

## CONSIDERAZIONI SUI MODELLI DI TUTELA DELLA PERSONA OFFESA, TRA “VITTIMOCENTRISMO” EUROPEO E CARENZE INTERNE DI ATTUAZIONE.

### CONSIDERATIONS ON THE MODELS OF OFFENDED PERSON PROTECTION, BETWEEN EUROPEAN “VICTIMOCENTRISM” AND INTERNAL DEFICIENCIES OF IMPLEMENTATION.

**Abstract.** Il lavoro punta ad approfondire la discrasia tra il modello europeo di tutela della persona offesa e l’attuazione per parte nostrana, con riferimento a due specifici settori: l’incompiuto recepimento della direttiva 2011/99/UE sull’ordine europeo di protezione e l’assenza di uno “statuto europeo” della prova che possa governare la trasmigrazione di materiale istruttorio da uno Stato all’altro, specie in quei casi nei quali l’accertamento penale riguardi *quaestiones* che toccano altre branche giuridiche. Se ne conclude che la soluzione più idonea è quella di leggere l’art. 82, par. 2, TFUE – che, alla lett. c), chiama le istituzioni europee a porre “norme minime” in tutela della persona offesa – nel senso di ammettere una normazione mediante direttive dettagliate, onde limitare al massimo il rischio di carenze per parte nazionale.

**Francesco Trapella**

*Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università di Ferrara*

#### **1. Luci (europee) e ombre (italiane) sulla persona offesa: premesse minime.**

La persona offesa vive una stagione di protagonismo, coinvolta com’è, in qualità di primo attore dei tanti moniti unionisti che aspirano ad informare il giudizio penale a comuni parametri di civiltà giuridica<sup>1</sup>.

Si sa, tuttavia, che, a fronte dei proclami da oltre confine e a dispetto dei *dicta* dell’altro sistema europeo – quello strasburghese – nella realtà del rito nostrano, l’offeso rimane relegato perlopiù al ruolo di fornitore di informazioni utili al procedere – vuoi mediante le indicazioni espresse sul modello dell’art. 90 c.p.p., vuoi in qualità di testimone, sicuramente qualificato –, quando non sia danneggiato e aspiri a soddisfare i propri

---

\* Questo è il testo, rivisto, della relazione tenuta dall’Autore all’incontro di studi *Abusi e violenze nelle relazioni familiari: la tutela cautelare, i reati in materia familiare, acquisizione della prova proveniente dal giudizio civile nel processo per reati familiari*, organizzato da AIAF Marche (Civitanova Marche, 13 aprile 2018).

<sup>1</sup> Riconduce l’attenzione per l’offeso a «quel senso europeo, fatto di solidarietà morale e di connessione spirituale, intorno al quale ruota l’idea di un processo penale antropocentrico» CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 29/2012 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789.

diritti – di caratura esclusivamente patrimoniale – dinanzi al giudice penale<sup>2</sup>.

La discrasia tra la figura in argomento secondo le regole interne e il modello preconizzato dalla giustizia europea e, più in grande, internazionale<sup>3</sup> si riflette con forza in quei contesti nei quali il legislatore nostrano sia chiamato ad esaudire le indicazioni del normatore unionista, traducendo nell'ordinamento nazionale schemi e regole elaborate dalle istituzioni europee.

Il riferimento è chiaro, e va a quel fenomeno sintetizzabile come *comunitarizzazione dell'ex terzo pilastro*, dal ché deriva il coinvolgimento di Commissione, Consiglio e Parlamento dell'Unione nel processo – un tempo, di codecisione ed oggi, invece, ordinario – di produzione normativa unionista in materia penale: e tanto implica la possibilità di procedure d'infrazione per quello Stato che tardi a conformarsi ai paradigmi europei o, pur adattandovisi in tempo, mal ne intenda il senso e riporti a livello nazionale qualcosa di diverso da quanto elaborato in sede europea<sup>4</sup>.

Ecco, allora, che la dicotomia cui si accennava – tra normazione interna ed unionista in materia di persona offesa – non è scevra di rischi per l'Italia, ben potendosi attendere, per ciò che si vedrà appresso, il prossimo avvio di procedure di infrazione o, più in generale, espressioni biasimevoli da parte delle istituzioni eurounitarie circa il ruolo di Cenerentola cui ancora l'ordinamento interno confina la vittima del reato<sup>5</sup>.

Posta la tesi, si cercheranno argomenti a suo supporto.

La materia cautelare e l'altra, trasversale, della prova offrono spunti interessanti nella direzione che si è scelto di esplorare, esaltando i dubbi e le incertezze che sin qui si sono comunque accennati allorquando l'illecito

---

<sup>2</sup> In varia misura svilendo la tendenza, invece tutta europea, a «dare importanza alla presenza e alla volontà dell'offeso, nel corso dell'accertamento penale, riconoscendogli diritti di intervento e di partecipazione attiva», come rammenta PARLATO, *La parola alla vittima*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3293 nel descrivere l'impatto della direttiva 2012/29/UE sull'ordinamento nostrano.

<sup>3</sup> Per quest'ultimo profilo, volendo, TRAPELLA, *Dal genocidio al ginocidio. Spunti per una riflessione sulla tutela della vittima secondo i tribunali penali internazionali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4211 ss..

<sup>4</sup> Sono i «vincoli di risultato» di cui parla RUGGIERI, *Ordine di protezione europeo e legislazione italiana di attuazione: un'analisi e qualche perplessità*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 5, p. 99.

<sup>5</sup> Taluno parla di un «ritrovata centralità della vittima nel processo», figura utile a motivare scelte di politica criminale di stampo repressivo: così, NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 32. La tesi si scontra con il sostanziale disinteresse del legislatore interno, ancora incapace di coniare strumenti di effettiva tutela della persona offesa, finendo – come è accaduto per la messa alla prova e, così, più avanti, con il nuovo art. 162-ter c.p. – per esaltarne sempre e solo l'interesse patrimoniale di quella come – *rectius*: nei limiti di – danneggiato dal reato.

acquisisca dimensione sovranazionale, obbligandosi l'accesso a strumenti di cooperazione europea.

Così, in via di prima approssimazione, l'Italia ha ereditato un concetto di *misura di protezione* in più parti divergente da quello tratteggiato dall'art. 5 della direttiva 2011/99/UE<sup>6</sup>, peraltro conducendolo nell'ambito di una vicenda e, quindi, di un contraddittorio – quelli cautelari – nei quali la vittima del reato non figura tra i comprimari processuali<sup>7</sup>, ma solo e forse come sporadico interventore<sup>8</sup>.

Analogamente, per quanto l'attenzione ai profili del diritto alla difesa e, più in generale, del processo giusto siano impressi nelle normative unioniste che coniano strumenti di collaborazione interstatale nell'indagine e nella gestione della prova<sup>9</sup>, non esiste ancora un'elaborazione

---

<sup>6</sup> Il tema incrocia l'altro, della determinatezza delle misure cautelari a tutela dell'offeso (artt. 282-bis e 282-ter c.p.p.), su cui si tornerà a breve e per cui, *amplius*, BRONZO, *La tutela cautelare "europea" della vittima di reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, in partic. pp. 1088-1089.

<sup>7</sup> In contrasto con l'auspicio di un contraddittorio *preventivo* allargato anche alla persona offesa e capace, perciò, di fornire al giudicante tutti gli strumenti necessari ad assumere la decisione nel segno di quelle esigenze che, ad ogni buon conto, vengono menzionate negli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., in un'embrionale – ma inadeguata – declinazione mediatrice del segmento cautelare. Sul tema, BRONZO, *Le "nuove" misure prescrittive*, in BRONZO, LA REGINA, SPAGNOLO, *Il pluralismo delle misure cautelari personali tra tipicità e adeguatezza*, Padova, 2017, in partic. p. 62. Sul contraddittorio anticipato nei procedimenti cautelari, già GIOSTRA, *Indagini e prova: dalla non dispersione ai nuovi scenari cognitivi*, in AA.VV., *Verso la riscoperta di un nuovo modello processuale*, Milano, 2002, p. 45.

<sup>8</sup> Né può affermarsi che non sia tale nel sistema dell'art. 299 c.p.p. come modificato dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, laddove la persona offesa è, sì, destinataria di comunicazioni (della revoca, sostituzione o applicazione con modalità meno gravose delle misure coercitive diverse dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria – comma 2) o di notificazioni (dell'istanza, la notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione della misura, che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia – comma 3) e ben può esprimersi mediante memorie: la procedura – calibrata secondo uno schema bipartito, come lo definisce CIAMPI, *Il diritto di difesa e all'informazione*, in BARGIS, BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, p. 291 – consegna all'offeso uno spazio sostanzialmente sovrapponibile a quello concessogli dalla norma generale dell'art. 90 c.p.p.: negli spazi – non tanti – in cui egli è abilitato ad esprimersi, è un mero indicatore di ragioni di cui ovviamente il giudice terrà conto secondo il proprio convincimento e senza che a ciò corrispondano diritti all'ottenimento di un certo responso o di date prerogative. Su questi temi si segnala la ricostruzione della "riforma" dell'art. 299 c.p.p., operata da TRABACE, *Brevi note in tema di «delitti commessi con violenza alla persona»*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4159. Utili approfondimenti in BONTEMPELLI, *Novità nelle procedure di revoca e sostituzione*, in DIDDI, GERACI (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, 2015, p. 149, RUGGIERO, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2356, o anche ROMANELLI, *Omessa notifica alla persona offesa della richiesta di revoca o sostituzione di misura cautelare coercitiva: problemi definitivi e rimedi in sede di impugnazione*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4429.

