

MILANO

Via Sant'Andrea 3
20121 Milano
Tel. + 39.02.65560229
milano@contegiacomini.net

GENOVA

V.le Padre Santo 5/11B
16122 Genova
Tel. + 39.010.8315280
Fax + 39.010.8315285
genova@contegiacomini.net

MIAMI

Brickell World Plaza
600 Brickell Avenue
Suite 1750
Miami FL 33131
Tel. +1.305.371.2618
Fax +1.305.667.3215
miami@contegiacomini.net

altri uffici in
BRUXELLES – ROMA – BEIJING

IN QUESTO NUMERO

- Le nuove sfide del diritto penale europeo e transnazionale.
- Processo "Multipurpose": imputati assolti "perché i fatti non sussistono".
- I cd. "costi minimi" davanti ai Giudici dell'Unione europea: l'udienza del 7.04.2014
- Le Sezioni Unite della Cassazione sui reati di concussione e induzione indebita: "l'induzione non costringe ma convince".
- Dai "Miranda warnings" alla Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.
- La lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori, dal diritto dell'Unione Europea al diritto nazionale.
- Freedom of expression in European Law.
- Il "danno alla vita" è trasmissibile iure successionis?
- Nel penale l'abuso del diritto "prende il volo"?

CONTE & GIACOMINI



**AUGURA
UNA BUONA PASQUA**

MEMBRO DI:



LE NUOVE SFIDE DEL DIRITTO PENALE EUROPEO E TRANSNAZIONALE

A Seminar was held in Genoa on March 14.th 2014 relating to the latest EU draft Regulation on the European Public Prosecutor frame work and on the draft Directive which regulates the crimes affecting the financial interests of the EU. One implication of this is that criminal lawyers ought to increasingly open their minds to a supranational approach.

Il nostro Studio ha recentemente collaborato all'organizzazione di un Seminario di studio sulla proposta di Regolamento del Consiglio UE che istituisce la Procura Europea e la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio UE sugli illeciti penali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

La giornata, patrocinata dalla Scuola Superiore della Magistratura (Dott.ssa Rossella Atzeni), dall'Ordine degli Avvocati di Genova e dalla Camera Penale della Liguria, è stata scandita dalle relazioni dell'Avv. Enrico Traversa (Direttore del Servizio Giuridico della Commissione UE), del Dott. Andrea Venegoni (Magistrato in servizio presso l'OLAF), del Dott. Antonio Mura (Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione) e del Dott. Vito Monetti (Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova).

I temi sviluppati dai relatori hanno toccato punti fondamentali del nuovo assetto che il Regolamento e la Direttiva determineranno in seno all'UE sul piano della giustizia penale: dall'inserimento del Procuratore Europeo nel sistema costituzionale dell'UE, allo sviluppo futuro di un vero e proprio diritto penale UE, dall'integrazione del Procuratore Europeo negli ordinamenti nazionali, ai meccanismi di controllo e garanzia di questa nuova Istituzione.

Nell'aprire e coordinare il dibattito, ho ritenuto, per mia parte, di porre l'accento su un punto strategico che, nello specifico, attiene la Direttiva che delinea i reati contro gli interessi finanziari dell'Unione sui quali la competenza del Procuratore Europeo si esercita.

Il tema potrebbe avere ricadute delicatissime in un settore altamente sensibile per i cittadini quale è quello della giustizia penale.

Al momento, infatti, lo strumento legislativo UE prescelto per individuare e definire tali illeciti, è quello della Direttiva che, come noto, deve essere attuata attraverso il recepimento nelle legislazioni nazionali che ciascuno Stato membro aderente al sistema è tenuto a darvi entro il termine indicato nella Direttiva medesima.

Ebbene, non è irrealistico prevedere che il recepimento da parte dei singoli Stati possano dar luogo a differenze attuative tali da determinare seri problemi di interpretazione ed i conseguenti effetti.

Il Procuratore Europeo si troverà infatti ad operare nel territorio di singoli Stati e, pur vincolato dalla Direttiva, non potrà non tenere conto delle legislazioni nazionali che la attuano e nel cui spazio di giurisdizione debba agire anche in funzione dell'eventuale giudizio che potrà aver luogo a seguito della azione penale da lui promossa. Giudizio che si celebrerà davanti al giudice nazionale che risulterà essere competente il quale, a sua volta, potrà trovarsi a dover risolvere delicate questioni di interpretazione con eventuale opportunità/obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE.

Su questo delicatissimo passaggio, mi permetto suggerire l'opportunità di un ripensamento sull'ipotesi che lo strumento legislativo del Regolamento sarebbe certamente più appropriato non solo per garantire l'immediata operatività della normativa su tutto il territorio UE, ma soprattutto per assicurarne l'uniformità. Osservo che l'adozione dello strumento della Direttiva non mi pare imposto da ragioni di diritto ma piuttosto da motivazioni "politiche" (la persistente resistenza degli Stati a trasferire proprie prerogative, specie in materie che toccano i loro poteri tradizionali e sovrani) che, in questo caso, mi paiono davvero mal riposte. Ed infatti, o il meccanismo funziona ed è effettivo, o potremmo rimpiangere di averlo avviato.

Venendo al punto, è bene chiarire che i Trattati non impediscono affatto, in questa specifica ipotesi, di utilizzare lo strumento del Regolamento. Se infatti è certamente vero che l'art. 83 TFUE prevede che, in generale, la materia della cooperazione giudiziaria in materia penale sia normata "mediante direttive", è

anche vero che il successivo art. 86 specifica che per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione si procederà con Regolamento al fine di istituire la Procura Europea nel mentre l'art. 325 dispone che la lotta contro le frodi in danno della UE sarà attuata "mediante misure" appropriate, efficaci e dissuasive. Nulla impedisce dunque che in questo specifico ambito di illeciti penali, gli Stati decidano di avvalersi a livello UE del più forte strumento legislativo disponibile: il Regolamento.

Ciò detto, sempre restando nell'ambito del diritto penale transnazionale, colgo l'occasione per ricordare l'esigenza di un approccio costantemente innovativo ed "aperto al mondo" cui, spesso, gli Avvocati penalisti appaiono sfuggire, sia sul piano della formazione, sia sul piano dei modelli organizzativi.

In questa ottica ASLA ha costituito un "gruppo di lavoro" sul diritto penale dell'economia, con particolare focus sui profili UE e transnazionali, coinvolgendo Colleghi esperti che svolgono il loro lavoro in seno a Studi associati, idonei a misurarsi con le nuove necessità/opportunità che anche il diritto penale impone di affrontare/cogliere.

Sul punto, a puro titolo esemplificativo, voglio solo ricordare qui due recenti sentenze capaci di rivoluzionare l'approccio meramente nazionale a temi di relevantissima portata pratica.

