

IPSOA

# Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIII - Direzione e redazione Strada 1 Palazzo F6 20090 Milanofiori Assago (MI)

3/2017

 [edicolaprofessionale.com/DPP](http://edicolaprofessionale.com/DPP)

**La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto**

***Bondage e sadomasochismo***

**Responsabilità penale dello psichiatra**

**Il captatore informatico**

***Itinerari della giurisprudenza***  
**Non punibilità per particolare tenuità del fatto**

**DIREZIONE SCIENTIFICA**  
Giorgio Spangher  
Paolo Pisa (condirettore)

**COMITATO SCIENTIFICO**  
Roberto Bartoli  
Paolo Ferrua  
Luigi Kalb  
Antonella Marandola  
Francesco Palazzo  
Marco Pelissero  
Sergio Seminarà  
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



# DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

diretto da  
A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa

€ 180

Cod. 00203117

Il Trattato, frutto dell'esperienza didattica e professionale dei Direttori e degli Autori, analizza in modo approfondito e trasversale, un settore del diritto penale di grande rilevanza nell'odierna vita economica e sociale, sensibile ai mutamenti non solo del mondo dell'impresa e del lavoro, ma anche dei mercati e dei consumatori.

L'Opera si sofferma su quattro grandi aree relative a:

- **reati societari, finanziari e bancari**
- **reati tributari**
- **reati fallimentari**
- **responsabilità da reato dell'ente** che può essere chiamato a rispondere dei reati commessi da dirigenti, dipendenti che operano in nome e per conto dell'ente stesso.

L'analisi delle **disposizioni del codice e della normativa complementare** parte da un'esegesi del dato normativo, arricchita dagli spunti offerti dalla **dottrina più accreditata** e dallo studio dell'applicazione effettuata dalla **Suprema Corte**, dalle **Corti europee** e dai **Tribunali di merito**.

Il Trattato rappresenta un valido supporto per il professionista per l'inquadramento e l'aggiornamento della materia.





## EDITORIALE

<b>Diritto penale europeo</b>	LA CONSULTA RISPONDE ALLA "TARICCO": PUNTI FERMI, ANZI FERMISSIMI, E DIALOGO APERTO di <i>Francesco Palazzo</i>	<b>285</b>
-------------------------------	--	------------

## LEGISLAZIONE

NOVITÀ NORMATIVE	<b>290</b>
------------------	------------

## GIURISPRUDENZA

### Osservatori

OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE a cura di <i>Giuseppe Di Chiara</i>	<b>291</b>
OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	<b>298</b>
OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	<b>300</b>
OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	<b>307</b>
OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Irene Scordamaglia</i>	<b>312</b>

### Giurisprudenza commentata

<b>Diritto punitivo amministrativo</b>	Corte Costituzionale, 20 luglio 2016, n. 193 RESTA LA FRATTURA CATEGORIALE: IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ <i>IN MITIUS</i> NON PENETRA NEL DIRITTO PUNITIVO AMMINISTRATIVO di <i>Davide Bianchi</i>	<b>316</b>
<b>Messa alla prova</b>	Cassazione Penale, Sez. Unite, 1° settembre 2016 (c.c. 31 marzo 2016), n. 36272 SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO COME MESSA ALLA PROVA E RILEVANZA DELLE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI di <i>Alessandro Melchionda e Elena Mattevi</i>	<b>325</b>
<b>Effetti abolitio criminis</b>	Cassazione Penale, Sez. Unite, 23 giugno 2016 (c.c. 29 ottobre 2015), n. 26259 L'AIUTO PUNIBILE NEL DELITTO DI PROCURATA INOSSERVANZA DI PENA di <i>Elisa Anselmi</i>	<b>337</b>
<b>Omicidio preterintenzionale e omicidio colposo</b>	Cassazione Penale, Sez. V, 26 ottobre 2016 (c.c. 21 settembre 2016), n. 44986 <i>BONDAGE</i> E <i>SADOMASOCHISMO</i> : I LIMITI DELLA RESPONSABILITÀ PENALE TRA FINE DI PIACERE E LIBERO CONSENSO di <i>Marco Pelissero</i>	<b>347</b>
<b>Opposizione alla richiesta di archiviazione</b>	Cassazione Penale, Sez. III, 14 settembre 2016 (c.c. 17 maggio 2016), n. 38141 NUOVE PROSPETTIVE E VECCHI STILEMI IN TEMA DI OPPOSIZIONE ALL'ARCHIVIAZIONE DELLA PERSONA OFFESA di <i>Samuele Michelagnoli</i>	<b>361</b>
		<b>362</b>

