**L'acquisizione della prova proveniente dal giudizio civile nel processo per reati familiari\*.**

**Francesco Trapella** - *Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale (Università degli Studi di Ferrara).*

**Sommario -** 1. Eterogeneità degli illeciti endofamiliari. - 2. Dalla prova formata in Italia a quella straniera - 3. Acquisizione di verbali di prova assunti in un giudizio civile (italiano) - 4. Acquisizione della prova civile straniera. Una prima possibile soluzione: il richiamo alla l. n. 218 del 1995 ... - 5. ... Una seconda possibile soluzione: riflessioni sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea - 6. Conclusioni. L'ordine pubblico come denominatore comune nella circolazione di prove tra Stati.

**1. Eterogeneità degli illeciti endofamiliari**

Quella dei reati endofamiliari è una categoria composita, riferibile a fattispecie che, di comune, posseggono il contatto con l’ambiente domestico, rinviando, sia pure magari in via incidentale, a tematiche che tradizionalmente vengono rimesse all’accertamento del giudice civile.

 Si pensi alle somiglianze tra gli ordini di protezione della vittima, previsti dagli artt. 342-bis e 342-ter c.c., e le cautele penali disciplinate dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p.[[1]](#footnote-1), tutte misure nate tra il 2001, con la legge 4 marzo, n. 154, e il 2009, con il d.l. 23 febbraio, n. 9, dai più conosciuto come “legge sullo *stalking*”[[2]](#footnote-2). Si guardi, ancora, alle previsioni di coordinamento tra le autorità del procedimento penale e del giudizio civile nella tutela del minore, vittima di abusi sessuali[[3]](#footnote-3). Si ricordi, infine, la natura trasversale del concetto di “misura di protezione”, impiegato a livello eurounitario, dall’ottavo considerando del Regolamento del 12 giugno 2013, n. 2013/606/UE relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti in parola in materia civile, e già richiamato, in ambito penale, dalle Direttive 2011/99/UE e 2012/29/UE[[4]](#footnote-4). Con un ultimo esempio, poi, è noto che il giudice civile può disporre restrizioni a carico del genitore che sevizia il figlio minorenne, e in un caso del genere, «per quanto attiene alla nozione di "maltrattamento", la legge non ne chiarisce il significato, pertanto la locuzione verrà interpretata secondo i principi del diritto penale»[[5]](#footnote-5).

 Nei reati endofamiliari, occorre considerare la «comunanza di vita intima» che spesso unisce l’agente alla vittima, trattandosi di «una ragnatela di relazioni reciproche intense e coinvolgenti, un rapporto duraturo nel tempo e tendenzialmente stabile; ed è proprio a causa di tale intimità che i rapporti possono degenerare, per la mutevolezza delle emozioni e dei sentimenti, da iniziali stati di crisi del rapporto familiare in un vero e proprio sistema di vita di relazione abitualmente dolorosa ed avvilente»[[6]](#footnote-6). Diventa, quindi, essenziale pensare alla famiglia, predisponendo meccanismi idonei a soddisfare gli interessi sottesi all’esigenza di tutela – civile o penale che sia[[7]](#footnote-7) – prevista dall’ordinamento.

 Ecco, allora, che in un processo penale per maltrattamenti può insorgere il bisogno di acquisire la documentazione prodotta dalle parti e la successiva decisione resa in sede civile, nel giudizio aperto al fine di arginare il pericolo di reiterazione di condotte violente tra familiari[[8]](#footnote-8); ugualmente, in un caso di abbandono di minore all’estero, se praticato dal genitore verso il figlio minorenne, può servire considerare quanto esibito al giudicante civile nella vertenza sull’affidamento del giovane, così da apprezzare le dichiarazioni degli interessati e, di lì, magari l’attaccamento che singolarmente padre e madre manifestano verso il ragazzo quale circostanza decisiva ai fini della prova dell’elemento soggettivo[[9]](#footnote-9).

 Va, dunque, affrontato il problema dell’ingresso, nei processi penali per reati endofamiliari, di prove che giungono dal rito civile.

**2.** **Dalla prova formata in Italia a quella straniera**

Preso atto della sovrapposizione, nella materia dell'illecito endofamiliare, di taluni ambiti di interesse per il giudice penale, con altri che formano ‒ o che già hanno formato ̶ oggetto della cognizione civile, si scegliere di approfondire il tema, partendo dal diritto interno e, quindi, dall'acquisizione, nel giudizio penale, di «verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata» (art. 238, comma 2, c.p.p.)[[10]](#footnote-10), per condurre, poi, il discorso oltre i confini nazionali e tentare, quindi, di comprendere se, e in che termini, la prova formatasi nel giudizio civile straniero possa entrare nel processo penale nostrano: si daranno due possibili risposte, l'una[[11]](#footnote-11), riferibile alle sole regole che, nell'ordinamento italiano, disciplinano l'ingresso di materiali provenienti dal rito civile estero ̶ e, cioè, la l. 31 maggio 1995, n. 218, in particolare negli artt. 64 ss. ̶ e l'altra[[12]](#footnote-12), riconducibile alla nozione di ordine pubblico internazionale, nella sua peculiare declinazione europeistica, e al ruolo cui la giurisprudenza ̶ interna e non ̶ è chiamata nel riempire concetti in apparenza astratti come «principi fondamentali» o, appunto, «ordine pubblico».

**3.** **Acquisizione di verbali di prova assunti in un giudizio civile (italiano)**

Sulla locuzione «*verbali di prove* assunte in un giudizio civile», impiegata dall'art. 238, comma 2, c.p.p., molto s'è detto. Essa, anzitutto, pare riferirsi ai soli *mezzi di prova*, concepiti come tali secondo la normativa processualcivilistica sull'istruzione probatoria: in tal modo, una consulenza tecnica d'ufficio sfugge alla norma ora in esame, non appartenendo «alla categoria dei mezzi di prova, avendo essa la finalità di aiutare il giudice nella valutazione deglielementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze»[[13]](#footnote-13).

 Ancora, in un processo per ingiuria ̶ celebratosi, ovviamente, quando ancora la fattispecie aveva rilievo penale ̶ avente ad oggetto l'espressione offensiva proferita durante un'udienza civile, il verbale dell'udienza in cui fu pronunciato l'insulto non entrò nel giudizio penale ai sensi dell'art. 238, comma 2, c.p.p., giacché non acquisito come verbale di prova relativa al *thema decidendum* della vertenza civile, ma «come atto documentale, dotato di pubblica fede, attestante un fatto avvenuto in quella sede»[[14]](#footnote-14).

 Ne deriva che l'art. 238, comma 2, c.p.p. si riferisce ai mezzi di prova acquisiti dal giudice civile per rispondere alla domanda attorea o per valutare eccezioni o riconvenzionali di parte convenuta: accettata questa premessa, si può, poi, apprezzare la notevole ampiezza del concetto in argomento, che si utilizza tanto nel giudizio di cognizione, quanto nella conseguente fase esecutiva. Si è parlato di mezzo di prova in riferimento all'«assunzione della cartella esattoriale quale titolo ed esclusivo mezzo di prova del credito iscritto a ruolo»[[15]](#footnote-15); nondimeno, in tema di presunzioni è stato detto che «è incensurabile, in sede di legittimità, l'apprezzamento del giudice di merito circa l'opportunità di fondare la decisione su tale mezzo di prova e circa la ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza, richiesti dalla legge per la valorizzazione degli elementi di fatto come fonti di presunzione»[[16]](#footnote-16). Non manca, infine, una pronuncia che, in parziale contrasto con l'orientamento maggioritario, giunge a parlare dell'accertamento tecnico preventivo nei termini di un «mezzo di istruzione»[[17]](#footnote-17).

 Rimane al di fuori della categoria la confessione: il giudice, infatti, non può apprezzarla «indipendentemente da qualsiasi riferimento alle finalità della sua proposizione ovvero all'eventuale intenzionalità, da parte di chi vi ha dato corso, degli effetti che [essa] è destinata a produrre sull'accertamento del fatto»[[18]](#footnote-18). E ciò, poiché «tutta la disciplina della confessione, con le condizioni e i presupposti che essa stabilisce, è orientata verso l'assicurazione della "verità" della dichiarazione»[[19]](#footnote-19).