La Corte EDU, con la sentenza resa il 29/10/13 nel caso Varvara c. Italia, ha messo in discussione, fra l'altro, il sistema della prescrizione e la limitatezza dell'art.129,2° comma, Cpp, nella parte in cui, ove la prescrizione sia intervenuta, prevede l'assoluzione nel merito soltanto nel caso in cui "dagli atti risulta evidente" l'innocenza dell'accusato, senza richiedere una previa valutazione di merito a seguito di regolare istruttoria dibattimentale.

Sempre la Corte EDU, con la sentenza resa il 4/3/14 nel caso Grande Stevens e altri c. Italia, ha sancito il principio che il "ne bis in idem" si applica anche all'ipotesi in cui per il medesimo fatto si proceda in una sede amministrativa (Consob). Poco importa, secondo la Corte EDU che l'ordinamento nazionale definisca il procedimento e le sanzioni come di natura amministrativa (si veda fra le altre la sentenza Menarini).

Ciò che conta è la rilevanza e afflittività sostanziale del procedimento medesimo e della sanzione che lo conclude.

In tale caso un contestuale o successivo procedimento penale sarebbe inammissibile ponendosi in contrasto, appunto, col "ne bis in idem". Tanto basta per rendersi conto che i penalisti Italiani non possono certo chiudersi all'apertura transfrontaliera pena una emarginazione che li escluderebbe dai più stimolanti percorsi professionali.

Giuseppe Giacomini
g.giacomini@contegiacomini.net

PROCESSO "MULTIPURPOSE": IMPUTATI ASSOLTI "PERCHÉ I FATTI NON SUSSISTONO".

The "Multipurpose" terminal in the port of Genoa is probably the most emblematic case of the complexity in managing public leases in ports where different operators' interest are involved.

Suffice it to say that following this case the former President of the Port Authority was arrested. Also, many other port managers were put under criminal investigation for altering the result of the tender, which was launched in 2004.

Today, this story has finally come to an end.

On the 13th of March 2014, the Corte di Cassazione found all the accused not guilty.

Il 13 marzo 2014 la Corte di Cassazione ha finalmente posto la parola “fine” sulla tormentata vicenda “Multipurpose” accogliendo pienamente il nostro ricorso nell’interesse di Aldo Grimaldi, oltre che quelli dei legali dei coimputati, e rigettando le impugnazioni del Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Genova e della parte civile.

La sentenza della Corte di Appello di Genova è stata annullata senza rinvio e tutti gli imputati sono stati assolti “perché i fatti non sussistono”.

Si tratta di un risultato straordinariamente positivo, tenuto anche conto del fatto che la Cassazione, Giudice del diritto, molto raramente, quando annulla una sentenza, decide direttamente sui fatti. Più spesso, in tale ipotesi, rinvia infatti al Giudice di merito per il riesame del caso alla luce dei principi di diritto da lei indicati.

Ma facciamo un passo indietro.

I fatti oggetto del capo di imputazione risalgono a circa 10 anni fa.

Già nel 2003, l’Autorità Portuale di Genova (con l’allora Presidente Gallanti) aveva tentato di promuovere intese tra i soggetti interessati al terminal Multipurpose, al fine di realizzare una suddivisione delle aree che contemperasse i molteplici interessi in gioco.

Gli accordi in questione non si perfezionarono durante il mandato del Pres. Gallanti e vennero ripresi in considerazione durante il mandato del Pres. Novi.

Fu infatti in quel periodo (primavera 2004) che venne siglato un accordo che prevedeva una “spartizione” consensuale delle aree del Multipurpose fra i diversi soggetti imprenditoriali interessati.

La Procura della Repubblica di Genova ha ritenuto che l’accordo di cui sopra fosse il risultato della commissione di diversi reati, primi fra tutti alcuni delitti contro la pubblica amministrazione quali la tur-

bativa d’asta e la concussione.

Secondo i Pubblici Ministeri, infatti, l’allora Presidente dell’Autorità Portuale di Genova ed altri soggetti di primaria importanza in ambito portuale, avrebbero turbato la procedura di evidenza pubblica indetta nel novembre 2003, commettendo concussioni, allontanando gli offerenti e promuovendo accordi sostitutivi ex art. 18 co. 4 Legge 84/1990 che, sempre secondo la tesi accusatoria, in quel caso, non sarebbero stati consentiti. Con ciò danneggiando sia la Pubblica Amministrazione, sia taluni operatori portuali che, secondo l’accusa, si erano trovati costretti ad accettare la “spartizione” promossa/imposta dall’Autorità Portuale.

A seguito dell’instaurarsi dell’indagine penale, tale “spartizione” delle aree del Multipurpose alla quale si era arrivati nel 2004 è stata quindi messa in discussione e i soggetti firmatari dell’intesa sono stati, di conseguenza, privati del loro diritto a permanere sulle aree che erano state loro concesse in virtù del sopra menzionato accordo.

Inizialmente, l’Autorità Portuale di Genova, in attesa che il procedimento penale seguisse il suo corso, aveva rilasciato a detti soggetti titoli concessori provvisori, consentendo la continuazione delle loro attività su quelle aree ed evitando così di bloccare o comunque ridurre sia l’operatività delle singole imprese, sia quella del Porto di Genova. E anche perché, in tal modo, si sarebbero limitati i danni che agli stessi sarebbero derivati in conseguenza di un eventuale, possibile risarcimento nel caso in cui l’accertamento penale si fosse concluso in senso favorevole agli imputati. Come poi è effettivamente accaduto.

Le determinazioni della Autorità Portuale genovese ad un certo punto sono però cambiate.

La stessa, ha deciso di indire una gara per l’assegnazione del Multipurpose, compendio che, proprio in virtù di detta gara, è stato poi assegnato in via definitiva proprio all’operatore portuale che aveva rappresentato la principale fonte accusatoria.

La scelta sopra menzionata ha aperto la strada a rilevanti rischi che, se all’epoca sembravano lontani, oggi, sono diventati realtà.

La Corte di Cassazione ha infatti una volta per tutte chiarito che i reati contestati dalla Pubblica Accusa erano insussistenti, restituendo ai protagonisti della vicenda la dignità e l’onorabilità che qualcuno aveva messo così pesantemente in discussione nonostante la debolezza dell’impianto accusatorio ed a fronte di decenni di attività imprenditoriale e professionale svolta con autorevolezza e trasparenza da tutti gli imputati.

Cosa succederà a questo punto della incredibile vicenda?

Il problema non è da poco sotto il profilo pratico e giuridico.

Le motivazioni della sentenza della Corte di Cassazione non risultano ancora depositate ma è facile immaginare le conseguenze quanto ai danni subiti dagli operatori, dalla stessa Autorità Portuale, dal Porto di Genova e dalla città nel suo complesso.

Per non parlare del pregiudizio, non solo economico, subito dai protagonisti del processo bollati per anni da un marchio d’infamia tanto ingiusto quanto doloroso da cancellare. Anche se non va dimenticato che, comunque, sono stati in molti a non dubitare mai della loro onestà.

Saremo pertanto davvero tanti a leggere con interesse le motivazioni di questa storica sentenza.