# Diritto penale e processo

## Sommario

### OPINIONI

<b>Responsabilità medica</b>	LA RESPONSABILITÀ PENALE DELLO PSICHIATRA: NUOVI SPUNTI, DIVERSE PROSPETTIVE, TIMIDE APERTURE di <i>Cristiano Cupelli</i>	<b>370</b>
<b>Mezzi di ricerca della prova</b>	IL CAPTATORE INFORMATICO: UN VIRUS PER TUTTE LE STAGIONI di <i>Giovanni Barrocu</i>	<b>379</b>
<b>Indagini preliminari</b>	LA SEGRETAZIONE SULL'ATTO E SUL FATTO ED IL RUOLO DEL DIFENSORE DELL'IMPUTATO di <i>Diletta Signori</i>	<b>391</b>

### GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

	OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i>	<b>400</b>
--	---	------------

### ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

<b>Particolare tenuità</b>	NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO a cura di <i>Giulia Alberti</i>	<b>405</b>
----------------------------	---	------------

### INDICI

	INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	<b>416</b>
--	---	------------

#### COMITATO PER LA VALUTAZIONE

**Diritto penale:** A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fian-daca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Riscato; M. Ro-mano; A. Vallini; F. Viganò.

**Processo penale:** A. Bargi, G. Bellantoni, A. Bernasconi, P. Corso, A. De Caro, P. Dell'Anno, V. Fanchiotti, L. Filippi, C. Fiorio, A. Gai-to, A. Giarda, P. Gualtieri, S. Lorusso, M.R. Marchetti, E. Marzaduri, M. Menna, A. Molari, P. Moscarini, G. Pansini, V. Patanè, A. Pennisi, G. Pierro, A. Presutti, S. Sau, A. Scaglione, M. Scaparone, A. Scella.

#### Giurisprudenza italiana n. 2/2017

##### **Diritto penale:**

- D. D'Auria, *Investimento del pedone e prevedibilità in concreto dell'evento dannoso* (Cassazione penale, Sez. IV, 30 agosto 2016 (ud. 14 aprile 2016), n. 35834);
- G. Fornasari, *Sostituzione di persona e amori clandestini* (Cassazione penale, Sez. V, 10 agosto 2016 (ud. 15 giugno 2016), n. 34800);
- V. Magnani, *Art. 659 c.p.: bene giuridico, pericolo e "maieutica" del principio di offensività* (Cassazione penale, Sez. III, 20 giugno 2016 (ud. 5 giugno 2015), n. 25424).

##### **Processo penale:**

- O. Murro, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti* (Corte costituzionale, 21 luglio 2016, n. 201);
- V. Sisto, *Ancora dubbi sulla natura delle intercettazioni* (Cassazione penale, Sez. III, 22 settembre 2016 (ud. 23 marzo 2016), n. 39378).

Diritto penale europeo

# La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto

di Francesco Palazzo

In un momento storico di generale difficoltà per la stessa sopravvivenza delle istituzioni europee e dopo un pronunciamento della Corte di giustizia di Lussemburgo, come la nota sentenza *Taricco*, che ha suscitato forti reazioni nella penalistica italiana, la Corte costituzionale è stata chiamata ad una decisione molto difficile. La soluzione adottata con l'ordinanza di (nuovo) rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, lungi dall'essere pilatesca, dà un contributo al ripristino di un leale e costruttivo dialogo tra l'Unione e gli Stati membri, senza però rinunciare a porre alcuni decisivi punti fermi per il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati nella prospettiva di salvaguardare la diversità nell'unità, vera ricchezza della costruzione europea.