 Insomma, la confessione consta di un imprescindibile elemento soggettivo, rappresentato dalla consapevolezza di riconoscere un fatto a sé pregiudizievole e favorevole, invece, per la controparte[[20]](#footnote-20): in ciò è accostabile più ad un negozio che ad un mezzo di prova, e, infatti, sul punto la giurisprudenza chiama alla necessità di un'indagine circa l'intenzione con cui la parte ha confessato[[21]](#footnote-21).

 Il breve *excursus* consente di ricostruire la nozione civilistica di *mezzo di prova* nei termini di una «fonte di conoscenza mediante la quale si fornisce al giudice la rappresentazione storica o la ricostruzione critica del fatto da provare»[[22]](#footnote-22). Si comprende, allora, il motivo per cui ne rimangano fuori tanto la consulenza tecnica d'ufficio ̶ risultato dell'elaborazione di dati offerta da un ausiliario del giudice ̶ , quanto la confessione, intesa come negozio, ancorché di matrice processuale.

 Quanto appena detto si sposa, poi, con il tenore letterale dell'art. 238, comma 2, c.p.p., che non a caso parla di «*verbali di prova*», così escludendo le prove precostituite, destinate ad entrare nel giudizio penale come documenti, ai sensi dell'art. 234 c.p.p..

 Le prove precostituite sono «sempre opera dell'uomo, onde non vi sono documenti naturali»[[23]](#footnote-23), tra esse rivestendo capitale importanza le scritture[[24]](#footnote-24): così, ogni volta in cui taluno, *sua sponte* o perché richiesto dal giudice civile, produce in giudizio una *res* in grado di conservare e rendere disponibile nel tempo la rappresentazione di una realtà[[25]](#footnote-25), si ha un documento. Qualora esso debba entrare in un successivo processo penale, non troverà applicazione l'art. 238, comma 2, c.p.p..

 Con un esempio, qualora in un contenzioso civile per revocatoria avente ad oggetto il contratto di compravendita di un fondo, stipulato tra un venditore e due acquirenti, in frode ad un quarto, il giudice ordini *ex* art. 210 c.p.c. l'esibizione dei movimenti bancari sui conti correnti intestati ai compratori del terreno, e per quegli stessi fatti si apra un procedimento penale per associazione a delinquere, che vede le parti del contratto immobiliare quali accusati, non dovrà certo attendersi il giudicato sulla decisione conclusiva della vertenza civile per produrre dinnanzi al giudice penale gli estratti conto già entrati nel primo giudizio.

 Dettate le coordinate sul funzionamento dell'art. 238, comma 2, c.p.p., si considerino queste parole: «se il dibattimento si riducesse di fatto ad una discussione sul conto di prove già formate, che il giudice conosce attraverso verbali, … finirebbe sacrificata l'immediatezza senza la quale l'oralità diventa larva di se stessa. L'unità di tempo e d'azione è canone della tragedia che vale anche per il processo»[[26]](#footnote-26). Le esigenze in gioco sono due: la non dispersione di saperi utili al processo in cui entra il verbale di prova altrove formata, e la tutela dei diritti dell'accusato[[27]](#footnote-27).

 L'art. 238, comma 2, c.p.p. è applicabile contro l'imputato soltanto «se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o nei suoi confronti fa stato la sentenza civile» (art. 238, comma 2-bis, c.p.p.).

 Emerge, di tutta evidenza, l'inadeguato apparato di garanzie offerto all'imputato: e, giustamente, guardando all'art. 238, comma 1, c.p.p., s'è detto che «un contraddittorio riguardante diverse imputazioni e fondato su diversi atti processuali si traduc[e] in una pseudo-garanzia»[[28]](#footnote-28); l'argomento prende ancor più vigore nei rapporti tra giudizi civile e penale, visto che non solo vertono su domande necessariamente diverse, ma si reggono secondo regole, in prima battuta istruttorie, differenti.

 Fa da contraltare l'inciso «contro l'imputato», da cui si presagisce che l'art. 238, comma 2-bis, c.p.p. non si applichi se l'acquisizione proveniente dal contenzioso civile vada usata, nel penale, a favore dell'accusato: se così non fosse, il legislatore avrebbe mantenuto la dicitura vigente *ante* 2001, «nei confronti dell'imputato»[[29]](#footnote-29). Certo, qualche autore ha sostenuto come la conclusione appena rappresentata contrasti con «un’idea di contraddittorio come metodo infungibile di conoscenza, di ricostruzione dei fatti»[[30]](#footnote-30): essa, però, ha il duplice pregio di aderire alla *littera legis* e di offrire un punto di incontro tra esigenze di conservazione della prova e garanzie per l'imputato.

 La soluzione è, poi, ulteriormente complicata dalla seconda condizione posta dall'art. 238, comma 2-bis, c.p.p.: se il difensore dell'imputato non ha partecipato all'assunzione della prova nel giudizio civile, occorre che la prova *contra reum* sia stata acquisita in un contenzioso chiusosi con sentenza che faccia stato verso l'imputato.

 Il richiamo all'art. 2909 c.c. è immediato: norma votata alla necessità di rendere stabili i rapporti patrimoniali[[31]](#footnote-31), essa permette alla sentenza civile definitiva di produrre effetti – appunto, di *fare stato* – verso le parti, i loro eredi e aventi causa. Così, accogliendo la tesi per cui il giudicato si forma nelle sole sentenze che «riconoscono o disconoscono un bene della vita ad una delle parti»[[32]](#footnote-32), se la pronuncia esplica efficacia anche verso l'imputato in quanto erede o avente causa di una delle parti, si applica l'art. 238, comma 2-bis, c.p.p. e l'accertamento del giudice civile entra nel processo penale, anche se l'imputato non ha mai partecipato, nemmeno attraverso il proprio difensore, al contenzioso civile.

 Ne derivano alcune possibili situazioni, in cui il sacrificio del contraddittorio è evidente:

 *a)* nel giudizio civile è acquisita una prova che deve entrare nel penale *pro reo*: in questo caso, l'art. 238, comma 2-bis, c.p.p. non entra in gioco, bastando che la sentenza conclusiva del contenzioso civile sia definitiva[[33]](#footnote-33);

 *b)* nel giudizio civile è acquisita una prova che deve entrare nel penale *contra reum*: in questo caso si applica l'art. 238, comma 2-bis, c.p.p. e si verificano due ulteriori, possibili, situazioni, tra loro alternative:

 *b1)* al giudizio civile ha partecipato il difensore dell'imputato, nel qual caso il giudice penale acquisisce la prova già assunta nel civile;

 *b2)* la sentenza conclusiva del giudizio civile fa stato verso l'imputato, nel qual caso il giudice penale acquisisce la prova già assunta nel civile, indipendentemente dalla partecipazione dell'accusato a quel contenzioso. Rispetto a questa ipotesi, così, si palesano due ulteriori, possibili, scenari:

 *b2a)* l'imputato era parte del giudizio civile, sicché, in punto di contraddittorio, la situazione non diverge troppo da quella descritta *sub b1)*;

 *b2b)* l'imputato non era parte del giudizio civile, essendolo stati, invece, suoi dante causa o altri soggetti di cui è erede. La fattispecie sottolinea la criticità in fatto di garanzie per l'accusato: riprendendo il distinguo tra accezioni oggettiva e soggettiva del contraddittorio, ed esaltando, in tal contesto, la seconda, il sacrificio della posizione dell'imputato a vantaggio della conservazione della prova è ingiustificabile. E lo è ancor di più, se si considera l'intrinseca difformità ontologica tra accertamenti civile e penale.

 Chiude il cerchio l'art. 238, comma 4, c.p.p. che permette l'uso dei verbali di prova, anche al di fuori delle ipotesi descritte dal comma 2, qualora l'imputato – anche per il tramite del suo difensore[[34]](#footnote-34) – vi consenta, fermo restando il loro possibile impiego a fini di contestazione[[35]](#footnote-35).