<sup>9</sup> Per esempio è ben vero che l'art. 10 della direttiva 2014/41/UE prevede, tra i motivi di rifiuto nell'esecuzione di un OEI, la sussistenza di contesti incompatibili con il

coesa in tal senso, tanto da farne uno “statuto europeo della prova”<sup>10</sup>. E ciò, non senza possibili riverberi sulla posizione della persona offesa allorché, ad esempio, materiali allogeni, provenienti da un giudizio civile debbano fare ingresso nel processo penale nostrano: l’assenza di una regola specifica, unita agli endemici limiti che l’ordinamento nazionale impone al diritto alla prova dell’offeso – foss’anche costituito parte civile, giacché danneggiato<sup>11</sup> –, possono frustrare le prerogative di quest’ultimo, con risultati diametralmente opposti a quelli – si diceva – di protagonismo, auspicati per parte unionista.

Persona offesa, misure cautelari<sup>12</sup>, prove e criminalità sovranazionale: questi saranno i poli attorno ai quali graviterà l’analisi, il cui scopo ultimo

---

rispetto dei diritti umani e con le situazioni descritte dall’art. 6 TUE. Tra i più recenti contributi in materia, DE AMICIS, *Dalle rogatorie all’ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 22; SELVAGGI, *L’ordine europeo d’indagine – EIO. Come funziona?*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 44; BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell’ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 440; GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e indagini difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, p. 1.

<sup>10</sup> Anticipando quanto si dirà appresso, per passare dalla tutela dei diritti impressa negli strumenti unionisti di assistenza investigativa e probatoria ad uno statuto europeo della prova, deve consolidarsi l’affermazione per cui il materiale istruttorio che vulneri le situazioni descritte dall’art. 6 TUE e dalle norme ivi richiamate non può entrare nel nostro Paese, giacché afflitto da una forma di inutilizzabilità in tutto simile a quella esaminata da C. Cost., sent., 4 aprile 1973, n. 34, della *prova incostituzionale*.

<sup>11</sup> Bene espressi in queste parole della Consulta: «l’intervento nel processo penale della parte civile trova giustificazione – oltre che nella necessità di tutelare un legittimo interesse della persona offesa dal reato – nell’unicità del fatto storico, valutabile sotto il duplice profilo dell’illiceità penale e dell’illiceità civile, realizzando così non solo un’esigenza di economia dei giudizi, ma anche evitando un possibile contrasto di pronunce.

Senonché, l’azione per il risarcimento o le restituzioni ben può avere *ab initio* una propria autonomia nella naturale sede del giudizio civile -con un iter del tutto indipendente rispetto al giudizio penale -, nel quale non sussistono quei condizionamenti che, viceversa, la legge impone nel caso in cui si sia preferito esercitare l’azione civile nell’ambito del procedimento penale; condizionamenti giustificati dal fatto che oggetto dell’azione penale è l’accertamento della responsabilità dell’imputato». Così, C. Cost., sent., 29 dicembre 1995, n. 532, con nota di POTETTI, *C. Cost. n. 532/95: perplessità in tema di prova contraria*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1370. E già AMBROSINI, sub *Art. 495*, in CHIAVARIO (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. V, Torino, 1991, p. 189 si poneva la questione della eventuale contraddizione fra gli artt. 468, comma 4 e 495, comma 2, c.p.p. risolvendola nel senso che la seconda norma prevede un «diritto» per imputato e pubblico ministero, mentre alle altre parti private la controprova sarebbe riconosciuta solo come facoltà di indicazione, rispetto alla quale però il giudice non avrebbe il dovere di ammetterla.

<sup>12</sup> Persona offesa e misure cautelari: una coesistenza difficile, dacché all’esaltazione delle prerogative della prima si rischia di svilire l’altrettanto problematico equilibrio tra procedimento cautelare e referenti costituzionali in punto di libertà del singolo e di garanzie processuali. Non è mancato chi, con icastica espressione e in riferimento all’innesto nella materia in argomento di afflati special-preventivi, per vero (anche) calibrati sulle istanze di tutela della vittima di reato, ha affermato: «l’intervento cautelare diventa misura di sicurezza» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 480), con ciò segnalando la

sarà portare elementi a suffragio della tesi iniziale, del diverso modo di intendere la vittima del reato da parte del legislatore nostrano e del diritto unionista, con le conseguenze che, almeno in prima battuta, già si sono annunciate in questo abbrivio di studio.

## **2. L'occasione mancata. L'incompiuta attuazione della direttiva sull'ordine europeo di protezione.**

Si parta dal dato lessicale: l'art. 5 della direttiva 2011/99/UE parla di «misure di protezione»<sup>13</sup>. Categoria di per sé sconosciuta al diritto italiano, essa ha indotto il nostro legislatore ad esplorare le finalità espresse dalla normativa europea per individuare, nel diritto e nel processo interni, un corrispondente accettabile.

Il *draft* della regola unionista risponde ad un'idea di legalità almeno in parte difforme da quella cui s'impronta il diritto nazionale, non foss'altro perché l'interesse primario del normatore europeo è quello di creare un disposto egualmente adattabile ai vari modelli nazionali, degli Stati, cioè, che sono vincolati al risultato previsto dalla direttiva<sup>14</sup>.

Non può, allora, stupire il modo in cui è costruito l'art. 5, che si limita ad elencare i «divieti» e le «restrizioni» in cui si esprime la misura applicata «alla persona che determina il pericolo». Con altre parole, la struttura del disposto, improntata ad una logica evidentemente funzionalista<sup>15</sup> – e comunque necessaria al livello in cui versa ad oggi l'*iter* di creazione di una giustizia penale europea, lontano ancora dall'approdo di un'unica autorità centrale, capace di esplicitare *in subiecta materia* poteri gerarchicamente sovraordinati rispetto a quelli degli esecutivi nazionali – ha imposto all'interprete nazionale – qui, *sub specie* di legislatore dell'attuazione – un

---

difficoltà di concepire un intervento della persona offesa nella vicenda cautelare in misura più penetrante del deposito di memorie e dell'essere quella destinataria di un'informazione.

<sup>13</sup> Locuzione che compare pure nel settore civile: si pensi al Regolamento del Parlamento e del Consiglio 2013/606/UE del 12 giugno 2013, che parla proprio di misure di protezione in materia civile. Sul tema, MOIOLI, *Le nuove misure "europee" di protezione delle vittime di reato in materia penale e civile*, in *Eurojus.it*, 27 febbraio 2015.

<sup>14</sup> Nel segno del cd. *Programma di Stoccolma*, volto a «migliorare la normativa e le misure pratiche di sostegno per la protezione delle vittime» (v. i *considerando* da 1 a 5 della direttiva).

<sup>15</sup> Ci si riferisce al funzionalismo non certo nell'accezione di quell'approccio volto a «soffocare ogni rigurgito di sovranità nazionale, sacrificando sull'altare dell'integrazione i diritti che di volta in volta si trovino in conflitto con i principi cardine dell'ordinamento comunitario» (sono parole, usate in un settore diverso da quello in esame, di BOSIO, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche nella sentenza Laval*, in *Giur. civ.*, 2010, 6, p. 330), ma in quell'altra, di posizione di un obiettivo, fissato per parte unionista, al quale rivolgere gli sforzi del normatore nazionale e, così, anche l'esegesi delle regole interne.

gioco di corrispondenze, al fine di rintracciare tra gli istituti esistenti quello che potesse realizzare le limitazioni in elenco alla direttiva.

Prima di entrare nel merito delle scelte compiute a livello interno, mette conto di sottolineare come il termine *protezione* richiami in egual maniera l'esigenza di arginare un pericolo, evidentemente per la società oltre che per la persona offesa<sup>16</sup>, e l'obiettivo di evitare il reiterarsi del reato in altre forme criminose che possano nuocere a colui che già sia stato vittima<sup>17</sup>.

Ecco, allora, la duplice anima del concetto che ne segna, poi, la vaghezza lessicale, ampio com'è lo spettro di situazioni a cui è capace di riferirsi.

Non si può tacere, infatti, che la necessità generalpreventiva di ostacolare l'agire di chi appaia socialmente pericoloso, anche sulla scorta di indici desumibili da una pregressa attività criminale, si ponga alla base del binario parallelo<sup>18</sup> a quello che esita nell'applicazione di una pena o, talora e

---

<sup>16</sup> E rispetto a questa riflessione pone in allarme l'argomento – senz'altro condivisibile – per cui «la prevenzione si fonda ... sui due parametri della pericolosità e del sospetto, entrambi incompatibili con il principio della stretta legalità»: così, KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e «diritto penale del nemico»*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1.

La considerazione cozza con l'altra, per cui, invece, la materia cautelare è saldamente ancorata ad esigenze di legalità, vuoi *sub specie* di riserva di legge (art. 272 c.p.p.), vuoi per l'obbligo, gravante sul giudice, di evitare limitazioni della libertà individuale sulla base di generiche clausole di stile. Come ricorda la Suprema Corte proprio con riferimento alla misura dell'art. 282-ter c.p.p. sulla necessità che «il giudice indichi in maniera specifica e dettagliata i luoghi rispetto ai quali all'indagato è fatto divieto di avvicinamento» (Cass., sez. VI, 7 aprile 2011, n. 36819, con nota di COLLINI, *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa tra principio di legalità e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. contemp.*, rivista online, 24 gennaio 2012).