Beccaria scriveva che ciascun cittadino deve avere il potere di fare tutto ciò che non è contrario alle leggi, senza temere altro inconveniente se non quello che può nas-

cere dalle azioni medesime...anche in questo senso la storia del Multipurpose ci insegna molte cose!

Giuseppe M. Giacomini
g.giacomini@contegiacomini.net

Laura Castagnola
l.castagnola@contegiacomini.net

**I CD. "COSTI MINIMI"
D'AVANTI AI GIUDICI
DELL'UNIONE EUROPEA:
L'UDIENZA DEL 7.04.2014**

On Monday, 7 April 2014, in Luxembourg, a hearing was held before European Court of Justice about the preliminary ruling procedure on the subject of minimum road transport costs. The parties attending the procedure were as follows: Confetra, Confindustria, ANCC, Roquette Italia S.p.a, who represented the opinion to prohibit minimum costs. The other side, was represented by Fai-Confrtrasporto, Consorzio Trasporti Europei Genova and Semenzin Fabio Autotrasporti, stating that the minimum cost law should not be restrained. The State of Italy hold the same view. European Commission Agent Luigi Malferrari has dealt with some legal issues in depth. He took the same position as the above mentioned party: minimum costs should be prohibited, because they infringe on the protection of competition and the freedom of establishment.

Lunedì 7 aprile, a Lussemburgo si è tenuta l'udienza dibattimentale relativa ai procedimenti pregiudiziali riuniti (cause C-184/13 – C-187/13, C-194/13, C-195/13 e C-208/13, API e a.) sul tema dei cd. "costi minimi" dell'autotrasporto.

All'interno della Grande Salle, davanti ai Giudici della V Sezione (T. von Danwitz, D. Svaby, A. Rosas, C. Vajda, E. Juhász), si sono riuniti, insieme ai sottoscritti Avvocati Gia-

comini, Damonte e Demartini per Roquette Italia S.p.a.(era presente anche l'Avv. GianLuca Castellani, legale in house di Roquette Italia), società stabilita in Italia, partecipata al 100% dalla Capogruppo francese Roquette Frères, i legali di alcune delle altre Parti dei giudizi nazionali. Secondo l'ordine prestabilito, hanno esposto per primi le proprie arringhe gli avvocati di Confetra, Confindustria, ANCC ed i sottoscritti, contro la normativa nazionale di cui all'art. 83 bis del D.L. n. 112/2008, chiedendo alla Corte che la risposta ai quesiti formulati dai Giudici del Tar sia resa nel senso di dichiarare l'incompatibilità di tale disciplina con le norme comunitarie a tutela della concorrenza e della libertà di stabilimento/prestazione dei servizi. In particolare, è stato segnalato come la misura dei costi minimi imposti dal legislatore nazionale non sia idonea né proporzionata né necessaria rispetto alla finalità della tutela della sicurezza stradale. E ciò sia a motivo delle numerose deroghe previste all'applicazione delle suddette tariffe (ad esempio per i casi di "contratti di trasporto di merci su strada di durata o quantità garantite", da determinare attraverso accordi volontari di settore conclusi tra organizzazioni associative di vettori e di committenti nell'ambito della Consulta generale per l'autotrasporto e la logistica e per i casi di contratto stipulato in forma scritta, ove le prestazioni di autotrasporto siano effettuate entro il limite di cento chilometri giornalieri), eccezioni che paiono del tutto ingiustificate; sia anche per il fatto che la sicurezza stradale è già tutelata in maniera efficace e proporzionata da altre specifiche norme nazionali (in particolare il Codice della Strada), nonché da numerosi atti legislativi di diritto dell'Unione europea (tra cui il Regolamento (CE) n. 1072/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009 che fissa norme comuni per l'accesso al mercato in-

ternazionale del trasporto di merci su strada).

Inutile dire poi che un particolare focus è stato posto sulla specifica posizione di Roquette Italia che, in quanto espressione del diritto di stabilimento della controllante francese, ci ha permesso di evidenziare specifici e rilevanti profili giuridici in materia di stabilimento e prestazione dei servizi.

Successivamente, hanno preso la parola i legali degli autotrasportatori (Fai-Confrtrasporto, Consorzio Trasporti Europei Genova e Semenzin Fabio Autotrasporti) e l'Avvocatura per lo Stato italiano, che si sono concentrati sulle argomentazioni a sostegno e giustificazione dell'adozione dei costi minimi, insistendo sulla finalità di interesse pubblico perseguita dalla normativa.

In tale occasione, è stata altresì evidenziata la modifica intervenuta con il D.L. n. 95/2012 sulla spending review, che ha trasferito le competenze dell'Osservatorio sull'autotrasporto in capo alla Direzione generale per l'autotrasporto e l'intermodalità presso il Ministero dei Trasporti.

Ultimo intervento è stato quello della Commissione europea rappresentata da Luigi Malferrari, che si è occupato in maniera approfondita di alcune problematiche giuridiche.

Dopo una introduzione preliminare volta ad evidenziare la ricevibilità della causa pregiudiziale, l'agente della Commissione si è soffermato sulla natura particolare di uno dei giudizi nazionali, da cui ha avuto origine il rinvio, ossia una vertenza promossa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato avverso lo Stato italiano davanti ai Giudici del Tar Lazio, in base ai nuovi poteri che le sono stati attribuiti ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 287/90 (introdotto con legge n. 214 del 2011).

Come ha sottolineato Malferrari, secondo tale norma, l'AGCM è legittimata ad agire in giudizio in relazi-

one ad atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti emanati da qualsiasi amministrazione pubblica che violino le “norme a tutela della concorrenza e del mercato”; tale aspetto è stato ampiamente illustrato dall’Autorità, con riferimento ai provvedimenti emanati sulla base dell’art. 83 bis, nel ricorso introdotto e nelle successive memorie, insieme alla violazione delle libertà “comunitarie” di stabilimento e di prestazione dei servizi.

Nel ricordare alcune precedenti pronunce pregiudiziali sul tema delle tariffe minime, come quella degli avvocati nei casi Cipolla-Macrina (sentenza del 5.12.2006, C-94/04 e C-202/04) e la recente pronuncia sul regime tariffario delle SOA (sentenza del 5.12.2013, C-327/12), l’agente della Commissione ha ricordato che, in quelle fattispecie, la Corte aveva ritenuto valide ragioni imperative di interesse generale, tali da giustificare deroghe alla libertà di circolazione, l’asimmetria informativa tra i “clienti-consumatori” e gli avvocati, nel primo caso, e la necessità di garantire l’indipendenza delle SOA, nel secondo.

Malferrari ha ricordato poi come in altre pronunce (sentenza del 13.12.2007, Commissione c. Italia, C-465/05), invece, la Corte abbia negato la compatibilità con il diritto dell’Unione europea delle tariffe minime, previste ad esempio nel settore dei servizi di vigilanza privata.