 La disamina sull'art. 238 c.p.p. permette, quindi, di avallare la tesi di chi, in punto di circolazione delle prove tra processi diversi, ha parlato di «subdole eversioni del contraddittorio»[[36]](#footnote-36): l'autore di una così effiace espressione si riferiva all'art. 238-bis c.p.p., ma nulla vieta di applicarla all'art. 238, comma 2, c.p.p. letto in combinato disposto con i successivi commi 2-bis e 4. E, difatti, è ben vero che «in un sistema fondato sul contraddittorio, la circolazione delle prove tra diversi processi ha necessariamente un'estensione molto limitata: una prova può, infatti, essere trasferita da un processo all'altro solo se la difesa dell'imputato, contro il quale viene utilizzata, ha partecipato alla sua formazione, salve le eccezioni contemplate dalla Costituzione (art. 111, comma 5)»[[37]](#footnote-37); lo è del pari che l'art. 238, commi 2 e 2-bis, c.p.p., grazie all'immediato richiamo alla nozione civilistica di giudicato (art. 2909 c.c.), consentono deviazioni dal paradigma in argomento. Più generalmente, poi, l'innesto di atti "civilistici" nel rito penale genera l'accettazione, in quest'ultimo, di regole istruttorie che gli sono estranee: basti pensare alla diversa disciplina della testimonianza tra le due cognizioni e al differente ruolo che in esse gioca la difesa per manifestare più di qualche dubbio circa la compatibilità delle regole appena esaminate con il canone di accusatorietà cui il processo penale italiano pretende di ispirarsi[[38]](#footnote-38).

**4. Acquisizione della prova civile straniera. Una prima possibile soluzione: il richiamo alla l. n. 218 del 1995 ...**

Le difficoltà appena considerate si moltiplicano, spostando il centro dell'analisi ai reati che, pur verificandosi all'interno del contesto familiare, trascendono i confini nazionali.

 In quei casi, infatti, l'acquisizione di una prova civile formata all'estero, nel processo penale nostrano non può avvenire secondo l'art. 238, comma 2, c.p.p.: null'altro specificando, infatti, è ragionevole ritenere che questa norma si riferisca ad un contenzioso sorto e sviluppatosi in Italia. Meno che meno, sarà possibile rinviare all'art. 78 disp. att. c.p.p. che, al comma 1, richiama, sì, un giudizio straniero, ma di materia penalistica.

 Va, poi, esclusa la possibilità di trattare i materiali in argomento alla stregua di semplici documenti, così da riferirli al paradigma dell'art. 234 c.p.p.: essi non sono, infatti, semplici «entità material[i] intenzionalmente rappresentativ[e] di altro — giuridicamente rilevante — rispetto alla propria consistenza sensibile»[[39]](#footnote-39)

. V'è, infatti, nel nostro sistema una distinzione, almeno tendenziale[[40]](#footnote-40), tra *atti* e *documenti*, questi ultimi essendo elementi formati al di fuori del processo nel quale si chiede o si dispone che facciano ingresso[[41]](#footnote-41).

 Così, sono da considerare come saperi extraprocessuali tutti quelli formati all'esterno dei procedimenti penali, sia italiano che straniero[[42]](#footnote-42), ivi compresi i verbali di prova acquisita nel contenzioso civile estero. La logicità di siffatta conclusione si scontra, però, con un dato, riferibile alla diversità di regole e di principi — diremmo anche: di valori — cui il rito civile d'oltre confine si ispira; ci si intenda: già v'è una sensibile differenza tra giudizi, penale e civile, italiani, vieppiù il divario s'allarga allorquando entri in gioco un Paese straniero. Ecco perché, nell'impossibilità di ricorrere, per l'argomento in esame, alla disciplina della rogatoria[[43]](#footnote-43), il semplice rinvio all'art. 234 c.p.p. appare insoddisfacente: il rischio è, infatti, di consentire l'ingresso nel nostro processo di saperi venuti in essere in spregio ai principi fondanti l'ordinamento e, quindi, alle regole che ispirano il corretto svolgimento dell'attività processuale dinnanzi ai nostri giudici.

 Posto, quindi, che il richiamo alla generalissima nozione di prova documentale soddisfa l'interprete sul piano teorico, ma non certo su quello pratico, vanno esplorate le due possibili, alternative, soluzioni, *supra*[[44]](#footnote-44) già accennate.

 La prima impone un richiamo alla l. 31 maggio 1995, n. 218, che regola per parte italiana il diritto internazionale privato, «determina l’ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l’individuazione del diritto applicabile e disciplina l’efficacia delle sentenze e degli atti stranieri».

 In quella legge vi sono le sole norme che, nel nostro ordinamento, disciplinano l'assunzione di mezzi di prova disposti da giudici (civili) stranieri: si tratta degli artt. 65 e 69.

 L'art. 65 tratta del «riconoscimento di provvedimenti stranieri», che avviene purché essi «non siano contrari all’ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa», dunque anche – ed evidentemente – nell’acquisizione delle prove che hanno permesso al giudice estero di rendere il provvedimento da riconoscersi.

 L'art. 69, dal canto suo, dispone che possono essere assunti in Italia, se richiesti dal giudice straniero e dovendosi eseguirli nel nostro territorio, «oltre che gli esami dei testimoni, gli interrogatori o altri mezzi di prova, anche gli accertamenti tecnici»[[45]](#footnote-45).

 Ritorna l'ampia definizione, civilistica, di "mezzo di prova"[[46]](#footnote-46), che viene ulteriormente estesa dall'art. 69, esso ricomprendendovi addirittura gli accertamenti tecnici *lato sensu* intesi e, quindi, svincolati dal contesto processuale o da quello preliminare, tipico, nel nostro ordinamento, degli artt. 696 e 696-bis c.p.c.[[47]](#footnote-47).

 Tanto dovutamente premesso, occorre comprendere se sia possibile guardare agli artt. 65 e 69 – ma, più in generale, alla parte di diritto internazionale processuale della l. n. 218 del 1995 – nel tema della prova formata nel giudizio civile straniero, che debba entrare in un processo italiano, non civile, bensì penale. O, a parti invertite, della prova di cui abbisogna il contenzioso estero e che debba formarsi davanti al giudice nostrano: insomma, quindi, della circolazione probatoria tra riti civile e penale, di Paesi diversi.

 Nulla negli artt. 1, 65 e 69 consente di fornire una risposta negativa: il primo parla genericamente di «efficacia delle sentenze e degli atti stranieri», il secondo, di «provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone, nonché all’esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità» e il terzo, di «mezzi di prova da assumersi nella Repubblica».

 La l. n. 218 del 1995, in quanto provvedimento di diritto nazionale, indica gli atti che, giunti dall'estero, possono produrre effetti nel nostro ordinamento, senza limitare la sfera di efficacia al solo giudizio civile nostrano, tant'è che l'art. 65 esordisce con un generico «hanno effetto in Italia ...» e non con un'espressione del tipo «hanno effetto nel processo civile italiano».

 Certo, «il carattere interno delle norme di diritto internazionale privato comporta il rischio che i diversi ordinamenti statali adottino regole differenti o, addirittura, contrapposte. Ciò impedisce di garantire quella certezza del diritto che tutti i rapporti privati, anche quelli caratterizzati da elementi di estraneità meritano. Ecco perché accanto alle norme interne acquisiscono crescente importanza le Convenzioni multilaterali che hanno lo scopo di unificare le norme di diritto internazionale privato in un determinato settore»[[48]](#footnote-48), ad esse equiparandosi la normativa eurounitaria sul punto[[49]](#footnote-49).

 Esistono normative che, a livello europeo, si preoccupano di limitare il proprio ambito di applicazione *ratione materiae*: si pensi al Regolamento 28 maggio 2001, 2011/1206/CE che, proprio in materia di cooperazione giudiziaria tra Stati membri, all'art. 1 delinea il settore di riferimento nella «materia civile e commerciale».