Ora, l'idea di una “misura di protezione” si colloca a metà strada tra misure cautelari, di prevenzione e di sicurezza: tre strumenti che di comune posseggono l'attitudine a limitare l'altrui libertà individuale, ma che si coniugano in modi assolutamente diversi con il principio di legalità testé rammentato. La scelta del legislatore italiano – lo si vedrà a breve – è nel ricondurre l'art. 5 della direttiva 2011/99/UE al *genus* delle norme in materia cautelare, pur, però, mai potendo sottacere l'afflato specialpreventivo geneticamente insito nei provvedimenti che ora si stanno affrontando.

<sup>17</sup> Donde la definizione dell'ordine di protezione come uno «scudo difensivo» per la persona offesa, «in grado di trascendere i confini nazionali»: così, MANFREDINI, *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2511. Nell'omonimo volume a cura di RUGGIERI, (Torino, 2017) approfondisce simili riflessioni CAMALDO, *L'ordine di protezione europeo e la tutela delle vittime di reato oltre i confini nazionali*, in *partic.* p. 69 ss.

<sup>18</sup> Rammentando che «tanto la pena quanto le misure di sicurezza sono sanzioni penali perché tanto l'una quanto l'altra costituiscono mezzi di prova contro il reato»: così, DELITALA, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 1096. Considerazione, questa, che strizza l'occhio all'altra, di dodici anni più recente, compiuta dalla Corte di Strasburgo nella celeberrima sentenza *Engel*, allorquando i giudici europei tratteggiavano un concetto di sanzione *sostanzialmente* penale, parametrata (anche) sull'afflittività della misura e qualificata al di là del *nomen iuris* attribuito a livello nazionale. Per queste ed altre

addirittura, a fondamento di misure *praeter* o *ante delictum*, limitative della libertà individuale di chi le subisce.

Ed, infatti, così letto l'art. 5 della direttiva, nessuno potrebbe revocare in dubbio la somiglianza – beninteso: nell'astratto delle formule eurounitarie e degli artt. 6, ss. d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 – tra quei divieti e le restrizioni patite da chi, ad esempio, si trovi in regime di sorveglianza speciale con obbligo di dimora nel comune di residenza e che, per l'effetto, sia inibito dall'uscire dal territorio municipale o dall'allontanarsi dalla propria abitazione e, magari, di entrare in contatto con la persona protetta.

D'altra parte, onde limitare la sfera applicativa delle misure in parola, sempre con lo scopo di esaltare il fine della direttiva<sup>19</sup>, va circoscritta la loro attitudine generalpreventiva, affermando che l'art. 5 implica, sì, delle restrizioni che, però, vanno accompagnate all'esistenza di un soggetto – uno specifico individuo – da salvaguardare, prevenendo l'aggravarsi dell'azione del reo o nuove sue condotte delittuose<sup>20</sup>. Così, ha senso parlare di pericolo sociale, in tanto e in quanto esiste qualcuno da proteggere: si tratta, allora, di strumenti la cui funzione specialpreventiva supera quella di tutela generale. E allora, parafrasando CORDERO<sup>21</sup>, misure del genere somigliano più a quelle di sicurezza che alle cautelari, queste ultime essendo perlopiù serventi ad esigenze di corretta gestione degli affari processuali o, prim'ancora, dell'indagine<sup>22</sup>.

---

considerazioni, MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

<sup>19</sup> Per cui, *amplius*, GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada*, Torino, 2012, p. 80.

<sup>20</sup> A ciò dovendosi aggiungere la considerazione per cui l'ambito applicativo delle misure interne a tutela della persona offesa dal reato non è legato a tipologie criminose particolari: la direttiva si prefigge, infatti, un generico obiettivo di tutela della persona offesa, nel segno di quell'evoluzione del diritto europeo in quella direzione che muove almeno dalla decisione-quadro del Consiglio 2001/220/GAI del 15 marzo 2001. In tema, BRONZO, *Misure cautelari penali e reati familiari*, in MOCCIA (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Torino, 2011, vol. X, a cura di PREZIOSI, Torino, p. 737.

<sup>21</sup> Il riferimento va sempre a CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 480.

<sup>22</sup> È ormai chiaro come a livello europeo non si ripetano le stesse categorie cui lo studioso italiano è abituato, ben sapendo distinguere tra cautele, pene, misure di sicurezza (e di prevenzione) e misure alternative. V'è, in effetti, una zona grigia in cui si sovrappone l'operatività degli strumenti unionisti abilitati a favorire il reciproco riconoscimento di decisioni che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle dispongono la sospensione condizionale, sanzioni sostitutive o misure alternative alla detenzione cautelare. Si parla proprio dei rapporti tra la direttiva 2011/99/UE e le decisioni-quadro le decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI. In tema, VAN DER AA, J. OUWERKERK, *The European Protection Order: No time to waste or a waste of time?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, n. 19, 267 ss.

Il logico susseguirsi di questi argomenti è interrotto dall'attività del legislatore nostrano che, dal 2001<sup>23</sup> ad oggi, ha inserito nel catalogo delle cautele personali alcune misure in tutela della persona offesa<sup>24</sup>, quasi che costei – o, meglio, la necessità di una sua protezione – possa assurgere poco a poco a esigenza in grado di determinare la restrizione, al pari delle altre espresse dall'art. 274 c.p.p.

L'incongruenza di una chiosa siffatta si svela laddove si recuperi il ruolo di mero interventore che è ad oggi riservato all'offeso nella vicenda cautelare: se costui è destinatario di notifiche (art. 299, comma 3, c.p.p.) o può essere sentito nel volgere del procedimento applicativo delle misure *ex artt.* 282-bis e 282-ter c.p.p., senz'altro non è tra i partecipi dei procedimenti di impugnazione, non riconoscendosi in capo ad esso un interesse a stare in giudizio o a proporre autonoma doglianza nei casi in argomento<sup>25</sup>.

Emerge, allora, di nuovo la doppia anima che si è intravista nei divieti dell'art. 5 della direttiva 2011/99/UE, allorquando si cercava di

---

<sup>23</sup> Sul tema, C. VALENTINI, Sub *Art. 282-bis c.p.p.*, in GIARDA, SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010. L'Autore ricorda, infatti, che «il testo legislativo non precisa quale sia il presupposto cui è agganciata la legittima emissione della misura, ma la genesi della medesima all'interno di un contesto dispositivo dichiaratamente finalizzato a reprimere gli abusi che trovano origine all'interno della famiglia».

<sup>24</sup> Si è parlato di un quarto *periculum*, invero con riferimento ai soli arresti domiciliari e non per le cautele degli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., costituito dalle esigenze di protezione della vittima, capaci di influenzare il giudice nell'applicare la misura. Così, PROCACCINO, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, in A. Diddi, R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam*, cit., p. 81.

È forse, però, possibile generalizzare la considerazione testé rammentata se si ammette l'esistenza di un vero e proprio catalogo di cautele a tutela della persona offesa. Peraltro il discorso è amplificato dalle stesse previsioni unioniste, allorché l'art. 6, par. 2 della direttiva 2011/99/UE prescrive l'attivarsi del giudice nell'emettere l'ordine di protezione *solo* su istanza dell'offeso, in ciò vincolando l'avvio dell'*iter* di riconoscimento della cautela nello Stato di esecuzione alle decisioni della vittima da reato, in modo radicalmente diverso da quel che accade a livello nazionale, laddove la procedura cautelare si compie principalmente in riferimento a necessità di corretta amministrazione della giustizia, ponendosi la persona offesa, ancora una volta, in un piano subordinato rispetto agli interessi pubblicistici. Proprio su questi temi, critico SAMMARCO, *La tutela della vittima del reato*, in KALB (a cura di), *“Spazio europeo di giustizia” e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, 413,

<sup>25</sup> Coglie nel segno chi afferma che «il giudizio di riesame è costruito in chiave, per così dire, “difensiva”, al fine di ri-bilanciare l'emissione di un provvedimento inaudita altera parte, si configura già ad equilibrio precario tra le parti necessarie, e non è certamente opportuno inserire e far partecipare un ulteriore “accusatore”». Così, SPAGNOLO, *Vittima di reato e diritto all'informazione: un binomio insoddisfacente*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3488.

Per ciò che riguarda l'appello – prosegue l'Autore – il tribunale già ha disposizione l'intero fascicolo e, quindi, eventuali memorie della persona offesa, magari presentate a seguito di notifica del provvedimento o dell'istanza di revoca/sostituzione di misura in precedenza emessa. Ancora una volta si conferma, così, il ruolo della vittima di semplice interventore, nel segno di quella regola generale che viene stabilita dall'art. 90 c.p.p. e che – appare chiaro! – trova conferma pure in questo ambito.

circoscrivere il riferimento alla “protezione” di qualcuno. C’è un aspetto generalpreventivo, di tutela della collettività e del procedere – quest’ultimo inteso come servizio che viene fornito ai consociati, che aspirano all’ordinata, efficiente gestione dell’accertamento penale –, e un altro, di prevenzione speciale, riferibile all’individuo nel cui nome è approntata la tutela.

Ecco, dunque, il *trait d’union* tra l’art. 5 della direttiva 2011/99/UE e le misure a tutela dell’offeso: *id est*, quelle previste dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., ed è più o meno sulla base di quanto appena esaminato che il legislatore italiano ha creato un’equazione tra le misure di protezione europee e le cautele dell’allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento all’offeso, sì come traspare senza possibilità di equivoci dall’art. 5 d.lgs. n. 9 del 2015<sup>26</sup>.