Dopo la breve analisi dei detti precedenti, la Commissione ha quindi evidenziato come nel caso in esame la tutela della sicurezza, affermata dal legislatore per giustificare la previsione di costi minimi, non paia perseguita in maniera idonea e proporzionata attraverso tale mezzo; in particolare, l’agente della Commissione ha voluto mettere in guardia la Corte su quali potrebbero essere i rischi in termini di ricadute sul mercato comune, derivanti da una prassi giurisprudenziale orientata nella scelta

a favore del mantenimento di tale disciplina tariffaria.

La lunga discussione si è quindi conclusa all’esito delle brevi repliche espresse da alcune delle Parti e dei chiarimenti forniti ai Giudici della Corte su loro richiesta.

Greta Demartini
g.demartini@contegiacomini.net

LE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE SUI REATI DI CONCUSSIONE E INDUZIONE INDEBITA: “L’INDUZIONE NON COSTRINGE MA CONVINCERE”.

The sentence n. 12228 / 2014 of the United Chambers of the Supreme Italian Court, has fixed the parameters for distinguishing the crime of “bribery” (article 317 of Italian Criminal Code) from the crime of “Persuasion to give or promise benefit” (article 319 quarter).

First of all, exegeses have to consider behaviors with stronger intimidating skill as a conduct of the crime of bribery rather than of persuasion to give or promise benefit .

Secondly, whenever the private “bribed person” accepts the criminal plan of the public officer so as not to be a victim of unfair damage, the private “persuaded person” chooses to give or promise money or other utility to a public officer in order to reach his own personal advantage.

Come noto, la Legge n. 190 del 6 novembre 2012 (Legge Anticorruzione) ha disposto una riorganizzazione dei reati contro la pubblica amministrazione ed, in particolare, di quelli commessi dai pubblici ufficiali.

Fra i reati “riformati”, quelli di concussione (art. 317 c.p.) e di induzione indebita a dare o promettere (art. 319 quater c.p.) hanno sollevato alcune difficoltà interpretative circa la loro esatta estensione.

Il reato di concussione, nella novellata formulazione, è stato privato

della condotta induttiva tipizzata nella precedente versione dell’art. 317 c.p.. La nuova norma si limita, infatti, a punire la sola condotta di costrizione con la quale il pubblico ufficiale, profittando della propria funzione, “costringe” il privato a dare o promettere denaro o altra utilità non dovuta.

Nel reato di cui all’art. 319 quater c.p., invece, è perseguita la condotta di “induzione” a dare o promettere denaro o altra utilità non dovuta, posta in essere dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di pubblico servizio nei confronti del privato.

La definizione delle nozioni di “costrizione” e “induzione” è fondamentale per una corretta distinzione delle due fattispecie. Ciò rileva in particolare modo perché il privato “concusso” è da ritenersi persona offesa dal reato, mentre il privato “indotto”, a seguito della riforma, diviene concorrente nel reato e, dunque, perseguibile per la condotta tenuta.

Sul punto sono state chiamate ad esprimersi le Sezioni Unite della Cassazione le quali, con la sentenza n. 12228 / 2014 (depositata in data 14 marzo 2014), hanno fornito una serie di principi di cui servirsi per procedere ad una corretta qualificazione giuridica dei casi “ambigui”.

La Suprema Corte, preliminarmente, evidenzia che la ratio della riforma del 2012 è quella di chiudere ogni possibile spazio d’impunità del privato che, non essendo costretto, sceglie di aderire al proposito criminoso del pubblico ufficiale.

L’analisi, pertanto, deve tenere in considerazione questo presupposto: l’indotto è complice dell’induttore e non vittima.

Il percorso argomentativo della Corte passa poi a sottolineare che la “costrizione” si caratterizza per “una maggior carica intimidatoria, una più perentoria iniziativa del funzionario finalizzata alla coartazione psichica dell’altrui volontà, sì da porre l’interlocutore di fronte ad un aut-aut,

da non lasciargli alcun significativo margine di scelta. [...] L'induzione invece designa una più sfumata azione di pressione dell'agente pubblico sull'altrui volontà e si concretizza, oltre che nell'inganno, in forme di suggestione o di persuasione ovvero di più blanda pressione morale, si da lasciare al destinatario una maggior libertà di autodeterminazione". (cit. foglio 26).

Tuttavia, tali definizioni non bastano per discernere con precisione le fattispecie: occorre anche individuare uno o più affidabili ed oggettivi criteri discretivi.

Posto che entrambi i reati in esame presentano quale elemento essenziale e qualificante l'abuso (della qualità o dei poteri), è la maggiore o minore gravità della pressione esercitata che deve essere apprezzata (dicotomia minaccia-non minaccia).

La costrizione si manifesta, oltre che in un atto violento, più frequentemente in una minaccia di un danno ingiusto, le volte anche velata, allusiva o comunque talmente blanda da assumere la forma del consiglio o dell'esortazione o della metafora. Ciò che rileva è la carica intimidatoria dell'espressione utilizzata perché paventa al destinatario l'infrazione, appunto, di un danno *contra ius*.

La nozione di induzione presenta, invece, dei margini di maggior incertezza nella sua definizione.

Per riuscire a coglierne il preciso significato, occorre anzitutto considerare la "funzione di selettività residuale" del termine "indurre" rispetto al verbo "costringere" del reato di concussione. In sostanza, il ricorso alla clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato" presente nell'incipit dell'art. 319 quater indica l'intenzione di punire tutte quelle azioni di pressione psicologica che non si materializzano in violenza o minaccia.

In secondo luogo, l'interpretazione dell'espressione "induzione" deve essere tale da giustificare la punibil-

ità del privato per il disvalore della condotta posta in essere. Questa, così, consiste nell'aver approfittato dell'abuso del pubblico agente per perseguire un proprio vantaggio ingiusto. ("La previsione della punibilità del privato è il vero indice rilevatore del significato dell'induzione", cit. foglio 36).

In questa lettura, la Corte introduce dunque il vero criterio discretivo delle due fattispecie.

Esso consiste nella dicotomia danno *contra ius*, prospettato al concusso, e indebito vantaggio, offerto all'indotto.

L'induzione, così, si colloca in una posizione intermedia tra la condotta prevaricatrice propria della concussione e quella paritaria dello scambio corruttivo, nella quale manca l'iniziativa del soggetto pubblico.

Nella costrizione o nell'induzione, invece, il processo volitivo del privato non è spontaneo ma è innescato dall'agente pubblico.

Tuttavia, è la Corte stessa a rilevare i possibili limiti della propria interpretazione poiché vi possono essere casi nei quali è minacciato un danno ingiusto ma contestualmente promesso un vantaggio indebito. Oppure, una medesima condotta abusiva può ingenerare in un determinato privato uno stato di soggezione tipicamente costrittivo mentre, in un altro, indurre lo stesso ad aderire alla richiesta del pubblico ufficiale al fine di acquisirne la benevolenza, conseguendo così un proprio vantaggio personale.

In tali casi, "i criteri di valutazione del danno anti-giuridico e del vantaggio indebito, che rispettivamente contraddistinguono i detti illeciti, devono essere utilizzati nella loro operatività dinamica all'interno della vicenda concreta, individuando, all'esito di una approfondita ed equilibrata valutazione complessiva del fatto, i dati più qualificanti". (cit. foglio 50).