## La "vicenda Taricco"

Raramente nel mondo penalistico una decisione della Corte costituzionale era attesa con tanta impazienza, come è avvenuto per l'ordinanza 13 novembre 2016-26 gennaio 2017, n. 24 (1), che si è pronunciata sulle questioni di costituzionalità sollevate dalla Corte d'appello di Milano (2) e dalla Corte di cassazione (3) in ordine alle conseguenze della sentenza della Corte di giustizia di Lussemburgo nella causa *Taricco* (4). E, in effetti, l'ordinanza 24/2017 non ha deluso le aspettative, almeno di chi scrive, sia per una serie di notevoli affermazioni di principio che vi sono contenute sia per

il modo con cui ha risolto - quantomeno per ora - la spinosissima vicenda che le era stata sottoposta. Molti degli studiosi più equilibrati auspicavano infatti una decisione che, senza aprire scenari drammatici di aperta conflittualità con la Corte di giustizia, fosse però "vestita", cioè munita di un forte apparato argomentativo ancorché dialogico con la Corte di Lussemburgo e con l'intera UE: e i panni di cui questo provvedimento è vestito sono sicuramente di alta sartoria.

La "questione Taricco" è troppo nota perché sia necessario qui ripercorrerne la cronaca o anche solo riassumerne i termini (5). Basti qui rammen-

(1) Primi commenti di C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 gennaio 2017; V. Manes, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 febbraio 2017.

(2) App. Milano 18 settembre 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 settembre 2015, con nota di F. Vigano', *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*.

(3) Cass., Sez. III, 30 marzo-8 luglio 2016, n. 28346, Cestari, in *Arch. pen.*, 2016/1, 1, con nota di G. Civello, *La Cassazione 'rinvia' alla Consulta la sentenza Taricco*.

(4) Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 8 settembre

2015, causa C-105/14, *Taricco*, in questa *Rivista*, 2015, 1562, con nota di F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*; F. Vigano', *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 settembre 2015.

(5) V., da punti di vista diversi, E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29 febbraio 2016; S. Manacorda, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.*, 2015/3, consultabile in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, [Diritto penale e processo 3/2017](http://www.penalecon-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

tare che con la sentenza *Taricco* la Corte di giustizia ha ricavato dall'art. 325 TFUE (sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione) l'obbligo per il giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p. quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi finanziari dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono interessi finanziari dell'Unione. Pur essendo determinato l'effetto regolativo che si voleva discendesse dalla norma europea, e cioè l'inoperatività del limite al prolungamento del tempo di prescrizione in caso di interruzione, altamente indeterminate risultavano invece le altre due condizioni in presenza delle quali il giudice avrebbe dovuto disapplicare *in malam partem* le norme interne, e cioè: la "gravità" delle frodi per cui procedeva e il "numero considerevole di casi" in cui quel limite prescrizione avrebbe dovuto essere considerato tale da pregiudicare la tutela degli interessi finanziari dell'UE.

In sostanza, la sentenza *Taricco* aveva portato al diapason le tensioni da sempre affliggenti i rapporti tra fonti europee, con il loro primato in termini di interpretazione conforme e di disapplicazione, e riserva di legge nazionale: fino al punto da lasciare intravedere la possibile operatività dei "controlimiti", *sub specie* appunto della legalità penale, alle limitazioni di sovranità che si concretano nel primato delle norme di diritto europeo immediatamente applicabili (6). E questo nodo è giunto al vaglio della Corte costituzionale, dopo un iniziale sbandamento della stessa Corte di cassazione che aveva ritenuto di procedere alla disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., sulla base di una riformulazione del contenuto della legalità che le aveva impedito di assumere completa consapevolezza di quelle tensioni che solo la Corte costituzionale può, se non risolvere, quantomeno allentare o comunque tentare di governare (7).