 Viste, però, le difficoltà nell'armonizzare il settore della circolazione probatoria penale[[50]](#footnote-50), non è ammissibile l'ipotesi di estendere le norme che governano l'assunzione di mezzi istruttori dal processo civile di uno Stato all'altro, in contesto eurounitario, all'indagine o al giudizio criminale. D'altra parte, se l'idea di una collaborazione nel settore criminale è più risalente di almeno trent'anni[[51]](#footnote-51) ai primi accordi di assistenza in materia penale, ciò si collega evidentemente alla ritrosia dei Paesi europei, che pure condividono tradizioni giuridiche di fondo similari, di accordarsi circa la definizione di che cosa sia reato e di quali metodi applicare per accertarlo.

 Ecco perché, almeno per adesso, il tema della prova che proviene da un giudizio civile straniero e che voglia entrare nel processo penale italiano non può essere regolato da norme eurounitarie, ma deve subire il governo di disposizioni di diritto interno: solo il legislatore nazionale, infatti, sa in quale misura saperi allogeni possono entrare nel nostro sistema, senza offenderne i principi fondamentali[[52]](#footnote-52).

 È una questione di *ordine pubblico*, concetto, peraltro, richiamato dalla stessa l. n. 218 del 1995, all'art. 65[[53]](#footnote-53). Per comprendere i lineamenti di tale accezione, non può che procedersi per esempi, mancando una solida esegesi giurisprudenziale che vada oltre l'approccio casuistico; si legga, allora, quanto segue: «in tema di riconoscimento di sentenze straniere, il giudice deve verificare se siano stati soddisfatti i principi fondamentali dell'ordinamento, anche relativi al procedimento formativo della decisione, con la precisazione che non è ravvisabile una violazione del diritto di difesa in ogni inosservanza di una disposizione della legge processuale straniera a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma soltanto quando essa, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo, ponendosi in contrasto con l'ordine pubblico processuale»[[54]](#footnote-54).

 La pronuncia riecheggia un arresto europeo, secondo il quale «il diritto di difesa può subire una moderata limitazione nel caso in cui il provvedimento sia stato emesso nei confronti di un soggetto che abbia avuto comunque la possibilità di partecipare attivamente al processo, quantomeno nella fase precedente a quella conclusasi con l'emissione del provvedimento»[[55]](#footnote-55).

 Il tema è quello della decisione *inaudita altera parte*[[56]](#footnote-56): il diritto di difesa è irrimediabilmente compromesso, quando non sia stata data la possibilità ad una parte di interloquire con il giudice. Così accade, ad esempio, allorché, in un caso di sottrazione minorile internazionale, una persona attivi la procedura di rimpatrio dei propri figli, secondo il Regolamento Bruxelles II-bis[[57]](#footnote-57), e ottenga dallo Stato di cittadinanza una decisione favorevole, poi non riconosciuta dalla Nazione in cui i minori si trovano, ad esito di una procedura cui l'interessato nemmeno ha avuto modo di partecipare[[58]](#footnote-58).

 L'endiadi dell'art. 65, che richiama tanto l'ordine pubblico, quanto i diritti essenziali della difesa, va letta nell'ottica di un'idea di processo equo, tale dovendo essere quello da cui è figliato l'atto che si vuole portare davanti al nostro giudice: quest'ultimo, infatti, potrà considerare quanto celebratosi dinnanzi al collega straniero solo se «riferibile ai principi inviolabili a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, e non ove investa le sole modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie»[[59]](#footnote-59).

 Si può, quindi, addivenire ad una prima conclusione. Avvertita l'esigenza di portare un atto dal contenzioso civile straniero in Italia, tanto il giudice penale, quanto quello civile – a seconda, quindi, del contesto di destinazione – può recepirlo solo quando esso sia venuto in essere in ossequio ai canoni del giusto processo.

 Spetta ovviamente alle parti ingegnarsi per fare emergere davanti al giudice italiano l'infrazione dell'ordine processuale di cui si diceva. Qualora una parte chieda l'acquisizione di un verbale formato nel contenzioso civile straniero, il compartecipe che voglia, invece, evitare un siffatto risultato dovrà dimostrare la violazione dei diritti processuali di parte e, più in generale, i difetti occorsi nella formazione dell'atto, consistenti, ad esempio, nell'impossibilità per chi esperì l'azione o per chi l'ha subita di parteciparvi utilmente. Non vi sono limitazioni, sul piano probatorio del rito penale nostrano, per il conseguimento di un tale risultato; sotto altro profilo, sarà agevole per chi lamenta il *vulnus* in argomento formulare la propria istanza ai sensi dell'art. 495, comma 2, c.p.p. [[60]](#footnote-60), in modo da controbilanciare l'altrui domanda di ingresso dell'atto straniero nel nostro rito.

 Si badi bene: anche quanti considerassero il tema in parola alla stregua di una semplice questione sulla prova documentale, senza, quindi, scomodare la l. n. 218 del 1995, pur incorrendo, ad avviso di chi scrive, in un errore sul piano dogmatico, si scontrerebbero sempre e comunque con la possibilità, per la parte che trarrebbe pregiudizio dall'uso processuale dell'atto straniero, di richiedere a prova contraria l'assunzione di quelle prove che attestassero la violazione dell'ordine pubblico processuale nel contenzioso estero: difatti, anche a considerarla un semplice documento, quella prova sarebbe sempre e comunque assoggettata ai principi della legge e della Costituzione, valevoli – ed è ovvio, prim'ancora che giusto – in ogni contesto giudiziario interno, pena la declaratoria di inutilizzabilità[[61]](#footnote-61).

**5.** .**.. Una seconda possibile soluzione: riflessioni sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea**

La più acuta dottrina rileva come le recenti – e, per certi versi, ipertrofiche[[62]](#footnote-62) – normative in punto di cooperazione penale siano ricche di norme processuali in bianco, che lasciano agli Stati e, soprattutto, alla giurisprudenza il compito di determinarne l'esatto contenuto in ragione delle regole processuali e, *in primis*,probatorie applicabili a livello interno e stante, peraltro, l’incapacità degli Stati di accordarsi ai fini dell’edificazione di un modello probatorio – e, dunque, nuovamente, processuale – unitario[[63]](#footnote-63). Non fa eccezione la direttiva 2014/41/UE che, proprio all'art. 11, lett. *f)*, impedisce il riconoscimento o l'esecuzione di un ordine europeo d'indagine quando «sussistono seri motivi per ritenere che l’esecuzione dell’atto richiesto nell’OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell’art. 6 TUE e della Carta». Più in generale, provvedimenti quale quello testé citato o la decisione-quadro 2009/829/GAI – da poco (e, diremmo, finalmente) recepita per parte italiana – o, ancora, la direttiva 2011/99/UE sull'ordine europeo di protezione usano clausole come *principi fondamentali* o *ordine pubblico*, di per sé vuote, se non accompagnate da una solida esegesi giurisprudenziale[[64]](#footnote-64).

 In linea assolutamente generale, va detto che non può esservi cooperazione tra Stati se manca unanimità di vedute in ordine al modo di intendere i diritti e al modo di costruire il processo che segue alla loro violazione. Sia chiaro: sotto quest'ultimo profilo, occorre distinguere tra *modello processuale* e *ordine processuale*, nemmeno potendosi ipotizzare, quale condizione di esistenza di un rapporto collaborativo tra Stati, l'identità del codice di rito penale. Se l'idea di modello – concepibile nei termini di «meccanismo che aspir[a] ad esercitare un controllo sulla criminalità ... variabil[e] dipendent[e] dal tempo, dallo spazio, dai rapporti e dalle società prese in considerazione»[[65]](#footnote-65) – attiene alla struttura del giudizio, quella di ordine concerne maggiormente gli equilibri nei rapporti tra le parti. Con un esempio, tanto nell'ordinamento italiano, quanto in quello statunitense si dà voce alla difesa dell'imputato, presunto non colpevole fino a sentenza definitiva di condanna[[66]](#footnote-66); tuttavia, nel sistema nordamericano esiste un soggetto – la giuria – ignoto, in quelle forme, al rito penale nostrano. Modelli diversi cui sottende, però, un'identità di valori, almeno sotto il profilo dell’onere della prova, gravante sull’accusa e non su colui che deve difendersene in giudizio.