La scelta risente di un agire frettoloso del legislatore che, ad esempio, non considerava come, fino all’intervento della l. 4 aprile 2001, n. 154 – introduttiva, appunto, degli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p. – le funzioni ad oggi espletate dalle misure testé esaminate, erano assolte dalla cautela del divieto di dimora (art. 283 c.p.p.)<sup>27</sup>. Ed, allora, non si intende perché non indicarla tra le possibili misure di protezione di stampo europeo: la sua esclusione mal si comprende, attesa, appunto, l’identità – o, si conceda, l’analogia – strutturale tra le due misure e, per altro verso, l’attitudine di quella *ex art.* 283 c.p.p. a soddisfare il bisogno di tutela dell’offeso comunque incarnato dall’art. 5 della direttiva.

Uno sguardo complessivo degli strumenti di collaborazione europea, però, può dare soluzione all’*empasse* generato dal legislatore poco attento<sup>28</sup>. Se il fine del d.lgs. n. 9 del 2015 è – non lo si dimentichi – garantire la libera circolazione dei provvedimenti applicativi di misure di protezione e, quindi, il mutuo riconoscimento di ordini cautelari riconducibili agli archetipi degli

---

<sup>26</sup> Anche rammentando che, ferma l’imposizione sul giudice nostrano del ricorso a particolare accortezza nel disporre le misure degli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., magari specificando i luoghi da non frequentare per l’interessato o individuando i soggetti da tutelare mediante la cautela, «la direttiva, nel definire il contenuto delle misure-presupposto dell’O.P.E., richiede la stessa ‘specificità’ nell’individuazione dei luoghi interdetti». Così, BRONZO, *La tutela cautelare europea*, cit., p. 1088.

<sup>27</sup> Come notano CIARONI, *Le forme di tutela contro la violenza domestica*, in *Giur. merito*, 2006, p. 1853 o FIGONE, *Commento alla l. n. 154 del 2001*, in *Fam. dir.*, 2001, p. 356.

<sup>28</sup> Peraltro una generica considerazione di sistema obbliga ad un esame globale della materia, atteso che «sarebbe opportuno che le autorità, prima di adottare un mandato di arresto europeo, valutassero una serie di fattori quali la gravità del reato, la sanzione che in prospettiva dovrebbe essere applicata, le esigenze di tutela della collettività», onorando i principi di adeguatezza, proporzionalità e gradualità ai quali s’informa la materia cautelare così come governata dal codice di rito nostrano. In questi termini, DINACCI, *Vecchio e nuovo nel mandato d’arresto europeo, tra limiti costituzionali, necessità evolutive e diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3786.

artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., con estremo ritardo va rammentato che l'Italia ha recepito la decisione-quadro del Consiglio 2009/829/GAI del 23 ottobre 2009 con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 36: lo scopo dell'articolato è attuare il «principio del reciproco riconoscimento delle decisioni che impongono misure alternative alla detenzione cautelare» (art. 1) ed, evidentemente, anche a quelle regolate dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., pena la sovrapposizione – e, quindi, una sostanziale *interpretatio abrogans* – con il d.lgs. n. 9 del 2015<sup>29</sup>.

Ebbene, il d.lgs. n. 36 del 2016, all'art. 4, lett. b) e c) prevede il «divieto di frequentare determinati luoghi, posti o zone del territorio dello Stato di emissione o dello Stato di esecuzione» e l'«obbligo di rimanere in un luogo determinato, eventualmente in ore stabilite». Con ciò è – *rectius*, in attesa di prassi consolidate: dovrebbe essere<sup>30</sup> – assicurato il riconoscimento *ultra fines* di un'ordinanza applicativa della misura stabilita dall'art. 283 c.p.p., indipendentemente da quella che appare come una lacuna attuativa del d.lgs. n. 11 del 2015. Soluzione, questa, cui di certo non poteva farsi ricorso nell'anno che ha separato l'entrata in vigore del d.lgs. n. 11 del 2015 da quella del d.lgs. n. 36 del 2016, atteso il ritardo – sette anni! – nell'attuare la decisione-quadro 2009/829/GAI ed il rischio concreto – per fortuna italiana, poi, non concretizzatosi – di censura proveniente dalle istituzioni europee<sup>31</sup>, stante l'ingresso nella loro sfera di competenza degli atti dell'ex terzo pilastro che fossero ancora in vigore dopo un quinquennio

---

<sup>29</sup> È pure vero che gli scopi perseguiti dalle misure testé menzionate non coincidono (SECHI, *Vittime di reato e processo penale: il contesto sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 850 ss.); lo è ugualmente che c'è una zona di coincidenza tra il tipo di misure alle quali si aspira a dare esecuzione *ultra fines* mediante gli strumenti in parola. Coniugando questo assunto con l'altro, della necessità di un esame complessivo degli strumenti di collaborazione – investigativa e giudiziaria – europei, ne esce la possibilità di rimediare alle lacune della normativa nostrana con il ricorso alle altre regole attuative esaminate in questo lavoro.

<sup>30</sup> Anche in virtù del fatto che, con la decisione-quadro 2009/829/GAI tra il riconoscimento e il rifiuto all'esecuzione è offerta una terza via, consistente nell'adattare l'atto richiesto secondo il modello di un altro, purché egualmente efficace: è l'esaltazione del principio di minore intrusione che, peraltro, si ritrova tal quale per l'ordine di indagine. *Amplius*, proprio su questo collegamento, BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3288 ss.

<sup>31</sup> Che già bacchettavano i ritardi del legislatore italiano: si veda, per esempio, la *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare (COM (2014) 57)*, per un cui commento CANESTRINI, *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedure di infrazione, pre-alerts della commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4210 ss.

dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per l'effetto degli artt. 9 e 10 del Protocollo n. 36.

Il problema non è, allora, l'esecuzione dell'ordinanza di divieto od obbligo di dimora, ma si pone con forza per gli arresti domiciliari. Si compari, allora, l'art. 284, comma 1, c.p.p. (laddove prescrive che con la misura l'interessato è costretto a «non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, da una casa famiglia protetta») con l'art. 5 della direttiva 2011/99/UE, tenendo, poi, in conto l'esistenza di un comma 1-bis nell'art. 284 c.p.p. che, introdotto dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito dalla l. 9 aprile 2013, n. 94, recita: «il giudice dispone il luogo degli arresti domiciliari in modo da assicurare comunque le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato»<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Va riletto, alla luce di ciò, il rapporto tra artt. 282-bis, 282-ter e 284, comma 1-bis, c.p.p. per comprenderne l'identità dei fini.

Se, in origine, la l. n. 154 del 2001 puntava a creare misure volte a reprimere gli illeciti violenti originati nel nucleo familiare, la l. 1 ottobre 2012, n. 172 e il d.l. n. 93 del 2013 hanno, poi, novellato l'art. 282-bis c.p.p., con l'emenda del sesto comma che ammette l'allontanamento per tutta una serie di reati in danno del familiare, anche al di sotto delle soglie dell'art. 280 c.p.p. e «con le modalità di controllo previste dall'art. 275 bis»: *id est*, il braccialetto elettronico.

In origine la norma mirava a garantire protezione cautelare alla vittima di episodi di violenza domestica. al novero di reati in elenco all'art. 282-bis, comma 6, c.p.p. – per cui, indipendentemente dai limiti edittali, anche inferiori a quelli dell'art. 280 c.p.p., sarebbe stato possibile applicare l'allontanamento dalla casa familiare –, la l. n. 172 del 2012 ha aggiunto richiami agli artt. 600, 600-septies.1, 600-septies.2, 601 e 602 c.p., pur non trattandosi di delitti tradizionalmente contestualizzabili in ambito domestico. Ancora, il d.l. n. 93 del 2013 ha ulteriormente innovato l'art. 282-bis, comma 6, c.p.p., introducendovi riferimenti agli artt. 582, limitatamente alle ipotesi procedibili d'ufficio o comunque aggravate, e 612, comma 2, c.p. Merita attenzione la chiosa della norma, che riporta la misura alla sua originaria funzione, così motivando i rammentati richiami: «commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente». Appare chiaro come l'esigenza sottesa all'art. 282-bis c.p.p. sia quella di evitare nocumento alla vita o all'integrità, fisica o psichica, della vittima, unita da relazioni di coniugio, di parentela o di convivenza con l'accusato.

Analogamente, la misura degli arresti domiciliari va applicata con lo scopo di evitare nocumento alla persona offesa, stabilendosi un punto di evidente continuità con le altre due cautele testé esaminate e di sicura utilità laddove, ad esempio, queste si rendano inadeguate ad arginare il pericolo costituito dall'indagato, con l'esigenza successiva per il giudice di aggravare la restrizione.

La letteratura sul punto è vasta: SILVANI, *Commento alla legge 4 aprile 2001, n. 154, "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari"*, in *Legisl. pen.*, 2001, p. 677; LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: riflessioni a "caldo" sulle disposizioni penali di cui alla recente d.l. 93/13 conv. In l. n. 119/13 in tema di "femminicidio"*, in *Dir. pen. contemp.*, rivista online, 12 dicembre 2013; IASEVOLI, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i reati commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1390 ss.; AMATO, *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, in *Guida dir.*, 2013, n. 44, p. 77; DINACCI, *L'enfasi delle precautele: arresto in flagranza e allontanamento domiciliare d'urgenza*, in DIDDI, GERACI (a cura di), *Misure cautelari ad personam*, cit., p. 105;

Riecheggia la quarta esigenza cautelare<sup>33</sup> – quella non specificata *expressis verbis* dall'art. 274 c.p.p., ma imposta dall'elaborazione unionista – e gli arresti domiciliari acquistano fisionomia di misura protettiva della vittima, anche considerando la loro perfetta capacità di adattarsi alle tre categorie di prescrizione tratteggiate dalla direttiva 2011/99/UE.