*temporaneo.it*, 6 maggio 2016; F. Vigano', *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 9 maggio 2016. V., inoltre, gli interventi, in prevalenza critici verso la sentenza della Corte di Giustizia UE, raccolti nel volume dall'espressivo titolo *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE a proposito della sentenza CG Taricco*, a cura di C. Paonessa - L. Zilletti, Pisa, 2016.

(6) Sui "controlimiti" è oggi fondamentale il grosso volume

### Punti fermi in tema di disapplicazione

Rinviando al commento di chi successivamente analizzerà con maggiori approfondimenti l'ordinanza 24/2017, ci pare qui opportuno segnalare le linee di fondo lungo le quali la Corte costituzionale ha aperto la porta al dialogo con la Corte di giustizia, impostandolo su basi tanto più solide quanto più fondate su un leale reciproco riconoscimento dei principi dell'identità costituzionale della Repubblica italiana e dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione. Queste linee si muovono su due piani: quello delle enunciazioni generali relative alle condizioni e ai limiti della penetrazione del diritto europeo in ambito penale; quello della decisione specificamente assunta nel richiedere alla Corte di giustizia di precisare ulteriormente le conseguenze, per il giudice interno, della sua interpretazione dell'art. 325 TFUE.

Quanto al primo piano tematico, non c'è dubbio che sono stati posti alcuni punti fermi, anzi fermissimi. La Corte costituzionale si riserva un generalizzato controllo sulla legalità di ogni operazione di "innesto" della fonte europea che avvenga per via di disapplicazione, chiaro rimanendo peraltro che l'attivazione del suo controllo di legalità avverrà in quanto i giudici comuni abbiano sufficiente sensibilità per la questione di legalità innescata dalla prospettata disapplicazione. Inoltre, pare certo dalla motivazione dell'ordinanza che il parametro di legalità non può che essere quello forgiato dalla stessa Corte costituzionale sulla base di tutte le norme e principi disponibili al riguardo. E ciò deve valere sia per quanto riguarda il contenuto della legalità sia per quanto riguarda il suo oggetto o campo di applicazione. E pertanto, sotto il profilo del contenuto, la Corte mostra di non limitarsi ad un'idea di legalità concepita in termini di sola "prevedibilità" delle conseguenze penali, come tende invece a fare la Corte di Strasburgo nell'interpretazione dell'art. 7 della Cedu, ma la estende nei termini più "nostrani" anche della riserva di legge, da intendere in materia penale come una "versione particolarmente rigida" del principio della separa-

di AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Atti del Convegno di Ferrara del 7-8 aprile 2016, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017.

(7) Cass., Sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, con nota di F. Vigano', *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2016.

zione dei poteri. Con la conseguenza, nemmeno poi tanto implicita, che sotto questo profilo non è tanto rilevante distinguere tra disapplicazione *in malam* o *in bonam partem*, quanto piuttosto non deflettere dal principio per cui “nell’ordinamento italiano (...) l’attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest’ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice” (par. 5) (8).

Sotto il profilo dell’oggetto, poi, l’ambito di riferimento della legalità va determinato sulla base dell’ordinamento interno e delle sue tradizioni giuridiche. E, pertanto, posto che nel nostro ordinamento la prescrizione ha natura sostanziale e non processuale, la legalità copre anche la disciplina della prescrizione senza quindi che essa possa essere scalfita, attenuata o compromessa dalle esigenze di uniformità e dal primato del diritto europeo mediante disapplicazione. Tanto più, poi, che l’inclusione della disciplina prescrizionale nella garanzia della legalità si risolve in un innalzamento del livello di tutela delle garanzie individuali che “deve ritenersi salvaguardato dallo stesso diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 53 della Carta [di Nizza]”.

L’affermazione della legalità intesa quale necessità di un’adeguata base legale per l’attività giurisdizionale è talmente marcata da autorizzare, comunque, la conclusione che, “anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, (...) ugualmente resterebbe il principio che l’attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law”.