Infine, la Corte ha avuto modo an-

che di esprimersi circa la continuità normativa tra la presente disciplina e quella passata.

Su questo tema e con riferimento al pubblico ufficiale gli ermellini hanno concluso che la formulazione dei nuovi artt. 317 e 319 quater c.p. presentano gli stessi elementi strutturali delle precedenti fattispecie ante - riforma e, pertanto, la stessa non ha comportato alcuna *abolitio criminis*. Con riferimento, invece, all'incaricato di pubblico servizio, questi resta espressamente perseguibile per le condotte di induzione mentre non vengono più prese in considerazione dalla norma quelle di costrizione: tuttavia, anche l'abuso costrittivo è da ritenersi in continuità normativa con altre fattispecie incriminatrici di diritto comune (estorsione, violenza privata, violenza sessuale) e, dunque, neppure in questo caso è ravvisabile una *abolitio criminis*.

Di conseguenza, sussistendo gli estremi per l'applicazione del comma quarto dell'art. 2 c.p., deve essere individuato e addebitato il regime sanzionatorio più favorevole per i casi commessi durante la vigenza della precedente normativa e non ancora definiti.

Filippo Marcenaro
f.marcenaro@contegiacomini.net

Daniele Venturini
d.venturini@contegiacomini.net

DAI "MIRANDA WARNINGS" ALLADIRETTIVA2012/13/UE SUL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI

From "Miranda Warnings" to Directive 2012/13/UE on the right to be informed of one's personal rights in criminal procedures.

Era il 1966, quando la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso "Miranda vs. Arizona" (384 U.S. 436,

1966), affermò che l'interrogatorio dell'arrestato da parte della polizia dovesse essere soggetto a determinati limiti costituzionali derivanti dal c.d. "privilege against selfincrimination" sancito dal quinto emendamento alla Costituzione americana, secondo cui: "nessuno...potrà essere costretto in un procedimento penale ad essere testimone contro se stesso".

Alla luce di quanto sopra, la Corte Suprema ha sancito una serie di obblighi informativi molto cogenti in capo alla polizia ed agli organi inquirenti, così in parte riassumibili:

- Prima di interrogare la persona arrestata, occorre informarla in termini chiari e inequivocabili del diritto di non rispondere;

- Tale avvertimento deve essere accompagnato dalla spiegazione che ogni cosa detta potrà essere usata contro il dichiarante nella successiva procedura davanti al Giudice;

- L'arrestato deve essere informato in maniera chiara del diritto di consultare un avvocato e di richiederne la presenza all'interrogatorio;

- Anche ad interrogatorio iniziato, l'arrestato può far valere il "privilege" e non rispondere ad altre domande: in tal caso, l'interrogatorio deve cessare; sempre ad interrogatorio iniziato, si può richiedere l'assistenza di un avvocato ed allora l'interrogatorio viene interrotto fino all'intervento del difensore.

Vedi su quanto sopra "Lineamenti del processo penale statunitense" di Vittorio Fanchiotti, Giappichelli Editore.

La tematica della tutela della libertà di autodeterminazione dell'indagato/imputato, soprattutto se sottoposto a misura restrittiva della libertà, non poteva non essere oggetto di regolamentazione anche sull'altro versante dell'Atlantico, ossia, in Europa.

Con riferimento al diritto interno italiano, basta citare l'art. 188 c.p.p., secondo cui: "Non possono

essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione...", oltre che l'art. 64 comma 3 lett. a) c.p.p., a mente del quale: "Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti".

Passando al diritto comunitario, si deve segnalare che, in data 30/11/2009, il Consiglio Europeo ha adottato una risoluzione relativa ad una "tabella di marcia" per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali.

Tale "tabella di marcia" concerne misure volte a garantire:

- Il diritto alla traduzione/interpretazione degli atti procedurali;

- Il diritto ad informazioni relative ai diritti difensivi ed alla accusa;

- Il diritto alla assistenza legale;

- Il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro ed autorità consolari;

- Garanzie speciali per indagati/imputati in condizioni di particolare vulnerabilità.

Con riferimento al diritto ad informazioni relative al diritto di difesa ed al merito dell'accusa, il Parlamento Europeo ed il Consiglio hanno adottato, in data 22/5/2012, la Direttiva 2012/13/UE.

Ai sensi dell'art. 3 della sopra citata Direttiva, gli Stati membri sono tenuti a fornire tempestivamente alle persone indagate/imputate le informazioni concernenti almeno i seguenti diritti processuali:

a) Il diritto ad un avvocato;

b) Le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio;

c) Il diritto di essere informato dell'accusa;

d) Il diritto all'interpretazione e alla traduzione;

e) Il diritto al silenzio;

Tali informazioni, che possono es-

sere rese oralmente o per iscritto, devono essere comunicate con un linguaggio semplice e facilmente comprensibile, ovviamente, anche da persone senza specifiche conoscenze giuridiche.

Nel caso in cui la persona indagata/imputata venga sottoposta ad arresto, il successivo art. 4 della Direttiva prevede che, innanzitutto, la sopra citata comunicazione debba essere resa per iscritto e che, inoltre, i "warnings" già indicati nel precedente art. 3 debbano essere integrati con altri specifici, quali:

1. Il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine;

2. Il diritto di informare le autorità consolari e un'altra persona;

3. Il diritto di accesso all'assistenza medica di urgenza;

4. Il numero massimo di ore o giorni in cui l'indagato o l'imputato può essere privato della libertà prima di essere condotto dinanzi a un'Autorità Giudiziaria.

La Direttiva presenta a tal fine un "format" con l'indicazione di detti avvertimenti, che forse potremmo chiamare "EU warnings", all'Allegato I.

Da segnalare che il successivo art. 5 della Direttiva prevede, altresì, che in caso di esecuzione di mandato di arresto europeo, l'arrestato debba essere compiutamente informato sui suoi diritti. Sul punto, si deve segnalare che lo specifico "format", introdotto nell'Allegato II, prevede il fondamentale "warning" relativo alla possibilità di dare o negare il consenso alla consegna allo Stato membro che ha attivato la procedura di arresto.

L'art. 11 della Direttiva prevede che il recepimento della stessa da parte degli Stati membri debba avvenire entro e non oltre il 2/6/2014.

In data 31/3/2014, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di decreto legislativo per l'attuazione di tale Direttiva. Allo stato, si è in attesa che le Commissioni par-

lamentari competenti esprimano il loro parere sul provvedimento in questione.