La questione è tutt'altro che teorica. Manca, ad oggi, uno strumento per eseguire oltre confine un provvedimento applicativo degli arresti domiciliari reso dal giudice nostrano; a poco vale l'art. 28, comma 1, lett. a), l. 22 aprile 2005, n. 69 che equipara, ai fini dell'emissione del mandato d'arresto europeo, il giudice che ha applicato la custodia cautelare con quello che ha disposto gli arresti domiciliari. Non tutti i Paesi dell'Unione, infatti, operano la medesima equivalenza e non di rado capita di leggere protocolli interni agli uffici giudiziari italiani che invitano i magistrati a non disporre l'applicazione della misura *ex art.* 284 c.p.p. all'estero, mediante gli strumenti della decisione-quadro 2002/584/GAI<sup>34</sup>. *De facto*, allora, la strada percorribile non è quella ipotizzata dalla normativa del 2005, essa fissando una regola che non trova l'equivalente risposta nell'ordine processuale di tutti i *partners* unionisti.

Senza altro non va battuta la strada della decisione-quadro 2009/829/GAI, che espressamente va applicata a misure non detentive, così escludendo dal novero dei provvedimenti cui si riferisce la cautela domiciliare.

Ci si accorge, allora, piuttosto facilmente che la misura in argomento rimane scoperta da un'adeguata copertura europea, di talché, nei fatti, è impensabile per il giudice interno applicarla all'estero con ragionevoli speranze di successo. È una situazione analoga a quella in cui versava il magistrato che aspirasse ad ottenere un simile risultato per la cautela regolata dall'art. 283 c.p.p. La responsabilità è, di nuovo, del legislatore nostrano e della sua sicurezza nell'equiparare le misure di protezione europee e le altre, italiane, previste dagli artt. 282-bis e 282-ter c.p.p., senza, però, accorgersi che, nei tempi più recenti, l'orientamento è stato di calibrare attorno alle istanze della persona offesa anche altre cautele, *in primis* proprio gli arresti domiciliari, laddove, peraltro, il *vulnus* amplifica i

---

TURCO, *Modifiche all'allontanamento dalla casa familiare*, in A. Diddi, R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam*, cit., p. 51.

<sup>33</sup> Secondo l'efficace espressione di PROCACCINO, *L'avvento della persona offesa nelle dinamiche custodiali*, cit., p. 81.

<sup>34</sup> Utile la lettura del *Vademecum per l'emissione del mandato d'arresto europeo*, redatto dal Ministero della Giustizia e disponibile sul sito istituzionale al link [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Vademecum\\_mandato\\_arresto\\_europeo.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Vademecum_mandato_arresto_europeo.pdf).

propri nefasti effetti per l'incongruenza sul punto esistente tra la decisione-quadro 2009/829/GAI e la l. n. 69 del 2005.

Esegesi estensive non appaiono ragionevoli: basta leggere l'art. 9 del d.lgs. n. 9 del 2015 che, nell'elencare i presupposti per il riconoscimento dell'ordine di protezione europeo emesso all'estero, impone alla corte d'appello di disporre «l'applicazione di una delle misure cautelari previste dagli articoli 282-bis e 282-ter del codice di procedura penale, in modo da assicurare la corrispondenza con gli obblighi dettati nella misura di protezione» (comma 1). Non una parola, insomma, sul fatto che la l. n. 94 del 2013 ha innestato il riferimento alla persona offesa nella norma di vertice sugli arresti domiciliari, così trasformandoli in uno strumento di potenziale salvaguardia della vittima da reato<sup>35</sup>. Letture contrarie sarebbero state possibili qualora nell'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 9 del 2015 avesse rinviato (almeno anche) all'art. 284 c.p.p., possibilmente con un richiamo espresso al comma 1-bis.

Quali sono le possibili conseguenze? Quelle imposte dal diritto "comunitarizzato": dinanzi alla riluttanza del giudice nostrano nel compilare il modulo per l'esecuzione dell'ordinanza di arresti domiciliari nelle forme

---

<sup>35</sup> Lo si ripeta: DINACCI, *Vecchio e nuovo nel mandato d'arresto europeo*, cit., p. 3786 rimarca la necessità per il giudice, prima di emettere un euromandato, di esaminare il complessivo quadro dei disponibili strumenti di cooperazione unionista, così da individuare quello maggiormente conforme ai criteri di proporzionalità e di adeguatezza che informano il procedimento cautelare secondo l'art. 275 c.p.p.

Occorre chiedersi: analogo argomento vale per la traduzione di un'istanza cautelare allogena nell'omologo provvedimento nostrano? L'art. 9 d.lgs. n. 9 del 2015 obbliga il giudicante italiano a scegliere, dinanzi l'ordine di protezione europeo straniero, tra le sole misure prescritte ex artt. 282-bis e 282-ter c.p.p.

Ed, infatti, alla corte nostrana è impedito ogni esame nel merito, secondo quanto prescritto dall'art. 696-quinquies c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 149 del 2017; va, però, rimarcato che la ricezione di disposti da *ultra fines* impone il rispetto dei diritti fondamentali sì come recepiti dalla nostra tradizione costituzionale (art. 696-ter c.p.p.). Ne deriva che un procedimento cautelare informato ai principi ex art. 275 c.p.p. rappresenta il modo in cui l'ordinamento italiano regola quella eccezione al principio dell'inviolabile libertà personale che è costituita dalla vicenda attinente alle misure di cui si discute. Per vero, ogni provvedimento che sfugga ai principi di gradualità, proporzionalità e adeguatezza finirebbe per applicare cautele eccessive o, viceversa, inutili all'interessato. Con ciò vulnerando il principio dell'art. 13 Cost., nel primo caso, e traducendosi in un inutile dispendio di energie processuali, nell'altro, con il pericolo di ledere le esigenze nel nome delle quali la misura è stata disposta.

Ecco, allora, che la consegna di un perimetro di discrezionalità entro il quale sia possibile per la corte dello Stato di esecuzione decidere il tipo di cautele da applicare, tra quelle disponibili nel catalogo fornito dalla legge interna, non si traduce nell'indebita invasione nel merito, peraltro inibita dall'art. 696-quinquies c.p.p. In definitiva, quindi, al giudice italiano non è dato sindacare il vaglio sui gravi indizi di colpevolezza o sulle esigenze cautelari compiuto dal collega straniero; gli appartiene, invece, la decisione sul *quomodo*, cioè sul tipo di restrizione in concreto applicabile, nella risposta alla pronuncia della corte estera.

della decisione-quadro 2002/584/GAI<sup>36</sup> o davanti al rifiuto dello Stato di esecuzione – ingiustificato sulla base del nostro ordinamento, ma perfettamente legittimo nella prospettiva altrui – di dare seguito al provvedimento nostrano di cautela domiciliare, non apparirebbe priva di senso l’iniziativa dell’interessato volta a sollecitare la Commissione – o, anche, l’autonomo moto di quest’ultima istituzione – per avviare il procedimento descritto dagli artt. 258 ss. TFUE. Del pari sembra possibile per colui che sia pregiudicato dall’incompleto recepimento della direttiva 2011/99/UE – sempre, quindi, per l’impossibilità di ricorrere ad essa nell’ eseguire oltre confine una misura domiciliare – convenire lo Stato italiano davanti al giudice nazionale per vederlo condannato per l’inadempimento degli obblighi eurounitari.

In parole più povere, se è apprezzabile l’intento della l. n. 94 del 2013, di modificare l’art. 284 c.p.p. in un’ottica, se non vittimocentrica, comunque di attenzione per l’offeso, va censurata l’(ennesima) inerzia del legislatore, che omette di curare i collegamenti tra la normativa interna e quella europea, al di là di generici proclami di principio<sup>37</sup> come appaiono quelli introdotti nel libro XI dal d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 sul mutuo riconoscimento: dalla lettura dell’art. 696-bis, comma 2, c.p.p. («l’autorità giudiziaria può richiedere alle competenti autorità degli altri Stati membri l’esecuzione dei propri provvedimenti e decisioni») alla possibilità di ottenere *ipso iure* l’esecuzione di un ordine di arresti domiciliari dal giudice straniero ne corre. E questo proprio per l’assenza di una normativa comune – *id est*, quella che consentirebbe la libera circolazione di provvedimenti del tipo che si sta esaminando – che ammetta l’equiparazione tra custodia cautelare e domiciliare o che, almeno, gestiscano l’applicazione *ultra fines* di questi ultimi, magari proprio nell’interesse della persona offesa alla maniera indicata dall’art. 284, comma 1-bis, c.p.p.

---

<sup>36</sup> Peraltro possibile, visto quanto *supra* esposto: in tema e per utili approfondimenti, DE AMICIS, IUZZOLINO, *Guida al mandato d’arresto europeo*, Milano, 2008, p. 124; IUZZOLINO, *L’emissione del mandato d’arresto europeo tra ermeneutica e prassi*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2114 ss.; DE AMICIS, *L’attuazione del mandato d’arresto europeo nell’ordinamento italiano*, in *Giur. merito*, 2006, p. 788.