 La breve premessa induce senza mediazioni alla seconda delle due soluzioni proposte al problema del passaggio di una prova dal giudizio civile straniero al penale nostrano.

 L'idea di un'identità di valori che rende possibile la cooperazione tra Stati può applicarsi anche nell'attuale campo d'indagine. E, ancora, trova senz'altro terreno fertile l'altro argomento, della necessità di un costante lavorìo giurisprudenziale, finalizzato a dare forma a concetti altrimenti vaghi e vuoti, quali quello di "principi fondamentali" o l'altro, di "ordine pubblico".

 Limitando volutamente il discorso all'Unione europea, l’integrazione che proviene dai corpi giudicanti, per essere tale, deve risultare dal dialogo tra le corti interne e quelle europee, così da calibrare al meglio sia le ricadute dell’accezione europeistica di ordine pubblico in ambito nazionale, sia, viceversa, le inevitabili influenze del diritto interno nella formazione eurounitaria del concetto di ordine pubblico.

 Il doppio movimento appena descritto si compie al meglio – e, quindi, elegge a principale motore di funzionamento[[67]](#footnote-67) – il *rimedio pregiudiziale*, già previsto dall’art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità europea ed oggi regolato, nelle sue linee di fondo, dall’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione[[68]](#footnote-68).

 Ricordando i tratti essenziali dell'istituto, sicuramente, in caso di dubbio circa la compatibilità delle proprie regole di esclusione o di valutazione rispetto al diritto eurounitario, uno Stato potrà sollevare la relativa questione davanti alla Corte di giustizia dell’Unione, pur, però, sempre valendo il monito proveniente proprio dai giudici lussemburghesi per cui «l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione-quadro» – od, oggi, dopo Lisbona, di una direttiva –«nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione-quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale»[[69]](#footnote-69).

 La sfida risiede, dunque, nell'individuare un punto di convergenza tra la spinta uniformatrice che, in materia di diritti individuali, proviene dalle istituzioni europee, e le esigenze più conservatrici che giungono dai corpi legislativi nazionali. Con un esempio, nel caso di un pubblico ministero che ometta il deposito della propria lista testimoniale e chieda, poi, in assenza di richieste istruttorie dalle altre parti, che i testi che avrebbe dovuto indicare *ex* art. 468, comma 1, c.p.p. siano acquisiti ai sensi dell'art. 507 c.p.p., non sarebbe peregrino per il giudice sollevare questione davanti alla Corte di giustizia in ordine alla compatibilità tra la nostrana esegesi ventennale della «norma/simbolo dei poteri officiosi del giudice dibattimentale in materia di prova»[[70]](#footnote-70) e l'art. 4 della Direttiva 9 marzo 2016, 2016/343/UE sulla presunzione di non colpevolezza.

 In quel caso verrebbe, infatti, revocata in dubbio la compatibilità di una norma interna – o, meglio, delle sue modalita di applicazione – rispetto ad un atto di diritto europeo: unico soggetto depositario della funzione nomofilattica a livello continentale è la Corte di giustizia dell'Unione: e, in ciò, il cerchio si chiude con il richiamo all'art. 267 TFUE.

 Più complicato è il discorso allorquando entrino in rapporto due o più Stati. S'immagini che in uno di essi – che, per semplicità espositiva, definiremo "A" – si celebri il processo a carico di un padre, accusato di plurime condotte maltrattanti a danno del figlio minorenne. Nel giudizio, occorre acquisire la testimonianza del giovane che, però, vive ormai con la madre in altro Stato, che chiameremo "B".

 Sia A che B si trovano nel territorio dell'Unione europea, di talché in entrambi si applica la Direttiva 2012/29/UE che, all'art. 24, paragrafo 1, lett. *b)*, prevede la nomina di un rappresentante processuale del minore-vittima in caso di assenza dei genitori o di conflitto con essi. Lo Stato B impone *ex lege* che l'infradiciottenne sia rappresentato da un funzionario dell'ufficio statale in tutela della gioventù, che assisterà il giovane anche in corso di testimonianza. Tale figura è estranea ad A, che prevede la rappresentanza del minore non in ogni caso, ma solo in quelli specificamente descritti dall'art. 24 e che affianca al giovane, durante la testimonianza, non un funzionario pubblico, ma un esperto psicologo che lo aiuti ad interagire con gli altri soggetti processuali.

 Appare evidente sia il modo, diverso, in cui A e B applicano l'art. 24, sia la parziale difformità della legge di B rispetto al dettato eurounitario. V'è, allora, da chiarire se il giudice di A, dovendo richiedere a B l'assunzione della testimonianza del minore, possa sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione circa la corretta lettura dell'art. 24, paragrafo 1, lett. *b)* della Direttiva 2012/29/UE da parte di B.

 L'eventuale questione dovrebbe articolarsi in più punti: *in primis*, si tratterebbe di rinviare alla Corte un'istanza sull'esegesi dell'art. 267 TFUE e, quindi, sulla possibilità che il sintagma «organo giurisdizionale di uno degli Stati membri» possa riferirsi al giudice di uno Stato diverso da quello in cui occorre la prassi criticata o è scritta la norma che si intende in contrasto con l'*acquis* europeo.

 L'auspicabile risposta affermativa poggerebbe su due argomenti: *a)* quello *letterale*, per cui nulla nel testo dell'art. 267 TFUE si presta ad impedire una lettura come quella qui proposta; *b)* quello *teleologico*, che guarda al fine del rimedio pregiudiziale servente, appunto, all'uniforme applicazione della regola europea.

 Ritenuta ammissibile la questione, potrebbe finalmente procedersi alla domanda relativa, nell'esempio fatto, alla fisionomia dei rappresentanti della vittima minorenne, previsti dall'art. 24, paragrafo 1, lett. *b)* della Direttiva 2012/29/UE e concepiti da A e B in modalità tra loro assai differenti.

 Il rinvio pregiudiziale sarebbe ora concepito nei termini di uno strumento idoneo ad assottigliare le differenti concezioni del processo, nel nome di quell'uniformità di valori cui l'organismo eurounitario pretende di ispirarsi. E se il discorso vale in un caso, come quello testé prospettato, di collaborazione tra autorità penali, nulla vieta di applicarlo ad un altro, in cui un giudice penale ed uno civile, di Stati diversi, si pongono in rapporto, affrontando una comune questione.

Sembra, in definitiva, che solo una riflessione sullo strumento pregiudiziale, orientata a chiarirne l'esatta ricorribilità, anche da parte di giudici stranieri rispetto alla norma interna censurata, potrà agevolare un passo in avanti sul piano della cooperazione europea, segnatamente per ciò che concerne il tema della circolazione probatoria. Fa da sfondo l'assenza di un catalogo, condiviso a livello unitario, di regole di esclusione e di valutazione della prova, di talché si rende imprescindibile partire dai principi ‒ quelli, appunto, che fondano l'idea di ordine pubblico europeo, inteso come base di valori su cui si esplicano gli obiettivi più tipici dell'esperienza eurounitaria ‒ e farli leggere alla giurisprudenza, onde riempire quelle clausole altrimenti vuote di cui si diceva sopra e definire una lettura comune dei loro contenuti.

Uscendo, poi, dai confini dell'Unione, in assenza di una Corte alla quale fare riferimento per ottenere un'interpretazione delle norme nazionali ossequiosa dei principi fondamentali dell'esperienza europea, può rammentarsi comunque l'esistenza di un'idea di *ordine pubblico internazionale*, identificabile come «un complesso di valori e principi fondamentali per una collettività», talmente forti da essere in grado di limitare «la libertà dei singoli soggetti ad essa appartenenti»[[71]](#footnote-71). E, ancora, se è vero che «i vari sistemi giuridici (nazionali, sub-regionali, regionali, internazionali), ordinati gerarchicamente e subordinati tra di loro, sono dominati dal sistema della Carta ONU, tutti a loro volta soggetti ai principi supremi dello *jus cogens*»[[72]](#footnote-72), lo Stato che temesse una violazione di quei principi per effetto dell'altrui atto processuale sarebbe legittimato a rifiutare la cooperazione, così evitando sia di parteciparvi attivamente ‒ aiutando, quindi, lo Stato richiedente attraverso il compimento di un atto da inserire in un contesto processuale straniero, complessivamente deviante rispetto all'ordine pubblico nell'accezione sopra espressa ‒, sia di accogliere in sé atti esteri difformi ai principi supremi stabiliti dalla comunità internazionale, da inserire nel proprio processo.