Luca Robustelli
l.robustelli@contegiacomini.net

LA LOTTA CONTRO L'ABUSO E LO SFRUTTAMENTO SESSUALE DEI MINORI, DAL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA AL DIRITTO NAZIONALE

On April 6th, Italy adopted the European Directive 2011/93/EU, on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, by the Legislative Decree 39/2014. The purpose of the Directive is to further coordinate and consolidate criminal laws of the European Members relating to sexual abuse and exploitation of children, child pornography and solicitation of children for sexual purposes. Therefore, it established minimum rules concerning the definition of such offenses and related penalties, and it introduced provisions to strengthen the prevention of such offenses and the protection of child victims. Furthermore, in order to avoid the possible risk of re-offending, the Directive contemplated the obligation for employers to acquire from the new employees their criminal certificate if they have to work with minors, so as to verify if these people have not been convicted for offenses under the Criminal Code regarding the protection of minors.

Il recentissimo DLgs 39/2014 (entrato in vigore il 6 aprile), recepisce, come sempre con qualche ritardo ed a seguito di procedura di infrazione avviata dalla Commissione UE contro l'Italia, la direttiva europea 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile.

Se ve ne fosse bisogno, questo è un ulteriore esempio del fatto che l'Europa non è solo burocrazia, economia e moneta ma è anche tutela e qualità dei diritti attribuiti alle persone, soprattutto quelle più deboli.

La direttiva europea interviene in virtù del principio di sussidiarietà (articolo 5 del Trattato sull'Unione europea) il quale prevede che quando un obiettivo non può essere conseguito in maniera sufficiente dai singoli Stati membri, l'Unione può prendere iniziative per assicurare il coordinamento e lo standard minimo delle politiche nazionali.

In tale ottica, la direttiva stabilisce appunto standard minimi quanto alla definizione degli illeciti e delle sanzioni in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali, obbligando gli Stati membri a prevedere per queste gravissime violazioni, sanzioni adeguate ed efficaci, anche di natura penale, all'interno del proprio ordinamento nazionale.

Essa introduce poi disposizioni il cui fine fondamentale è quello di rafforzare la prevenzione di questi illeciti e la protezione delle vittime.

L'Italia, nel recepire finalmente la direttiva, ha modificato gli articoli del nostro codice penale che disciplinano i reati di sfruttamento della prostituzione minorile, della pornografia minorile, della detenzione di materiale pornografico e del turismo sessuale minorile. Sono poi state aggiunte numerose aggravanti per adeguare la pena all'effettiva rilevanza penale delle condotte criminose realizzate.

Detto questo, al di là del perimetro strettamente penalistico e della doverosa finalità repressiva, il punto nuovo più significativo è quello che riguarda l'aspetto finalizzato alla prevenzione di queste condotte. Conformemente a quanto previsto dalla direttiva, il legislatore nazionale ha infatti introdotto (articolo 2

del DLgs) l'obbligo per il datore di lavoro, che intenda impiegare una persona, sia essa dipendente o prestatore di attività volontaria organizzata, che sia destinata ad avere contatti diretti e regolari con minori, di acquisirne il certificato penale al fine di verificare che detta persona non abbia riportato condanne per i reati previsti dal codice penale in materia di tutela dei minori e che non sia stata destinataria di sanzioni interdittive all'esercizio di attività che comportino questo tipo di contatti. L'obbligo si riferisce ai nuovi contratti e non ha portata retroattiva.

Il mancato adempimento di quest'obbligo da parte del datore di lavoro comporta l'applicazione a suo carico di una sanzione amministrativa pecuniaria corrispondente al pagamento di una somma da 10.000,00 a 15.000,00 euro.

Questa particolare disposizione sta suscitando, inutile dirlo, numerosi problemi interpretativi che hanno già dato luogo a due circolari del Ministero della Giustizia. Il Ministero ha infatti chiarito che l'obbligo di questo adempimento sorge soltanto ove il soggetto che intende avvalersi dell'opera di terzi stipuli con essi un vero e proprio contratto di lavoro in senso tecnico. Al di fuori di questo ambito, infatti, non potrebbe dirsi che il soggetto assuma la qualità di "datore di lavoro", richiesta dalla normativa nella parte in cui indica il destinatario della sanzione pecuniaria. L'obbligo non ricadrebbe quindi sugli enti e le associazioni di volontariato, poiché esse esplicano un'attività che sarebbe estranea ai confini del rapporto di lavoro. Egualmente quest'obbligo non graverebbe con riferimento ai rapporti di "lavoro domestico" (babysitter, colf, collaboratrici domestiche) in ragione del fatto che in questi casi sussisterebbe una relazione già, per sua natura, strettamente fiduciaria.

Allo stesso modo, anche i soggetti che prestano la propria opera presso

le associazioni sportive dilettantistiche (istruttori e tecnici compresi), con i quali non si sia configurato un rapporto di lavoro autonomo o subordinato, non rientrerebbero in quest'obbligo.

Con la seconda circolare poi il Ministero ha voluto evitare "inconvenienti organizzativi" riconoscendo al datore di lavoro, una volta fatta la richiesta al casellario giudiziale, la possibilità di procedere all'impiego del lavoratore "anche soltanto mediante l'acquisizione di una dichiarazione del lavoratore sostitutiva di certificazione" con cui quest'ultimo attesti l'assenza di condanne a suo carico per reati contro i minori.

Salvo la necessità, ovvia, della chiarezza, questi criteri interpretativi resi "a caldo" non convincono del tutto e sembrano depotenziare una disposizione che, per la sua funzione preventiva, appare particolarmente efficace.

Resta il fatto che grazie all'Unione europea il tema è oggi sempre più all'attenzione delle pubbliche opinioni nazionali al fine una seria repressione di questo orribile fenomeno criminale, anche transnazionale.

Manuela Giacomini
m.giacomini@contegiacomini.net

FREEDOM OF EXPRESSION IN EUROPEAN LAW

La libertà di espressione è considerata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come uno dei pilastri della società democratica. Per garantire una più aperta partecipazione al dibattito democratico, la libertà di espressione esprime un fondamentale principio di diritto così come sancito all'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'articolo 10 della Convenzione comprende anche la ricezione e la diffusione di informazioni. Queste ultime nella società moderna viaggiano attraverso i mass media, siano

essi media offline (giornali, TV, riviste,..) e media online (web).

Nel luglio 2012, il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite ha approvato una risoluzione chiave su questo tema: gli stati membri devono garantire gli stessi diritti per entrambe le tipologie di media.

Freedom of expression is regarded by the European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR) as one of the pillars of democratic society and, for that very reason, as one of the bases on which its case law is built. By ensuring clarity in democratic debate, freedom of expression in all its form contributes to respect for the rule of law principle.

It possesses the specific characteristic of being an individual right which stems from everyone's spiritual freedom but which is conceivable only for communication with others. It then has a collective or public dimension. The beneficiaries of freedom of expression are therefore many and varied.

It is written in European Convention on Human Rights in Article 10. It includes freedom to hold opinions and receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. Everyone has the right to freedom of expression, but is not an absolute right. It can be restricted. This is formulated in the second paragraph of Article 10 of Convention: 'The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the

authority and impartiality of the judiciary.'

We shouldn't forget that a big step has been taken when member states have adopted the Treaty of Lisbon, which made the Charter of Fundamental Rights legally binding for most member states and paved the way for the EU to become a party to the European Convention on Human Rights.