<sup>37</sup> Si accenna a quella che appare la principale critica alle norme del titolo I-bis del libro XI c.p.p.: l’essere petizioni di principio, figlie di uno stile che probabilmente sarebbe stato adeguato alla normazione europea, laddove l’obiettivo – s’è visto – è quello di creare un fondamento comune di disposti, da attuare, poi, a livello interno. Le norme, infatti, non offrono all’interprete strumenti nuovi per risolvere i problemi che comunque l’esperienza empirica ha posto nell’applicare gli ormai diversi strumenti di cooperazione – investigativa e giudiziaria – a livello europeo, e conferma un principio – quello del mutuo riconoscimento – già vigente, anche a livello nazionale, per l’effetto delle stesse regole europee richiamate negli artt. 696-bis ss. c.p.p.

### **3. Profili di un'assenza. Per uno statuto europeo della prova penale ... anche in tutela della persona offesa.**

L'obiettivo è sottolineare l'assenza di uno "statuto europeo" della prova penale, dal particolare angolo prospettico della persona offesa. Si sceglie, perciò, di partire da una lacuna dell'ordinamento nostrano, che non si occupa di regolare le modalità di acquisizione di una prova che giunga dal giudizio civile straniero e debba essere acquisita nel processo penale nostrano<sup>38</sup>: data la considerazione squisitamente patrimoniale degli interessi che l'ordinamento tiene in conto per l'offeso, non di rado, nell'ottica del contraddittorio su reati transnazionali, emerge l'esigenza di rappresentare al giudice italiano materiali formati all'estero, e precisamente in un contesto di matrice civilistica<sup>39</sup>.

Va anzitutto specificato che non sono applicabili al caso di specie né l'art. 238, comma 2, c.p.p. – che, parlando di atti provenienti da vertenza civile e, null'altro specificando, è riferibile, ragionevolmente, al contenzioso italiano –, né l'art. 78, comma 1, disp. att. c.p.p., che richiama, sì, un giudizio straniero, ma in ambito penale.

L'attenzione va spostata all'art. 1 l. 31 maggio 1995, n. 218<sup>40</sup>, che governa per parte nostrana il diritto internazionale privato e «determina

---

<sup>38</sup> La considerazione va coniugata con l'ampiezza (o vaghezza?) della nozione di "mezzo di prova" nel processo civile. Addirittura proprio la l. n. 218 del 1995 vi ricomprende gli accertamenti tecnici *lato sensu* intesi e, quindi, svincolati dal contesto processuale o da quello preliminare proprio, nel nostro ordinamento, degli artt. 696 e 696-bis c.p.c.. D'altro canto, è la stessa Convenzione dell'Aja sull'assunzione delle prove all'estero in materia civile e commerciale (18 marzo 1970) – ratificata dall'Italia con l. 24 ottobre 1980, n. 745 – ad applicare un concetto quanto mai ampio di «atti d'istruttoria» (art. 1). In tema, CAMPEIS, DE PAULI, *Il danno dello straniero*, in ALPA, BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Torino, 1987, vol. IV, p. 143.

<sup>39</sup> Si pensi ai reati endofamiliari a dimensione transnazionale: il provvedimento di separazione straniero, così come quello sull'affidamento dei figli ben possono acquisire un'incidenza nel procedimento penale nostrano per reati contro la famiglia.

<sup>40</sup> C'è nel lessico del legislatore interno una voluta indeterminatezza che non si riflette, invece ed ovviamente, in campo eurounitario, laddove, ad esempio, il Regolamento 28 maggio 2001, 1206/2001/CE, all'art. 1, «fissa il proprio ambito di applicazione *ratione materiae*» attraverso la locuzione «materia civile e commerciale». Peraltro, vigente tale disposto, «non può più essere riproposto il dibattito sviluppatosi sotto il regime della Convenzione dell'Aja tra coloro che riferiscono la nozione in parola al diritto interno degli Stati interessati e coloro che sostengono un metodo autonomo di qualificazione, ricavabile dal sistema convenzionale». e questo, perché la Comunità europea ha inteso elaborare una serie di regole sulla circolazione probatoria in una materia preventivamente intesa come "civile e commerciale" nei termini specificati dall'art. 65 TCE – «garantire il buon funzionamento del mercato» –, letto alla luce del precedente art. 61 TCE sull'obiettivo di «istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

La l. n. 218 del 1995 espleta una funzione diversa dal Regolamento CE 1206/2001, e più in generale da tutta la produzione comunitaria ed eurounitaria sul processo civile: quest'ultima, infatti, ambisce a definire un quadro comune di equità ed efficienza nel

l'ambito della giurisdizione italiana, pone i criteri per l'individuazione del diritto applicabile e disciplina l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri».

Nel provvedimento appena menzionato v'è, infatti, la sola norma che, nel nostro ordinamento, descriva per il riconoscimento di provvedimenti stranieri «relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità» il limite dell'ordine pubblico<sup>41</sup>, ivi comprendente anche «i diritti essenziali della difesa»: è l'art. 65 l. n. 218 del 1995.

Ed infatti, l'endiadi dell'art. 65, «ordine pubblico» e «diritti essenziali della difesa», va letta ritenendo il primo termine rapportabile al secondo in base ad una relazione *genus-species*, così esaltando l'idea di un processo equo, da cui sia figliato l'atto che si pretende di portare davanti al giudice

---

giudizio, ispirato ovviamente agli artt. 6 Cedu e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La legge 218, invece, è provvedimento di diritto nazionale, e indica gli atti che, giunti dall'estero, possono produrre effetti nel nostro ordinamento, che rimane, così, impermeabile a tutti gli altri.

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» ad esse equiparandosi la normativa eurounitaria sul punto.

Viste, però, le difficoltà nell'armonizzare il settore della circolazione probatoria penale, non può pensarsi di estendere le norme che governano l'assunzione di mezzi istruttori dal processo civile di uno Stato all'altro, in ambito eurounitario, all'indagine o al giudizio criminale. D'altro canto, se l'idea di una collaborazione nel settore commerciale è più risalente di almeno trent'anni ai primi accordi di assistenza in materia penale, ciò si ricollega evidentemente alla difficoltà degli Stati europei, che pure condividono tradizioni giuridiche similari, di accordarsi circa la definizione di cosa sia reato e di quali metodi e strumenti vadano attivati per la repressione del crimine; difficoltà, ancor'oggi non compiutamente superate.

La digressione serve a capire come il tema della prova proveniente da un giudizio civile straniero e che debba entrare nel processo penale italiano non possa essere regolato da norme eurounitarie, ma debba subire il governo di disposizioni dettate dal legislatore nazionale, che ha bene a mente in qual misura materiali allogeni possano entrare nel nostro sistema, senza offenderne i principi fondamentali.

In letteratura, su questi temi TROCKER, *Note sul Regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile o commerciale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, p. 675; FUMAGALLI, *Conflitti tra giurisdizioni nell'assunzione di prove civili all'estero*, Padova, 1990, pp. 207 ss.; SARAVALLE, *La convenzione dell'Aja sull'assunzione delle prove all'estero*, in *Dir. comm. internaz.*, 1987, p. 488 ss.; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1114 ss.; TARZIA, *L'ordine europeo nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 907; TROCKET, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss.; BALLARINO, MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *Riv. dir. intern.*, 2006, p. 7 ss.

<sup>41</sup> *Amplius*, per il concetto di "ordine pubblico internazionale", cfr. il saggio di D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, p. 139.

nostrano. Si tratta, dunque, di «ordine pubblico processuale», «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»<sup>42</sup>.

La prima conclusione è, quindi, questa: il giudice penale recepisce saperi allogeni, formati nel contenzioso civile straniero, solo quando essi siano venuti in essere in ossequio ai canoni del giusto processo.

Si tenga fermo questo punto per esplorare un percorso alternativo, suscettibile, però, di confermare la soluzione appena individuata.

Al medesimo approdo si perviene, infatti, se si intendono gli atti del processo civile straniero come semplici documenti, il cui accesso nel giudizio penale nostrano è consentito *ex artt. 234 ss. c.p.p.*

Qui vale sempre la considerazione, pur inizialmente modulata per la circolazione istruttoria nel settore criminale, per cui «la violazione della legge straniera in relazione al momento assuntivo della prova, anche se irrilevante o disciplinata diversamente dal diritto interno»<sup>43</sup>, non può considerarsi fatto neutro ai fini dell'ingresso di saperi dinnanzi al nostro giudice. Vero è che, laddove il diritto estero non preveda strumenti per censurare il vizio, o perché la decisione non è impugnabile, o perché la violazione non è stata prevista come tale dal legislatore straniero, il problema per il giudice italiano è ingigantito<sup>44</sup>.

Spetta alle parti impegnarsi per fare emergere dinanzi alle corti nostrane violazioni dell'ordine processuale, e, dunque, contrasti rispetto al canone (italiano) del giusto processo, occorsi nel giudizio straniero. A fronte dell'istanza rivolta a fare acquisire un verbale formato nel contenzioso civile estero, la parte che voglia escludere l'atto dal processo penale italiano potrà esplicitare difetti nella sua formazione, consistenti, ad esempio, nell'impossibilità per chi esperì l'azione, o, ugualmente, per chi l'ha subita, di parteciparvi. Tale risultato può conseguirsi con qualunque mezzo di prova, richiesto a mente dell'art. 468, comma 4, c.p.p.<sup>45</sup> e finalizzato, appunto, alla denuncia del contrasto tra l'attività processuale svolta oltre

---

<sup>42</sup> Ancora Cass. civ., sez. I, 3 settembre 2015, cit., ma pure, conforme, Cass. civ., sez. I, 17 febbraio 2010, n. 3823, sempre dal *Dejure*.