Questi punti fermi fissati dalla Corte hanno ovviamente un carattere generale. Pertanto, se è vero che la disapplicazione presuppone assai spesso una costellazione di operazioni ermeneutiche contrassegnate da alta discrezionalità giudiziale se non da vera e propria incertezza, ne discendono conseguenze molto rilevanti per la vita dell’ordinamento e i suoi rapporti con il diritto dell’Unione. Come abbiamo cercato di dimostrare altrove (9), la disapplicazione passa per alcune fasi decisamente problematiche: non solo quella preliminare dell’esatta individuazione della norma europea, che può certo

essere sdrammatizzata mediante il rinvio pregiudiziale, ma anche quella dell’eventuale applicazione diretta della fonte europea, che spesso è formulata - come ben dice la Corte - in termini di scopo più che di fattispecie; nonché, poi, l’accertamento valutativo del grado difformità/incompatibilità tale da imporre la disapplicazione, sempre che non si sia ritenuta possibile l’interpretazione conforme, che costituisce già di per sé un terreno estremamente scivoloso (10); ed infine, ma soprattutto, l’individuazione della disciplina interna applicabile per così dire “di risulta”, cioè dopo che si sia proceduto alla disapplicazione di quella incompatibile, e che non è sempre lì ad immediata portata di mano del giudice, ma presuppone spesso complesse operazioni ricostruttive se non proprio delle vere e proprie scelte.

Certamente, tutto ciò fa fisiologicamente parte del moderno dinamismo dell’esperienza giuridica e non deve scandalizzare più di tanto in un mondo in cui il rapporto tra giudice e legge ha subito trasformazioni profonde, proprio in conseguenza della labirintica moltiplicazione delle fonti. Ma ... qui siamo nella plaga dei delitti e delle pene, ove le tradizioni costituzionali di tutti gli Stati europei, almeno di civil law, vogliono più stringente quel nesso. E allora è naturale una maggior cautela nei confronti della disapplicazione; e soprattutto è necessario che sia vigilante un custode che impedisca in primo luogo che la disapplicazione sfoci in un disfacimento della legalità, ma anche, in secondo luogo, che la tenuta della legalità - tanta o poca che sia - sia rimessa alle diversissime sensibilità dei giudici comuni nell’esercizio del loro potere di disapplicazione. Dunque, bisognerà non già temere ma auspicare che vi sia un incremento delle questioni di costituzionalità che, in presenza di situazioni di dubbio, consentano alla Corte costituzionale di pronunciarsi sulla tenuta o meno della legalità in caso di prospettata eventuale disapplicazione. Proprio come avvenuto nella vicenda *Taricco*. Si dirà che così vi sarà una flessione della diffusa penetrazione del diritto europeo, ma non certo un attentato al suo primato; si dirà che così vi sarà un incremento del numero delle questioni di costituzionalità, ma sarà certo preferibile che il complesso rapporto tra identità costituzionale della Repubblica ed unifor-

(8) Punto, questo, già evidenziato da D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 1/2016, 228.

(9) Cfr. F. Palazzo, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell’attuale momento storico*, in *Ars Interpretandi*, 2016/2, 77 ss.

(10) Di grande interesse, in argomento, il saggio introdotto di A. Bernardi, *Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, in *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura dello stesso, Napoli, 2015, VII ss.

mità/primato del diritto europeo sia gestito da un solo organo costituzionale, per composizione e sensibilità più idoneo a prendere in mano le compromesse sorti delle diversità nell'unità. L'ordinanza 24/2017 è uno esempio di come si possa mantenere aperto il dialogo tra unità e diversità, con la autorevolezza necessaria e nella reciproca lealtà imposte dall'importanza delle questioni in gioco.

### Una scelta dialogica

Il richiamo testé effettuato al dialogo ci fa da *trait d'union* per passare ora brevemente al secondo piano tematico: quello della decisione specificamente assunta dalla Corte nella questione concretamente sottoposta. E qui il cammino si fa obiettivamente più impervio.