Con altre parole, nessuna violazione del diritto dei trattati o, più semplicemente, di accordi già esecutivi occorrerebbe in caso di rifiutata collaborazione investigativa o giudiziaria con uno Stato irrispettoso dei principi dominanti i rapporti internazionali, tra essi rientrando, ovviamente, il complesso dei diritti fondamentali riconoscibili all'individuo, tra cui v'è quello di difendersi in giudizio[[73]](#footnote-73).

**6. Conclusioni. L'ordine pubblico come denominatore comune nella circolazione di prove tra Stati**

Tirando le somme, rimane da domandarsi che cosa accomuni le due soluzioni appena proposte con riguardo alla circolazione probatoria tra Stati, in un settore, quello dei reati familiari, che interessa tanto il giudice penale quanto il civile.

 La risposta risiede nella posizione della parte. Prim'ancora che il giudice, è la parte che deve farsi soggetto diligente, in grado di spiegare alla corte perché gli elementi che giungono, richiesti dal suo antagonista, dal contenzioso civile straniero non soddisfano i requisiti minimi, in termine di ordine pubblico, per entrare nel giudizio penale nostrano. In ciò, s'è detto, non si rinvegnono limiti di sorta al tipo di prova ricorribile, ovviamente nelle forme previste dall'art. 495, comma 2, c.p.p..

 Dal canto proprio, è impensabile che il giudice riceva la richiesta di acquisire prove (civili) straniere e le tratti come semplici documenti, senza stimolare il contraddittorio su di esse e, per quella via, senza verificarne la provenienza e la genuinità.

 Bene si è espresso un giudice del merito che, di fronte all'istanza di un'imputata straniera, rivolta ad ottenere l'acquisizione di documenti provenienti dall'amministrazione estera in un processo penale italiano per sottrazione e trattenimento di minore all'estero, si è così pronunciato: «ai sensi dell’art. 190 c.p.p. l’acquisizione di tali atti quali prove documentali nel senso suindicato presuppone la delibazione giurisdizionale di non manifesta irrilevanza e superfluità ai fini dell’accertamento dei fatti per cui si procede, la quale tuttavia resta preclusa qualora – come nel caso di specie – gli scritti in questione risultino mere fotocopie di atti in lingua straniera privi di alcuna certificazione di provenienza e di alcuna traduzione giurata, dei quali sia pertanto impossibile comprendere il contenuto, né da chi e/o in che modo e/o a che titolo e/o con quale procedura siano stati formati nonché rilasciati in copia alla parte che li produce». E ancora, «considerato che la condizione dell’imputata da cui tali atti provengono (residente all’estero) e la natura stessa degli atti prodotti (apparentemente resi e rilasciati in copia da soggetti e uffici stranieri) non forniscono alcuna garanzia della genuinità della relativa documentazione ed anzi ostacolano la relativa verifica degli altri soggetti processuali»[[74]](#footnote-74).

 L'assenza di un controllo sulla provenienza e l'autenticità del documento straniero impedisce il vaglio di ammissibilità imposto dall'art. 190 c.p.p.; d'altro canto, l'omessa interazione con la parte che subisce questa peculiare richiesta istruttoria, oltre a violare il principio del contraddittorio, rischia di inserire nel contesto processuale nostrano atti che gli sarebbero estranei, giacché irrispettosi dei principi su cui si fonda.

 La regola che deve animare la circolazione di prove dal giudizio civile straniero a quello penale italiano deve essere una rispettosa dell'ordine pubblico, declinabile in vario modo nelle sue accezioni più tipiche: nazionale, europeo ed internazionale. Quale sia, infatti, la versione di cui si scelga di tenere conto, essa si riferisce comunque al fondamento dei principi su cui si erige l'ordinamento, in questo caso, nostrano, rispetto ai quali mai potrà dirsi estranea l'acquisizione probatoria proveniente da oltre confine. Ordine pubblico, quindi, come garanzia di equità processuale ma, anche, di uniformità nei valori che ispirano i giudizi ‒ ancorché appartenenti ad ambiti così diversi come il civile e il penale ‒ degli Stati in gioco, tale essendo ‒ appunto, l'uniformità ‒ la garanzia necessaria al buon esito di qualunque forma di collaborazione investigativa e giudiziaria a livello sovranazionale.

1. \* Questo è il testo dell'omonima relazione per il Convegno *La tutela penale della persona nelle relazioni familiari*, organizzato da Università degli Studi di Ferrara, AIAF Veneto e Ordine degli Avvocati di Rovigo, e tenutosi a Rovigo il 31 marzo 2017.

 Sul tema, G. Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza vulnerabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 988. [↑](#footnote-ref-1)
2. Utili approfondimenti in D. Abram, M. Acierno, *Le violenze domestiche trovano una risposta normativa*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 224 ss.; D. Negri, *Le misure cautelari a tutela della vittima: dietro il paradigma flessibile, il rischio di un'incontrollata prevenzione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 471 ss.; P. Bronzo, *Misure cautelari penali e reati familiari*, in S. Moccia (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. X, *Delitti contro la famiglia*, a cura di S. Preziosi, Napoli, 2011, p. 760 ss.; T. Rafaraci, *Opinioni a confronto. La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Criminalia*, 2010, p. 273, nota 5; S. Silvani, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari (L. 4 aprile 2001, n. 154)*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 678. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Amplius*,A.M. Ciavola, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto della Corte d'appello di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 879 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. In tema A. Pisapia, *La protezione europea garantita alle vittime della violenza domestica*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1872-1873. [↑](#footnote-ref-4)
5. Così, L. Ciaroni, *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1851. L'Autore fornisce un breve *excursus* storico, partendo da Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 1981, n. 1115 che descrive come «potenzialmente pregiudizievole per il minore» la condotta del padre che impedisce al figlio di frequentare i congiunti della madre defunta. [↑](#footnote-ref-5)
6. P. Cenci, *Ancora in tema di elemento oggettivo del delitto di maltrattamenti in famiglia, con particolare riferimento ai coniugi, agli ex coniugi e ai partners in un rapporto di fatto*, in *Dir. famiglia*, 1998, p. 158 e, dello stesso Autore, *Il coniuge separato, il divorziato e l'ex convivente possono ritenersi persone di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p.?*, in *Dir. famiglia*, 1997, p. 650 ss. [↑](#footnote-ref-6)
7. Per i profili di diritto costituzionale, v. la bella analisi di A. Sorgato, *Reati endofamiliari e contro i soggetti deboli*, Torino, 2014, p. 3 ss. [↑](#footnote-ref-7)
8. Come ricorda L. Pistorelli, *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari: allontanamento dalla casa familiare; pagamento di un assegno,* in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia,* vol. IV, *Diritto penale della famiglia,* a cura di S. Riondato,Milano, 2002, p. 90. [↑](#footnote-ref-8)
9. Utile in tema C. eur. dir. uomo, 3 dicembre 2009, *Zaunegger c. Germania*, ric. n. 22028/04, §26. In tema, M.G. Ruo, *The best interest of the child nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Minorigiustizia*, 2011, n. 3, p. 39 ss.. [↑](#footnote-ref-9)
10. v. *infra*, §3. [↑](#footnote-ref-10)
11. v. *infra*, §4. [↑](#footnote-ref-11)
12. v. *infra*, §5. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cass., sez. VI, 12 novembre 2010, n. 43207, con nota di F. Mandalari, *La consulenza tecnica del giudizio civile è una prova documentale e non un mezzo di prova, pertanto può essere acquisita nel processo penale anche senza un giudicato*, in *Dir. e giust.*, 2010, p. 543. Sul tema, *amplius*, R. Villani, *Il compenso del CTU è dovuto in via solidale da tutte le parti del processo a prescindere dalla soccombenza*, in *Dir. e giust.*, 2015, 41, p. 2 ss.. Per la distinzione tra consulenza come mezzo di prova o come mezzo *lato sensu* istruttorio, G. Zaccaria, *La professionalità del consulente: una scelta del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 699 ss.. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cass., sez. V, 19 marzo 2010, n. 22601, in *CED Cass*., n. 247358. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cass. civ., sez. lav., 19 agosto 2015, n. 16989, reperibile sul portale *Dejure*. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cass. civ., sez. II, 15 maggio 2007, n. 1115, sempre reperibile su *Dejure*. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cass. civ., sez. II, 30 settembre 2015, n. 19498, ancora dal *Dejure*. [↑](#footnote-ref-17)
18. M. Russo, *Animus confitendi e prudente apprezzamento della dichiarazione confessoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1003. [↑](#footnote-ref-18)
19. S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1960, p. 215. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cass. civ., sez. II, 6 giugno 2006, n. 13212, su *Dejure*. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cass. civ., sez. lav., 7 agosto 2012, n. 14193, *Dejure*. Sul punto, M. Russo, *Animus confitendi e prudente apprezzamento*, cit., p. 1002. [↑](#footnote-ref-21)
22. L. Ariola, *Le prove atipiche nel processo civile*, Torino, 2008, p. 6. [↑](#footnote-ref-22)
23. F. Carnelutti, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 229. [↑](#footnote-ref-23)
24. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 842: «i documenti di gran lunga più importanti sono le scrittur*e*». [↑](#footnote-ref-24)
25. Sul documento come *res signata*, M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, p. 578. [↑](#footnote-ref-25)
26. F. Cordero, *Diatribe sul processo accusatorio*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Torino, 1966, p. 205. [↑](#footnote-ref-26)
27. Come ricorda R. De Matteo, *In tema di trasmigrazione probatoria tra procedimenti diversi*, in *Arch. pen.*, 2011, 3, p. 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. A. Sanna, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi: alla luce del giusto processo*, Milano, 2007, p. 166, nota 109. L'Autore cita, poi, G. Lozzi, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 687; I. Alessandrucci, *Il contraddittorio tra illusione codicistica e nuovi* standards *difensivi*, in *Giur. it.*, 2004, p. 155; N. Rombi, *Circolazione probatoria e diritto al contraddittorio*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (l. 1 marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001, p. 371; A. Scella, *Tutela del contraddittorio e utilizzazione di prove formate in altri procedimenti*, in R.E. Kostoris, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 99. [↑](#footnote-ref-28)
29. R. Cantone, *La circolazione probatoria tra procedimenti. Le modifiche introdotte dalla L. 63/01*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2561; F. Cardella, *La circolazione probatoria extraprocessuale*, in *Critica penale* 2002, 2, p. 145. [↑](#footnote-ref-29)
30. Come nota R. De Matteo, *In tema di trasmigrazione probatoria*, cit., p. 3, richiamando il pensiero di N. Rombi, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, p. 82. [↑](#footnote-ref-30)
31. Sul punto, F. Costantini, *L'intervento in executivis per erronea applicazione di una pena accessoria tra principio di legalità e intangibilità del giudicato: la decisione delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2582. [↑](#footnote-ref-31)
32. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 342, e anche V. Andrioli, *Diritto processuale civile, vol. I*, Napoli, 1979, p. 993. Per un'analisi del tema, anche M. Ragni, *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 647 ss.. [↑](#footnote-ref-32)
33. Chiaramente, l’esposizione non tiene conto dell’eventuale consenso dell’imputato che, a mente dell’art. 238, comma 4, c.p.p., permetterebbe di acquisire la prova indipendentemente da quanto previsto dai commi 1, 2, 2-bis e 3. Sul tema, *amplius* e, tra i tanti, F.M. Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, p. 204, o anche C. De Angelis, *Processo civile e processo penale*, Torino, 2009, p. 121. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cass., sez. V, 10 novembre 2003, n. 48272, in *Dejure*, secondo la quale «Poiché la citata disposizione non postula che il consenso venga espresso personalmente dall'imputato, deve ritenersi sufficiente e rilevante ai fini che interessano anche quello prestato dal difensore, al quale, ai sensi dell'art. 99 c.p.p. competono le facoltà ed i diritti che la legge riconosce all'imputato a meno che essi siano riservati a quest'ultimo; d'altro canto la mancata previsione di una siffatta riserva trova spiegazione nel fatto che proprio al difensore spetta la valutazione dal punto di vista tecnico dell'opportunità della scelta *de qua*». [↑](#footnote-ref-34)
35. Secondo una regola generale che trova, nel processo italiano, altre possibili declinazioni: si pensi al caso degli atti istruttori compiuti prima del mutamento del collegio giudicante e leggibili, in seguito, a soli fini di contestazione, anche quando l'imputato non abbia prestato il consenso alla loro utilizzabilità. Traccia questo parallelismo, Cass., sez. V, 29 aprile 2014, n. 38734, dalla banca dati *Dejure*. [↑](#footnote-ref-35)
36. P. Ferrua, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in D. Negri, R. Orlandi, *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, p. 4. [↑](#footnote-ref-36)
37. Sempre P. Ferrua, *Il contraddittorio tra declino della legge*, cit., p. 4. [↑](#footnote-ref-37)
38. Ancorché estraneo all'ambito familiare si pensi all'ipotesi delle immissioni, previste dall'art. 844 c.c. e potenzialmente integranti la fattispecie penale dell'art. 674 c.p.. Ora, ipotizzando la coesistenza di due giudizi, civile e penale, in ragione di un episodio di fumi che, uscendo da un camino, turbano la quotidianità dell'abitazine vicina, è ben possibile che nei due contenziosi vengano sentiti i medesimi testimoni, pur, però, secondo le diverse regole dei casi e, magari, permettendo ai due giudici di addivenire a risultati diametralmente opposti in punto di valutazione delle responsabilità. Insomma, l'ovvia circostanza per cui ciascun giudice è libero di valutare l'attività assertiva e quella istruttoria delle parti si coniuga con la diversità di forme e procedure dei giudizi civile e penale. Su un caso analogo, le due sentenze, l'una del Giudice di pace di Ferrara, 17 novembre 2015, *inedita*, che riteneva non provate le immissioni *ex* art. 844 c.c. e l'altra, del Tribunale di Ferrara, 13 gennaio 2016, *inedita*, che condannava i proprietari del camino per il fatto dell'art. 674 c.p.. [↑](#footnote-ref-38)
39. G. Ubertis, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale (1991)*, in Id., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 117. [↑](#footnote-ref-39)
40. P.P. Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, in G. Ubertis, G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, 1999, vol. X.1, pp. 26-27. [↑](#footnote-ref-40)
41. Sul punto, *amplius*, G. Ubertis, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, spec. p. 699. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cass., sez. VI, 2 luglio 2012, n. 30068, in *CED Cass.*, n. 253273. [↑](#footnote-ref-42)
43. Essa ovviamente confinandosi al caso in cui sia l'autorità italiana a chiedere a quella straniera la documentazione di quanto compiuto o, viceversa, quando sia richiesta all'autorità estera una specifica assunzione probatoria: così, M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, in G. Ubertis, G.P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2005, vol. XV, p. 71. [↑](#footnote-ref-43)
44. v. §2. [↑](#footnote-ref-44)
45. Come ricordano G. Campeis, A. De Pauli, *Prime riflessioni sul regolamento sulle rogatorie: il nuovo assetto dell'assunzione di prove all'estero nel processo italiano*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 34. [↑](#footnote-ref-45)
46. v. *supra*, §1. [↑](#footnote-ref-46)
47. Ciò che comunque rende più facile la circolazione probatoria a livello sovranazionale: fanno l'esempio del tecnico da nominarsi per valutare gli effetti pregiudizievoli di un sinistro stradale sull'infortunato che risiede all'estero, G. Campeis, A. De Pauli, *Il danno dello straniero*, in G. Alpa, M. Bessone (a cura di), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1987, vol. IV, p. 143. [↑](#footnote-ref-47)
48. T. Ballarino (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Napoli, 2011, p. 43. [↑](#footnote-ref-48)
49. E per la quale si rimanda a T. Ballarino, L. Mari, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, p. 7 ss.. [↑](#footnote-ref-49)
50. Si pensi alle difficoltà di attuare il mandato europeo di ricerca della prova o al percorso, ad oggi incompiuto, verso l'ordine europeo d'indagine. Si rimanda all'analisi di F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, in particolare nei primi quattro paragrafi del capitolo V, dedicato a *Il divieto d'uso nello spazio e nel tempo. Prova estera e* ius superveniens, pp. 141 ss.. [↑](#footnote-ref-50)
51. Quelli che separano il Trattato di Roma dall'Accordo di Schengen, e che diventano ancora di più che si fa coincidere il *dies a quo* con il Trattato istitutivo della CECA. [↑](#footnote-ref-51)
52. Così, se «gli artt. 69-71 della legge pongono invece, per l'assunzione di prove in Italia sulla base di sentenze o provvedimenti di giudici stranieri nonché per la notificazione di atti di autorità straniere, alcune regole che operano in via generale, ma che nel campo di applicazione delle convenzioni svolgono una funzione integrativa delle norme poste dalle convenzioni stesse. Parte della disciplina ribadisce quella già contenuta negli artt. 802 e 803 c.p.c., ora abrogati» (G. Gaja, *Le convenzioni internazionali e le nuove norme sulla giurisdizione e sul riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 841), occorrerà guardare proprio agli artt. 69-71 l. n. 218 del 1995, non potendo – come s'è visto – guardare alla normativa convenzionale. [↑](#footnote-ref-52)
53. Interessante la considerazione di T. Ballarino, *Diritto internazionale*, cit., p. 106, nota 4: «*manca una giurisprudenza in proposito*». Si segnala, cioè, quanto il tema sia nuovo e abbisogni ancora di solide ed univoche interpretazioni. [↑](#footnote-ref-53)
54. Cass. civ., sez. I, 3 settembre 2015, n. 17519. La sentenza è stata reperita con il motore di ricerca della banca dati *Dejure*. [↑](#footnote-ref-54)
55. C. giust. CE, 2 aprile 2009, in causa C-394/07. Pronuncia individuata con il *Dejure*. [↑](#footnote-ref-55)
56. In tema, M.C. Paglietti, *Il Regolamento n. 655 del 2014 sull'ordinanza di sequestro conservativo dei conti bancari: effettività della tutela e convergenza tra sistemi di giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pp. 1296-1297. [↑](#footnote-ref-56)
57. Regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, relativo «alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000». [↑](#footnote-ref-57)
58. Su queste tematiche, P. Picone, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1996, pp. 713 ss.. [↑](#footnote-ref-58)
59. Ancora Cass. civ., sez. I, 3 settembre 2015, cit., ma pure, conforme, Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2010, n. 3823, sempre dal *Dejure*. [↑](#footnote-ref-59)
60. Ma anche sicuramente acquisito *ex* art. 507 c.p.p., ad esso riferendosi - per ormai consolidata tradizione giurisprudenziale - la prova «non precedentemente disposta, preesistente e conosciuta, di cui risulti la rilevanza epistemologica ... dell'attività probatoria svolta in giudizio». Così, L. Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Torino, 2007, pp. 169-170. Il passo è, altresì, richiamato da C. Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, p. 28. [↑](#footnote-ref-60)
61. Si richiamano queste parole: «sotto il profilo della fonte, si è posto l'ulteriore quesito se la dizione normativa "divieti stabiliti dalla legge" consente di sussumere nell'orbita dell'inutilizzabilità anche la c.d. "prova illecita", ossia acquisita in dispregio di una norma penale sostanziale. La risposta affermativa muove dall'ampia formula del precetto: il generico riferimento alla "legge" non impone di ancorare l'esistenza di un limite d'uso alla violazione della sola fattispecie processuale» (A. Scalfati, D. Servi, *Premesse sulla prova penale*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, vol. II, *Prove e misure cautelari*, tomo I, *Le prove*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, p. 45.