<sup>43</sup> Secondo questo approccio, DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 153.

<sup>44</sup> In tema, VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, p. 193.

<sup>45</sup> 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, CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Torino, 2007, pp. 169-170. Il passo è, altresì, richiamato da FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, p. 28.

confine e il nostro concetto di ordine pubblico. Si badi bene come la considerazione regga sia che, come si ritiene preferibile, da un punto di vista dogmatico, si concepisca l'atto allogeno nei termini di prova che entri in Italia *ex art. 65 l. n. 218 del 1995*, sia che lo si ritenga un semplice documento, come tale comunque assoggettato ai principi della legge e della Costituzione, pena la declaratoria di inutilizzabilità<sup>46</sup>.

Ci si accorge, così, della possibilità di adattare la sanzione prevista dall'art. 191 c.p.p. al contesto della prova acquisita in contrasto a quest'idea di ordine pubblico che funge da veicolo di ingresso dei saperi stranieri nel processo nostrano. L'approdo consente di passare alla critica che ci si è ripromessi di muovere in questo paragrafo: l'assenza di uno "statuto europeo" sulla prova.

Timidi segnali in tal senso provengono dai diritti europei: quello unionista, allorché colloca il rispetto delle situazioni descritte dall'art. 6 TUE tra le *condiciones sine quibus non* per l'effettiva applicazione degli strumenti di collaborazione (v. p.es. l'art. 11, par. 1, lett. f) della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo d'indagine)<sup>47</sup>; quello strasburghese, che esalta il concetto di ordine pubblico, elevando la Corte e.d.u. a sua fonte<sup>48</sup>,

---

<sup>46</sup> 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» (SCALFATI, SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in 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, FELICIONI, *Perquisizioni*, in FERRUA, MARZADURI, 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..

<sup>47</sup> Prova e ordine europeo d'indagine: approfondimenti in CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo d'indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, p. 10; MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review*, 2014, 1, p. 119 ss.; DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2015, p. 311

<sup>48</sup> Si tratta chiaramente di Corte edu, 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*. Sul legame tra ordine pubblico europeo e tutela dei diritti fondamentali, SUDRE, "Existe-t-il un ordre public européen?", in TAVERNIER, *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 1996, p. 54; SUDRE, *L'apport du droit international et européen à la protection des droit fondamentaux*, in SFDI, *Droit international et droit communautaire - Perspectives actuelles*, Pedone, 2000, in partic. pp. 181-187.

unitamente – lo si ricordi – al diritto dell’Unione e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. V’è, insomma, il tentativo, ben avviato, di porre i diritti fondamentali dell’individuo, sì come quelle situazioni che assicurano la proficua crescita della vita associata, a solida base dell’evoluzione di un progetto europeo di unità e progresso comune.

Traluce, allora, l’idea di un ordine pubblico coniugabile in chiave europeistica nel nome del quale è possibile l’avvio di rapporti virtuosi tra gli Stati, pure nel settore penale: se n’è accennata una prima applicazione, ancorché in forma embrionale, per la cooperazione investigativa regolata dalla direttiva 2014/41/UE. Ed, allora, non si vede perché non affiancare queste considerazioni a quelle compiute, a livello nazionale, dalla Consulta nel 1973: «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»<sup>49</sup>.

Il giudice delle leggi tratteggiava, così, l’idea della *prova incostituzionale* che, nella struttura delineata dalla pronuncia testé ricordata, in tutto somiglia a quella prova – *rectius*: a quell’attività acquisitiva di materiali istruttori – raccolta a detrimento dei fondamentali diritti del cittadino: qui, quelli sanciti dalle fonti che si sono poste a base dell’ordine pubblico in chiave europea di cui s’è detto.

Così costruito l’argomento, l’idea di uno “statuto europeo” della prova ha senso in tanto e in quanto le regole per l’acquisizione della medesima, quando formata in uno Stato e assunta altrove, ruotino attorno al rispetto dei principi richiamati dalle fonti, a loro volta indicate dall’art. 6 TUE.

Ordine pubblico europeo come parametro di utilizzabilità della prova allogena da acquisire dinanzi al giudice nostrano: e senz’altro una considerazione del genere acquisisce rilievo per le prerogative della persona offesa. Ed, infatti, in contesti nei quali costei sia interessata all’acquisizione di quel sapere, vuoi perché lo abbia richiesto lei per prima, vuoi perché ella subisca i contenuti della prova da altri domandata, se non altro può contare sulla circolazione di elementi nel territorio unionista, formati nel segno degli essenziali principi europei<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> C. Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>50</sup> Si badi: si è molto lontani dall’irrealizzabile traguardo dell’uniformazione di ventotto sistemi processuali, tanti quanti sono gli Stati dell’Unione: è noto, infatti, che, al di là dei tentativi di creare una contrapposizione tra archetipi – inquisitorio, accusatorio, misto – nella realtà esistono tanti sistemi quanti sono, probabilmente, gli ordinamenti processuali. Quel che occorre è individuare punti in comune, nell’esaltazione dei quali sia possibile la collaborazione tra autorità giudiziarie e d’indagine: uno di essi è la materia probatoria, intesa come compendio di principi che fondano la circolazione di materiali istruttori nel territorio unionista.

Per altro verso, modelli procedimentali che frustrino quegli essenziali principi non aspirano ad estendere l'efficacia delle proprie decisioni *in subiecta materia*, dovendosi arrestare la circolazione probatoria non appena si rilevi, nello Stato richiesto, la difformità ad anche uno solo dei parametri rientranti nella nozione di ordine pubblico europeo, come più sopra tratteggiata.

Una chiosa merita di essere ben definita: tra i diritti che la direttiva 2012/29/UE riconosce alla vittima v'è quello a «fornire elementi di prova» (art. 10, par. 1)<sup>51</sup>. Nell'assenza di regole comuni, a livello unionista, per il settore istruttorio, la realizzazione di un quadro coeso che ruoti attorno all'idea di un ordine pubblico – che, peraltro, contempla espressamente la salvaguardia delle prerogative dell'offeso – rappresenta senz'altro uno spunto di lavoro utile ad implementare la regola testé rammentata. Ben si comprende, allora, il motivo per cui si è posta la riflessione sullo “statuto europeo” della prova tra quelle sulla necessità di dare voce all'offeso, in Italia, così da rispondere – finalmente, in modo corretto – ai *dicta* europei: certo, la presa di coscienza di spazi vuoti – quale è quello inerente l'acquisizione di prove civili straniere nel rito penale interno – segna la distanza, considerevole ancor'oggi, dal traguardo appena auspicato.

#### **4. Cooperazione giudiziaria, norme minime e direttive: occorre un livello intermedio di regole?**

Nel(l'ex) terzo pilastro, ormai comunitarizzato, la direttiva è lo strumento più idoneo a stabilire «norme minime» facilitanti il riconoscimento reciproco

---

<sup>51</sup> Sempre rammentandosi che «il riconoscimento alla vittima di un ruolo effettivo nel procedimento penale implica, all'evidenza, poteri di impulso e di controllo sul suo svolgimento. Tali poteri assumono una veste di mera “apparenza” se non accompagnati da alcuni diritti strumentali ... Solo alla consapevolezza della propria posizione nel procedimento consegue la possibilità per la vittima di esercitare quelli che per la Decisione quadro sono facoltà di importanza centrale per garantire quella effettività di *status* tanto propugnata: il diritto a fornire elementi di prova e quello di essere sentita». Così, LUPARIA, *Il diritto della vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova: le linee tracciate dalla Decisione quadro*, in ARMENTA DEU, LUPARIA (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili. Working paper sull'attuazione della Decisione quadro 2001/220/GAI in Italia e Spagna*, Milano, 2011, p. 13 esaltava la necessità di fornire effettività alla posizione della vittima che, per esprimersi, affianchi alla mera attività assertiva, l'altra, istruttorio, ed avverta il bisogno di chiedere prove. Oltre ai diritti che l'Autore descrive come strumentali (es. quello ad essere informata o quello all'accesso al patrocinio a spese dello Stato), v'è tutto l'insieme di regole che rendono possibile acquisire una prova nel Paese ove l'offeso si trova, fossero anche provenienti da un'altra Nazione. E, allora, il *trait-d'union* fornito dal rispetto dei principi richiamati dall'art. 6 TFUE (in un'unica battuta, ancora, l'ordine pubblico) diventa veicolo di efficacia dell'attività istruttorio e, quindi, dell'esercizio dei diritti riconosciuti alla persona offesa dal diritto unionista e, più in generale, dai sistemi di tutela europei, quello di Strasburgo compreso.

di sentenze e decisioni giudiziarie e la cooperazione, di polizia e giudiziaria, nel settore penale. L'art. 82, par. 2, TFUE impiega questa locuzione – norme minime – per giustificare il solo vincolo di risultato che grava sugli Stati per l'effetto della normazione unionista, liberi come sono i legislatori nazionali nella scelta degli strumenti più idonei a realizzare l'obiettivo.

Con un maggiore grado di approfondimento, l'art. 82, par. 2, lett. c), TFUE prescrive il ricorso a questa tipologia di regole, indicando quale ambito di loro applicazione proprio «i diritti delle vittime della criminalità»<sup>52</sup>. Questi divengono obiettivo dell'agire istituzionale unionista, elevando la persona offesa al rango di titolare di situazioni giuridiche che lo Stato è chiamato a proteggere: in ciò – s'è detto fin dall'inizio – il nostro Paese appare carente.

Lo strumento mediante il quale viene manifestato l'interesse dell'Unione alla tutela della vittima è la *direttiva*, atto sicuramente capace di esprimere un'obbligazione di risultato – e, con gergo civilistico, non certo di mezzi – gravante sulle Nazioni, chiamate, a loro volta, a fornirsi di idonee regole attuative nei termini prescritti dal normatore europeo. Il meccanismo è stato analizzato più sopra per la direttiva 2011/99/UE; identico ci sembra, nel tratteggiare le relazioni tra l'Unione e i Paesi europei, per la direttiva 2012/29/UE, tant'è che questa si traduce in un vero e proprio catalogo di diritti che le regole nazionali sapranno, poi, rendere effettivi nella realtà dei processi dinanzi ai giudicanti interni.

Si pone, allora, una questione di effettività, occorrendo chiedersi che cosa accada qualora il rapporto tra Unione e Stati così come appena descritto si deteriori in un recepimento per parte nazionale inappagante nei suoi risultati: al di là del rimedio fornito dagli artt. 258 ss. TFUE o da altri simili strumenti di biasimo dell'Europa sugli Stati, il punto è che a soffrire dell'inadeguatezza nazionale è il singolo, qui *sub specie* di persona offesa dal reato.

Vero è che costei può giovare, con plausibile esito vittorioso, di un'azione esperibile dinanzi al giudice interno per ottenere ragione dei diritti di cui è titolare per previsione unionista, ma che, nel concreto, non può esercitare per deficienze normative interne.

Al di là di questo, però, giunge probabilmente il momento di una riflessione di sistema, che conduca il discorso sul piano dei rapporti tra sovranità nazionale e moniti europei. Si profila ormai come dato di fatto la

---

<sup>52</sup> Per un catalogo dei luoghi normativi ove appare la locuzione «norme minime» come segnale del raccordo tra la *voluntas legis* nazionale e le regole eurounitarie, KALB, *La nuova sfida della direttiva 2010/64*, in ID., S. NEGRI, *Studi in materia di cooperazione giudiziaria penale*, Torino, 2013, p. 71.

riluttanza che ogni Stato manifesta nel concedere ad enti esterni spazi di autonomia nel regolare la materia penale: in tal direzione va letto l'art. 82, comma 2, TFUE e il suo riferimento alle «norme minime». Anche la comunitarizzazione dell'ex terzo pilastro, cioè, ha condotto l'Unione a descrivere obiettivi, per proclami ovviamente generali, lasciando libere le Nazioni di modellare i propri sistemi di diritto interno attorno alle finalità espresse dalle istituzioni europee.

Il risultato – s'è detto – non soddisfa: si pensi a quanto introdotto dal d.lgs. n. 149 del 2017, con il nuovo art. 696-ter c.p.p., che vincola la cooperazione al rispetto, da parte dello Stato richiedente, di diritti fondamentali e libertà sanciti dall'art. 6 TUE. La regola applicativa dei principi eurounitari – sia quelli richiamati, dell'art. 6 TUE, sia quello generale dell'art. 82, par. 2, TFUE – di fatto non esiste: l'art. 696-ter c.p.p. non attua, ma ripete ciò che ha stabilito il normatore unionista, e il rapporto tra i due disposti – quello sovranazionale e l'altro, interno – somiglia ad uno tra due contenitori vuoti, di eguali dimensioni. L'uno non entra nell'altro, ed entrambi rimangono sprovvisti di contenuto.

Discorso simile vale per l'art. 90-quater c.p.p., che non spiega quale vittima (o teste) sia vulnerabile e quale, invece, non lo sia, definendo indici astratti che rimettono al giudicante l'opzione, fallibile, sulla debolezza della persona offesa<sup>53</sup>. In tal senso, la categoria alla quale la direttiva 2012/29/UE appronta una serie di tutele di principio non viene inverata dal legislatore nazionale in altrettante norme di dettaglio che sappiano definirla concretamente.

A tanto s'aggiunga la lacunosità sul piano della cooperazione probatoria, attesa la mancanza di quelle regole che sappiano governare il passaggio di materiali istruttori da uno Stato all'altro in contesti che sfuggano almeno in parte al giudizio penale; invero, è tutt'altro che infrequente l'ipotesi nella quale il procedimento per un reato imponga l'accertamento di *quaestiones* risolvibili attraverso il ricorso ad altre branche giuridiche: se si tratta di reati transnazionali, la questione è pressoché scoperta, l'arbitrio, in capo al giudice, sulle modalità di ingresso, di assunzione e di vaglio sulla prova allogena è di speciale evidenza. Ciò, con ricadute negative vuoi sul diritto di difesa dell'accusato, vuoi – per ciò che qui rileva – sulle prerogative della vittima.

Da ultimo, la tutela cautelare non è in realtà definibile in termini effettivi, e l'incompiuta attuazione della direttiva 2011/99/UE fornisce l'esempio più lampante del come il legislatore nazionale e le istituzioni

---

<sup>53</sup> Sul punto, volendo, TRAPPELLA, *Rimedi al mancato riconoscimento della particolare vulnerabilità della persona offesa*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3262 ss.

europee si stiano muovendo in direzioni diverse con riferimento alla posizione della persona offesa.

Il cattivo *draft* normativo nostrano è (anche) conseguenza della cattiva qualità del rapporto tra Stato ed Europa nel settore penale, figlia, a propria volta, del timore delle istituzioni unioniste di entrare in spazi che tradizionalmente sono rimesse alle scelte sovrane del singolo Paese.

La soluzione – si diceva – va rinvenuta rimanendo su questo piano del discorso, e potrebbe rinvenirsi nella posizione di corpi normativi intermedi che vincolino gli Stati a raggiungere l’obiettivo nel modo predefinito a livello europeo. Uno strumento potrebbe essere quello della direttiva *dettagliata*, rispettosa, almeno nella forma<sup>54</sup>, della riserva contenuta nell’art. 82, par. 2, TFUE: vero che un’ipotesi del genere limiterebbe la discrezionalità del legislatore nazionale, acquisendo efficacia immediata una volta scaduto il termine di recepimento senza che lo Stato abbia provveduto ad attuarle compiutamente; ugualmente, attraverso atti unionisti capaci di collocarsi oltre il semplice proclamo di principio, sarà possibile un reale ravvicinamento dei sistemi processuali nazionali.

E si pensi al vantaggio nei campi esplorati in questo lavoro: con buona probabilità si farebbe chiarezza in ordine all’accezione della vittima vulnerabile – così, magari, assicurandole le medesime garanzie da uno Stato all’altro e attraverso le varie fasi del procedimento – o agli strumenti cautelari posti a tutela della persona offesa; ugualmente, sarebbe forse possibile realizzare quello statuto europeo della prova che si propone di generare attorno al concetto di ordine pubblico in chiave unionista.

Bisogna, insomma, andare oltre la logica delle norme minime, avendo il coraggio di erodere spazi di sovranità nazionale nel segno della tutela dei soggetti più deboli, coinvolti nel processo penale, sì da raggiungere l’obiettivo, peraltro, già indicato dalle fonti europee. Allo stato, ogni soluzione gelosamente conservativa dell’indipendenza e dell’autonomia normativa nazionale rischia di confermare il nostro giudizio iniziale, della

---

<sup>54</sup> Questo inciso suona come una provocazione, riferibile a quella dottrina che sostiene l’illegittimità delle direttive dettagliate sulla scorta dell’art. 288 TFUE (*ante* Lisbona, art. 249 TCE), per l’essere, nella sostanza, atti assimilabili ai regolamenti, vista la loro attitudine all’essere fonti *self-executing*: sul tema, critico, CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità Economica Europea*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1972, n. 1, p. 225 ss.

In realtà, gli obiettivi di cui si è trattato in questo lavoro sono gli stessi che vengono imposti dalle più elevate fonti europee. In tal senso si è richiamato il concetto di ordine pubblico. Ebbene, cogliendo il senso più profondo di questo rinvio, se l’infrazione di questi valori è suscettibile, in astratto, di censura avanti la Corte di Strasburgo o di meccanismi di biasimo avviati dalle istituzioni unioniste, diventa assurdo stupirsi della proposta introduttiva di un meccanismo che imponga con forza regole applicative dei valori e dei principi testé ricordati, laddove lo Stato rimanga inerte: si tratterebbe, anzi, di un meccanismo complementare alla tutela fornita dai diritti europei.

discrasia tra il modo di intendere le garanzie da offrirsi alla persona offesa secondo il diritto italiano e in base a quello europeo, con il successivo risultato di insufficienza rispetto ai moniti unionisti per la nostrana incapacità di farvi fronte<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Questo, non certo volendo tacere il pericolo che la «riserva di legge parlamentare nazionale venga ... aggirata con meccanismi estranei a ogni corretta tecnica legislativa» (BERNARDI, *Introduzione*, in GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. XI). L'Autore si riferisce a questioni di diritto penale sostanziale; eppure, non si dimentichi che anche il procedimento penale esige un richiamo di legalità, esso derivante dagli artt. 101 e 111 Cost.: non si ritiene, però, che parlare di tutele inquadrate a livello unionista meglio di quel che accade oggi significhi svilire il livello di primaria importanza della legge processuale interna. L'obiettivo, infatti, è fornire una guida al nostro, spesso disorientato, legislatore: ed ecco perché la soluzione va reperita in una normativa europea capace di dettagliare le garanzie offerte ai soggetti del procedimento, e senza mai la – invero irrealizzabile – pretesa di uniformare sistemi statuali differenti.