Certo, stando ad alcune recise affermazioni della Corte, la vicenda avrebbe potuto sembrare irrimediabilmente avviata verso la mannaia dei "controlimiti" (che pure mai la Corte menziona in questi termini) e dunque verso la dichiarazione di incostituzionalità (11). La più volte rilevata indeterminazione della "fattispecie disapplicativa" emergente dalla *Taricco* è infatti tale da contrastare con la legalità "nazionale" in entrambe le sue forme, sia di necessaria prevedibilità delle conseguenze sia di necessaria precostituzione dell'alveo legale entro cui ha da svolgersi la funzione giurisdizionale. Ma a tanto non si giunge proprio perché la Corte si apre al dialogo con la sua omologa di Lussemburgo.

Questa apertura tecnicamente ha significato la sospensione del giudizio con contestuale rinvio alla Corte di giustizia di ben tre questioni interpretative pregiudiziali, l'ultima delle quali è formulata nel senso di chiedere se la sentenza *Taricco* debba essere interpretata in modo da imporre la disapplicazione della disciplina vigente sulla prescrizione anche se "tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro". Dialogo aperto, sì; ma il quesito è formulato in termini davvero assai stringenti, quasi con l'intento di "stanare" la Corte di giustizia sollecitandola nel contempo, se non ad un ripensamento, quanto meno ad un approfondimento delle possibili dirompenti implicazioni della sua precedente pronuncia. Un certo equilibrismo della nostra Corte si coglie là

dove, nonostante la chiarezza dell'obbligo di disapplicazione affermato invero nella *Taricco*, si evita tuttavia di procedere ad una dichiarazione secca di incostituzionalità mediante l'adozione di quello che probabilmente è un espediente argomentativo, peraltro accettabile in nome dell'obiettivo di non chiudere il dialogo: insomma, il fine giustifica i mezzi. In effetti, la nostra Corte può virare verso la soluzione del rinvio pregiudiziale sulla base di una distinzione tanto acuta quanto sottile: non si mette cioè in discussione, né ovviamente sarebbe possibile, l'interpretazione che la Corte di giustizia dà dell'art. 325 TFUE e le conseguenze che ne discendono in punto di disciplina della prescrizione. Si chiede invece se quella interpretazione e soprattutto le sue conseguenze possano davvero fondare un obbligo di disapplicazione per il giudice interno. Il che, dunque, non significa mettere in discussione il primato del diritto europeo, tanto che lo Stato italiano rimane responsabile per la sua insufficiente osservanza; ma significa piuttosto chiedere se si ritiene operante l'obbligo di disapplicazione in nome di quella interpretazione. La via, come dicevamo, è logicamente stretta, ma consente alla Consulta di far passare tutta una serie di osservazioni chiaramente indirizzate alla Corte di Lussemburgo invitandola così a quel dialogo che, come sempre, ha per sua condizione pregiudiziale l'ascolto reciproco. Ebbene, su questo piano la nostra Corte ha modo di svolgere argomentazioni con lo sguardo rivolto, più che al nostro diritto interno e alla nostra "identità costituzionale", a quello stesso diritto europeo di cui la nostra identità costituzionale è parte e di cui la Corte di giustizia non può non essere custode. Non è qui il luogo per illustrare distesamente questo ricco contenuto dell'ordinanza, che ha il significato di una messa a punto dalla portata quasi storica. La chiarezza ed incisività delle indicazioni ad un tempo sobrie e forti fornite dalla Corte rende qui sufficiente una sorta di breve florilegio.

Di portata assolutamente generale sono almeno un paio di passaggi dell'ordinanza che dovrebbero essere patrimonio culturale di tutti. E così quando si rammenta che "in base all'art. 4, paragrafo 3, TUE (...) i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò

(11) Per questa soluzione si era espresso, con efficacia argomentativa, G. Tarli Barbieri, *La "scommessa" dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in *Criminalia*, 2015, 275 ss. Con la con-

sueta profondità, teme invece che la "questione Taricco" possa dare adito ad uno scontro tra diversi paradigmi della giuridicità, M. Vogliotti, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 novembre 2016.

comporta che le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato sui valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza". E ancora: "[a]l contempo la legittimazione (art. 11 Cost. italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, par. 2, TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri". Parole quest'ultime che, scavando nell'essenza profonda della costruzione europea, suonano oggi particolarmente lungimiranti per la stessa salvaguardia di questo *unicum* giuridico, politico e sociale che è l'Europa unita.