 Altro Autore, poi, distingue come segue: «appare più corretto usare il termine prova "illecita" per indicare la prova ottenuta a mezzo di atti vietati dal diritto penale, in contrapposizione alla prova "illegittima" in quanto acquisita in contrasto con divieti previsti da norme di diritto processuale penale». Così, P. Felicioni, *Perquisizioni*, in P. Ferrua, E. Marzaduri, G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, p. 745.

 Sicuramente è condivisibile ricomprendere tanto la prova illecita, quanto quella illegittima come foriere di inutilizzabilità, stante, appunto, il generico tenore dell'art. 191 c.p.p.. [↑](#footnote-ref-61)
62. *Amplius*, A. Scalfati, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 217. [↑](#footnote-ref-62)
63. Queste ed altre riflessioni, in M. Daniele, *L’impatto dell’ordine europeo d’indagine sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. contemp.* (rivista trimestrale), 2016, 3, p. 64. [↑](#footnote-ref-63)
64. Così M. Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell’Unione europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 3, p. 82. [↑](#footnote-ref-64)
65. V. Garofoli, *Diritto processuale penale*, Milano, 2012, p. 7. [↑](#footnote-ref-65)
66. Sul tema, per una bella comparazione, P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, 2009, p. 101, in particolare nota 269 che si riferisce al *Military Commission Order, I, article 5, sections B-G.* [↑](#footnote-ref-66)
67. E non può che essere così, in un lavoro in tema di diritti: il rinvio pregiudiziale, infatti, è «il più efficace e diffuso strumento di tutela dei diritti vantati dal singolo nei confronti sia delle istituzioni comunitarie che degli Stati membri»: così, A. Tizzano, S. Fortunato, *La tutela dei diritti*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Milano, 2000, vol. II, p. 1291. [↑](#footnote-ref-67)
68. Così pure M. Condinanzi, *I giudici italiani «avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» e il rinvio pregiudiziale*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 295 ss., per il quale esegesi contrarie dell'art. 267 TFUE ‒ un tempo artt. 68 e 234 TCE ‒ sono «fortemente pregiudizievol[i] non solo per l'interesse oggettivo ad una corretta e uniforme interpretazione del diritto dell'Unione ..., ma anche, e soprattutto, per il diritto ad un ricorso effettivo da parte del singolo» (p. 304). [↑](#footnote-ref-68)
69. C. giust. CE, 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*. L’adagio veniva ripreso, a livello interno, da Cass., sez. VI, 8 maggio 2006, n. 16542, in *Dejure*. Su questa pronuncia, C. Amalfitano, *Mandato d'arresto europeo, Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 85 ss.. [↑](#footnote-ref-69)
70. Così, C. Valentini, *La presunzione di innocenza nella direttiva 2016/343/UE:* per aspera ad astra, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, p. 200. [↑](#footnote-ref-70)
71. G. Ziccardi Capaldo, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 302. [↑](#footnote-ref-71)
72. G. Ziccardi Capaldo, *Diritto globale*, cit., p. XXIII. [↑](#footnote-ref-72)
73. Bella questa definizione dell'ordine pubblico internazionale, coniata con riferimento alla Francia ma applicabile, *mutatis mutandis*, ovunque: «le funzioni dell'ordine pubblico internazionale sono dunque tre: impedire l'ingresso nel foro di situazioni considerate ingiuste; difendere «*les fondements politiques, sociaux de la civilisation française*» e, infine, salvaguardare talune scelte di politica del diritto fatte proprie dal legislatore nazionale, che sarebbero altrimenti frustrate qualora si consentisse a talune decisioni di produrre un effetto pieno in Francia». Così, M. De Santis, M.M. Winkler, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico. Parte seconda, il lodo, le impugnazioni e la disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Dir. commerc. internaz.*, 2012, 1, p. 59. Gli Autori richiamano V. Heuzé, P. Mayer, *Droit international privé*, Parigi, 2011, p. 135 ss.. [↑](#footnote-ref-73)
74. Trib. Grosseto, ord. 22 dicembre 2015, inedita. [↑](#footnote-ref-74)