sentenza del Consiglio di Stato più volte citata, opera a prescindere dal suo recepimento in atti amministrativi esecutivi: *“La risposta al quesito sub 2) richiede, infatti, la previa qualificazione dell'atto di rinnovo di proroga, richiesto o che sia stato eventualmente già adottato. L'Adunanza plenaria ritiene che l'atto di proroga sia un atto meramente ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge e quindi alla stessa direttamente riconducibile (così la sentenza Cons. St., sez. VI, 18.11.2019 n. 7874)”*.

Dall'altra parte, gli interventi a più riprese della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia europea, che riaffermavano i principi comunitari e costituzionali del diritto di stabilimento e della libera concorrenza, disapplicando le leggi di proroga e gli eventuali provvedimenti amministrativi di recepimento di esse.

Non c'è dubbio della bontà e della legittimità di questa seconda posizione ma non si tratta qui, ovviamente, di dare giudizi di valore bensì di considerare la posizione del cittadino, nella fattispecie, l'indagato, sotto un duplice punto di vista.

In primis con riferimento alla scusabilità dell'errore circa la legittimità del proprio comportamento, generato dall'ingannevole informazione/disposizione prodotta da fonti qualificate.

Non si è di fronte ad un c.d. delitto naturale, bensì ad una fattispecie artificiale, di mera creazione legislativa, il cui disvalore sociale è apprezzato unicamente in virtù della normativa disciplinante le modalità di utilizzo dei beni pubblici.

In questo ambito, il Galli – che pure dagli atti del PM si ricava non solo essere imprenditore da lungo tempo nello specifico settore degli impianti di balneazione, ma pure ricoprire cariche in associazioni di categoria – non poteva non essere comunque fuorviato, nella valutazione del proprio comportamento – che, stante l'assenza di rilievo di sorta, evidentemente si svolgeva secondo le modalità previste dall'originario atto concessorio prorogato, con pagamento del relativo canone o con maturazione del correlativo debito verso l'erario – sia dai provvedimenti legislativi, che reiteravano la proroga di validità della concessione, che dai provvedimenti della P.A., che non davano corso alla richiesta ordinaria di proroga avanzata dal Galli confermando la proroga ex lege.

Anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha rilevato come, dalla successione di numerose disposizioni normative, coeve a decisioni di diversi organi giurisdizionali di segno contrario, sia *“derivata una situazione di sicura incertezza”*, conseguente, in particolare, ad *“un quadro di incertezza normativa”* [così sentenza del 9.11.2021].

Ad alimentare questa incertezza ha contribuito anche l'autorità giudiziaria in questo stesso procedimento.

Ne dà conferma non solo la genesi travagliata del provvedimento di sequestro preventivo, emesso al quarto pronunciamento cautelare sul punto, ma anche la successione dei provvedimenti cautelari, posto che in prima istanza la misura reale aveva avuto ad oggetto solo l'arenile, senza interessare il fabbricato insistente su di esso, pure occupato dal Galli, circostanza che poteva anche interpretarsi da quest'ultimo come manifestazione di liceità dell'occupazione dell'immobile.

Del resto, anche sull'occupazione dell'arenile, in sequestro da luglio 2019, l'autorità inquirente, pur avendo adottato l'atto temporaneamente ablatorio, non ha ancora esercitato l'azione penale, non stigmatizzando in modo inequivoco ed irrefutabile la condotta dell'indagato.

La situazione in cui versava l'indagato appare, *ictu oculi*, rientrante nella casistica elaborata da Corte Cost, sentenza 364/1988, per delineare i confini dell'ignoranza inevitabile della legge penale, con effetti esimenti della relativa responsabilità.

La Consulta, in particolare, indicava la necessità di ritenere inevitabile l'ignoranza in presenza di determinate *“circostanze di fatto in cui s'è formata la deliberazione criminosa (es assicurazioni erronee di persone istituzionalmente destinate a giudicare sui fatti da realizzare, precedenti...)”*, non mancando di sottolineare la rilevanza della *“generalizzazione dell'errore, nel senso che qualunque consociato, in via di massima, sarebbe caduto nell'errore sul divieto ove si fosse trovato nelle stesse particolari condizioni dell'agente”*.

Nel caso concreto l'agente, l'indagato Galli, si è trovato di fronte all'univoco atteggiamento di un legislatore che reiteratamente prorogava le concessioni

demaniali ed una P.A. che non dava corso alla richiesta di proroga dal medesimo presentata proprio facendo applicazione delle proroghe legislative. Avrà, evidentemente, confidato, anche qualora fosse stato avvertito del contrasto con la normativa comunitaria, nella possibilità che si realizzasse una composizione delle diverse disposizioni, convinto comunque di aver fatto tutto il possibile per ottenere la proroga della propria concessione in conformità al diritto nazionale e confortato di essere nella medesima situazione di altrettanti numerosi "colleghi", la cui concessione scaduta non era prorogata in via amministrativa, al pari della sua, in virtù delle proroghe legali anzidette. Proroghe, si badi bene, che pare siano comunque state realizzate anche in via giurisprudenziale posto che il Consiglio di Stato, al termine della sua sentenza in Adunanza plenaria, più volte citata, nella consapevolezza della necessità di modulare gli effetti temporali della propria decisione, onde assicurare alle numerosissime amministrazioni interessate un ragionevole lasso di tempo per intraprendere le operazioni funzionali allo svolgimento della gara, fissava gli effetti della propria decisione a decorrere dal 31.12.2023.

In secundis, in relazione a quale sarebbe stato il comportamento alternativo corretto esigibile dal Galli.

Costui, nonostante una pubblica amministrazione che l'autorizzava a proseguire nel rapporto concessorio, applicando non una ma addirittura due leggi statali di proroga, consapevole di essere nella condizione di moltissimi altri imprenditori del settore turistico balneare, non solo in Liguria ma, verosimilmente, in tutta Italia, avrebbe dovuto disattendere la proroga e rendersi inadempiente agli obblighi derivanti dal rapporto o, comunque, rescinderlo invocando a giustificazione un contrasto tra il diritto interno e quello comunitario del quale né la P.A. né il legislatore italiano volevano prendere atto.

È evidente che sia profondamente irragionevole pretendere dal privato cittadino di sostituirsi addirittura al legislatore nazionale nel rilevare che una norma di legge sia anticomunitaria, così irragionevole da essere sostanzialmente inesigibile, quantomeno sul fronte della responsabilità penale, dalla quale l'imputato deve essere ragionevolmente ritenuto esente, impregiudicato ogni effetto sul piano delle conseguenze amministrative del menzionato contrasto.

Ciò premesso, si ritiene, anche alla luce della recentissima decisione del Consiglio di Stato, di modificare il proprio convincimento, espresso nel provvedimento di sequestro dell'immobile e, stante la ritenuta assenza del *fumus boni iuris* del reato contestato, con precipuo riferimento all'elemento psicologico di esso, di revocare il sequestro sia dell'area demaniale che dell'immobile su di esso insistente

Visto l'art. 321 c.p.p.

Revoca

Il sequestro dell'area demaniale denominata Bagni Liggia e dell'immobile su di esso insistente *AL P.M. PER OBSOLEZIONE*

CEPMS, 3/12/2021

dep 3/12/2021

*IL CAPOFILA
Anche la Commissione*