Case law from European Court of Human Rights has the most important role at providing and solving collisions between different fundamental rights. This especially applies for freedom of expression. Freedom of expression in front of ECHR is not admitted only to natural persons, but also to legal persons and associations, not necessarily having legal subjectivity.

The EU's accession to the ECHR, which is likely to take place prior to the European elections in June 2014, will help reinforce the power of the ECHR within the EU and in its external policy. Commission lawyers believe that the Lisbon Treaty has made little impact, as the Commission has always been required to assess whether legislation is compatible with the ECHR (through impact assessments and the fundamental rights checklist) and because all EU member states are also signatories to the Convention. Yet external legal experts believe that accession could have a real and significant impact on human rights and freedom of expression internally within the EU as the European Court of Justice (hereinafter: ECJ) will be able to rule on cases and apply European Court of Human Rights jurisprudence directly. Currently, ECJ cases take approximately one year to process, whereas cases submitted to the ECHR can take up to 12 years. Therefore, it is likely that a larger number of freedom of expression cases will be heard and resolved more quickly at the ECJ, with a potential positive impact on justice

and the implementation of rights in the EU.

Article 10 of ECHR also includes receiving and imparting information. Receiving and imparting information in the modern society usually goes through media, which can be divided into media offline and media online. Media offline would include newspapers, radio, cinema and television, media online would therefore mean Internet.

Freedom of expression needs protection. This especially refers to freedom of expression online, because of the rapid development of Internet resources lately. We can say that online media is a relatively recent phenomenon compared to offline media. Not a lot of documents and legislation exist concerning this issue, what the European Union has started to realise. That's why it adopted EU Strategic Framework and Action Plan on Human Rights and Democracy, about what should be done in the future and the UN Human Rights Council Resolution on the Internet, which among other things states that the same rights that people have offline must also be protected online.

Due to the unique characteristics of the Internet, regulations or restrictions which may be deemed legitimate and proportionate for traditional media are often not so with regard to the Internet. For example, in cases of defamation of individuals' reputation, given the ability of the individual concerned to exercise his/her right of reply instantly to restore the harm caused, the types of sanctions that are applied to offline defamation may be unnecessary or disproportionate.

In July 2012, the UN Human Rights Council has passed a key resolution confirming that the same human rights that people enjoy offline must also be protected online.

What exactly does it mean for states that human rights that apply offline

also apply online? That they have to respect, protect and implement them, and – as a precondition – increase Internet access in both dimensions: access to infrastructure and content. What follows? Going on step further, we need to ensure that offline international law also applies online.

What the Human Rights Council failed to do (but where we can take some inspiration from the Council of Europe list of Internet Governance principles) is to clarify what human rights-based duties of states exist vis-à-vis the Internet: arguably to ensure its stability, functionality and integrity and, for that purpose, engage in cooperation with other states and develop national Internet policies that infringe neither upon the human rights of its citizens nor violate emerging international legal obligations. This is not the end of the debate, neither is it the beginning.

Kaja Travnich
k.travnich@contegiacomini.net

“DANNO ALLA VITA” È TRASMISSIBILE IURE SUCCESSIONIS?

With the judgment n. 1361/2014 the Supreme Court recognized a new kind of damage previously denied by the established case law.

In particular, the Supreme Court recognized the compensation and the transmissibility to the heirs of the damage suffered by a victim resulting from the loss of his life. Nevertheless, the pronouncement of the Court has not been followed by the other courts of merit; for this reason, the topic is currently under examination by the joint sitting of the divisions of the Court of Cassation.

Con la sentenza n. 1361/2014 la III Sezione Civile della Corte di Cas-

sazione ha riconosciuto il diritto al risarcimento, trasmissibile iure successionis agli eredi della vittima, del c.d. “danno alla vita”.

Con tale decisione, che riguardava il caso di un incidente stradale in cui la vittima era morta tre ore dopo aver subito lesioni gravissime, la Corte di Cassazione ha negato la necessità di un periodo di lucidità e di coscienza nella vittima ai fini dell'acquisizione al suo patrimonio di un diritto trasmissibile iure successionis.

Tale decisione si pone in contrasto con tutta la precedente giurisprudenza di merito e di legittimità che, negli anni, aveva sempre negato la risarcibilità per via ereditaria del danno da morte immediata, subordinando la trasmissione del diritto al risarcimento del danno alla permanenza in vita e permettendo, nel caso di morte avvenuta dopo un brevissimo intervallo di tempo, il solo risarcimento del danno morale (“fondato sull'intensa sofferenza d'animo conseguente alla consapevolezza delle condizioni cliniche seguito al sinistro”).

In particolare, la sentenza n. 1361/2014 si pone in contrasto con la precedente decisione della Suprema Corte a Sezioni Unite che con la sentenza n. 26972 del 11.11.2008 aveva negato, in modo risoluto, l'esistenza di tale voce risarcitoria.

Secondo la sentenza n. 1361/2014, contrariamente a quanto affermato dalla precedente pacifica giurisprudenza (come detto anche della Suprema Corte a Sezioni Unite), non è rilevante che la morte sia avvenuta immediatamente a seguito del sinistro, in quanto “la perdita della vita va ristorata a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, anche in caso di morte cd. immediata o istantanea”. Successivamente a questa pronuncia, tuttavia, le Corti di merito,

pur dando atto della citata, ancorché isolata, sentenza della Suprema Corte, ne hanno disatteso il principio, respingendo, conformemente alla precedente giurisprudenza, la richiesta di danno da perdita del bene vita rifiutandosi di adottare la nuova figura di danno individuata dalla III Sezione della Cassazione (vds. Corte di Appello di Milano, n. 495 del 18 febbraio 2014 e Trib. Roma nn. 3018/2014 e 3708/2014).

Proprio a causa del contrasto giurisprudenziale generatosi e dell'importanza della questione, la terza sezione della Corte di Cassazione ha deciso, con la recentissima ordinanza n. 5056 del 04.04.2014, di rimettere gli atti del procedimento al Primo Presidente affinché quest'ultimo valuti se investire le Sezioni Unite della questione relativa alla risarcibilità iure hereditario del danno da morte immediata.

Saranno le Sezioni unite, pertanto, a dirimere l'annosa questione, ossia se sia legittimo o meno negare il risarcimento del danno biologico richiesto iure hereditario dagli stretti congiunti della vittima allorquando la vittima stessa sia immediatamente deceduta.

Tomaso Romanengo
t.romanengo@contegiacomini.net

NEL PENALE L'ABUSO DEL DIRITTO "PRENDE IL VOLO"?

Our Supreme Criminal Court has just judged two very similar cases (concerning the importation of a plane in Denmark to be used in Italy) with a very opposite verdict. The one punished the abuse of vat benefit (the zero vat rate existing in Denmark), the other considered this tax avoidance criminally irrelevant.

La sezione penale della Cassazione,

a partire dalla nota pronuncia Gabbana (Cass. 12/7739), sta cercando di riordinare le idee sulla rilevanza o meno dell'abuso del diritto in campo penale tributario. La Corte, in particolare, nel tentativo di superare i (propri) precedenti sfavorevoli alla pubblica accusa, ha tracciato una linea di confine entro cui l'azione penale è esercitabile nei confronti dei contribuenti che, profittando delle falle del sistema tributario, adottano comportamenti tesi unicamente a conseguire un vantaggio fiscale. Ossia, in altre parole abusano dell'ordinamento eludendo il corretto funzionamento. In breve, in ossequio al principio di legalità (e conseguenti corollari di tassatività e determinatezza) che informa la materia penale, il S.c. ha escluso si possa trapiantare nell'ordinamento criminale la regola generale antielusiva elaborata in sede tributaria (dalla sezione civile della Cassazione). Gli alti magistrati hanno, insomma, preteso sussista (e risulti violata) una "specificazione disposizione fiscale antielusiva". Questa conclusione che in superficie pare discendere dall'ineluttabile applicazione dei richiamati principi costituzionali è, a ben vedere, frutto del (debole) appiglio sul quale, secondo il Supremo consesso, poggia la rilevanza penale dell'elusione. La normativa – qui sta il "cuore" della tesi della pronuncia Gabbana - sancisce la non punibilità del contribuente che si sia uniformato ai pareri del (soppresso) comitato antielusivo (cfr. art. 16 d.lgs. n. 74/2000). Donde, secondo i giudici di legittimità, la rilevanza penale dell'elusione che, però, resta, in quest'ottica, inevitabilmente delimitata alle materie sulle quali (un tempo) si poteva interpellare il Comitato, ossia i casi di elusione "tipizzati" dall'art. 37 e

dall'art. 37-bis del decreto disciplinante l'accertamento delle imposte dirette. La soluzione – oltre che con lo spirito della riforma penale tributaria (la Relazione di accompagnamento inibiva espressamente l'interpretazione adottata dal S.c.) – appare del tutto irrazionale. In quest'ottica, infatti, soltanto l'elusione (tipica) è sanzionabile penalmente, mentre l'abuso perpetrato per aggirare altri tributi -l'iva ad esempio - non riveste alcun rilievo penale (a queste conclusioni, sia pure con argomentazioni diverse, è giunto anche il Prof. R. C. Guerra, nello studio elaborato per il Consiglio nazionale del Notariato, n. 261-2013/B, par. 9). Non stupisce, quindi, che con riguardo a casi di "abuso" in campo iva, i giudici di piazza Cavour non riescano a mettersi d'accordo. Proprio lo scorso marzo, infatti, la Cassazione non ha esitato a confermare il sequestro preventivo disposto per l'importazione di un velivolo in Danimarca (con iva ad "aliquota zero") ma, di fatto, utilizzato (attraverso schermi societari) in Italia dal signor V.G (cfr. Cass. 14/11976). Il limite invalicabile (?) sancito dalla sentenza Gabbana, quindi, è stato oltrepassato con assoluta nonchalance. Tamquam non esset, si direbbe. E pensare che uno dei consiglieri (A.M. Andronio), era parte del collegio giudicante che, nel luglio 2013, aveva, all'opposto, ricordato che la condotta abusiva è penalmente rilevante a patto che sia stata violata una specifica norma antielusiva (cfr. Cass. 13/33187). Dissenting opinion o sindrome da "disordine giurisdizionale"? Mentre ancora il malcapitato signor V.G. se lo domanda, ecco che la Cassazione, a poche settimane di distanza, sforna una erudita pronuncia che assolve il signor T.F.N. dalle stesse identiche "ac-

cuse” ricevute dallo sfortunato signor V.G. Come se non bastasse la pronuncia, da un lato si ancora agli esiti della sentenza Gabbana, dall’altro richiama un precedente del 2009 (superato dalla pronuncia Gabbana), dove, sempre in relazione a un’analogia imputazione, il signor Rusca era riuscito a farla franca e a godersi impunemente il “suo” Piaggio P 180 importato in Danimarca (Cass. 09/14486, 14487 e 14488).

Resta, tuttavia, sullo sfondo, il problema – quello vero – dell’inidoneità dell’attuale impianto penale tributario a perseguire l’abuso: i reati qui delineati, infatti, sono “disegnati”, sotto il profilo “psicologico” (dolo

specifico), per colpire soltanto l’evasione. Punto, quest’ultimo, su cui sinora si sono (inutilmente) battute le difese (si veda il motivo di ricorso del Prof. A. Stile rigettato da Cass. 14/8797), e che ha (a sorpresa) incontrato l’autorevole recentissimo avallo del p.m. Santamaria nel processo contro gli stilisti Dolce & Gabbana (cfr. A Mincuzzi, Dolce e Gabbana: il procuratore di Milano chiede l’assoluzione dall’accusa di evasione fiscale, ne il Sole 24-Ore, del 25 marzo 2014).

La stessa Agenzia delle entrate (costituitasi parte civile nel giudizio) non ha saputo fare di meglio che insistere sul fatto che il “dolo dell’evasione c’è stato”

(cfr. A. Mincuzzi, Dolce e Gabbana verso l’assoluzione, ne Il Sole 24-Ore, 26 marzo 2014, pag. 38). Affermazione - lapsus che, tradisce, l’assenza (o meglio, l’irrelevanza) del dolo di elusione! Legittimo domandarsi, a questo punto, se, nel penale, l’abuso del diritto stia prendendo il volo, oppure l’abbia appena perso.

Nicolò Raggi
n.raggi@contegiacomini.net

CONTE & GIACOMINI AVVOCATI



AUGURA

UNA BUONA PASQUA



GIUSEPPE CONTE
GIUSEPPE M. GIACOMINI
ATTILIO M. COSTABEL*
STEFANO CAVANNA
SERGIO MARADEI
GIORGIA SCURAS
FRANCESCO MASSA
LORENZO RAVENNA
LAURA CASTAGNOLA

LUCA ROBUSTELLI
TOMASO ROMANENGO
GRETA DEMARTINI
CARLA DELLACASA
FILIPPO MARCENARO
DANIELE VENTURINI
MANUELA GIACOMINI
GIULIA TALAMAZZI
AMBRA ARVIGO

OF COUNSEL:
PROF. AVV. JUAN ESPINOZA
ESPINOZA

AVV. NICOLÒ RAGGI

.....
*ADMITTED IN FLORIDA

MEMBRO DI:



MILANO

Via Sant’Andrea 3
20121 Milano
Tel.+ 39.02.65560229
milano@contegiacomini.net

GENOVA

V.le Padre Santo 5/11B
16122 Genova
Tel. + 39.010.8315280
Fax + 39.010.8315285
genova@contegiacomini.net

MIAMI

Brickell World Plaza
600 Brickell Avenue
Suite 1750
Miami FL 33131
Tel. +1.305.371.2618
Fax +1.305.667.3215
miami@contegiacomini.net

altri uffici in

BRUXELLES – ROMA – BEIJING