Su questo sfondo si collocano poi alcune osservazioni sparse che concernono più da vicino la specifica *quaestio* interpretativa rimessa alla Corte di Lussemburgo. E così, a proposito del principio per cui l'attività del giudice (penale, in specie) deve trovare una base in disposizioni legali sufficiente-

mente determinate, si sottolinea come in tale principio "si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law": quasi a voler echeggiare il richiamo che un eventuale obbligo di disapplicazione radicalmente *ultra legem* possa mettersi in tensione, prima che col diritto interno, con gli stessi principi del diritto unitario (appunto, *unitario* nel senso proprio di riflettente la *comunità* degli Stati). Nello stesso ordine d'idee, e in modo ancor più serrato, si invitano i giudici di Lussemburgo a non obliterare i principi dell'edificio europeo in nome di fondamentali ma pur sempre strumentali interessi finanziari: ancora osserva, infatti, la nostra Corte che "[i]l largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta".

La Corte costituzionale era chiamata ad una mossa indubbiamente difficile e gravida di conseguenze per il futuro. I giudici della Consulta hanno dato prova di fermezza e lungimiranza, senza rifiutare - anzi, alimentando - il dialogo. La partita, dunque, non è chiusa. La prossima mossa tocca ora alla Corte di giustizia. L'auspicio è che le tensioni create dalla sentenza *Taricco* e dal suo seguito possano alla fine risolversi in un momento di riassetto e di ulteriore maturazione dell'edificio europeo.

# Novità normative

## Unioni civili

### Decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 6

«Modificazioni ed integrazioni normative in materia penale per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera c), della legge 20 maggio 2016, n. 76» - *G.U. 27 gennaio 2017, n. 22*

In ottemperanza alla delega conferita dall'art. 1, comma 28, lett. c), L. 20 maggio 2016, n. 76, il d.lgs. in esame, in vigore dall'11 febbraio 2017, **estende alle unioni civili le disposizioni previste in ambito penale e processuale penale** in tema di rapporti personali. Quanto alle modifiche che interessano il codice penale, in primo luogo viene arricchita la **definizione di "prossimo congiunto"**, contemplata nell'art. 307, comma 4, c.p. che ora, accanto al coniuge, considera anche "la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso". Viene poi introdotta la disposizione generale dell'**art. 574 bis c.p.**, rubricata "**Costituzione di un'unione civile agli effetti della legge penale**"; recita la norma: "Agli effetti della legge penale il termine matrimonio si intende riferito anche alla costituzione di un'unione civile tra persone dello stesso sesso. Quando la legge penale considera la qualità di coniuge come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un reato essa si intende riferita anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso". Ancora, **la causa di non punibilità**, prevista dal **comma 1 dell'art. 649 c.p.**, viene estesa alla "parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso"; inoltre, la procedibilità a querela, di cui al successivo comma 2, dà rilevanza anche all'ipotesi in cui il fatto sia commesso a danno "della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa".

Sul versante processuale, la **facoltà di astensione dalla deposizione**, prevista dal **comma 3 dell'art. 199 c.p.p.**, viene riconosciuta ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza non solo coniugale ma anche "derivante da un'unione civile tra persone dello stesso sesso"; viene inoltre riscritta l'ipotesi contemplata alla lett. c) del comma 3, che ora considera la "persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso contratti con l'imputato". Peraltro, stante, come si è visto, la nuova definizione di "prossimo congiunto", la facoltà di astensione, prevista in via generale dal comma 1 dell'art. 199 c.p.p., ora è riconosciuta anche alla parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso.