

CONTRO L'UTILIZZABILITA' DELLE PROVE ILLECITE NEL PROCESSO CIVILE

Andrea Graziosi

Sommario: 1. Premessa e posizione del problema. - 2. La nozione di prove illecite, endoprocessuali ed esoprocessuali. - 3. Il carente quadro normativo anche in relazione ad una restrittiva e dominante esegesi dell'art. 191 c.p.p. - 4. Critica all'ancóra incerta risposta giurisprudenziale al problema in esame. La categoria dell'inutilizzabilità della prova nel sistema del diritto processuale civile. - 5. L'inutilizzabilità delle prove illecite nel processo civile nel solco di alcuni dei valori fondanti della nostra Costituzione. - 6. *Segue*: Critica delle tesi contrarie (Cordero). - 7. Accertamento della verità e prove illecite. Conclusioni. - 8. Il recente caso della cd. lista Falciani.

1. *Premessa e posizione del problema*. - E' sempre più evidente che uno dei maggiori problemi che il diritto delle prove pone oggi, e ancor più porrà domani, nel processo civile (ma anche, e con più intensità, nel processo penale) è quello dell'utilizzabilità delle cd. prove illecite, ossia di mezzi di prova la cui genesi è, per qualche ragione, viziata dal compimento di uno o più atti contrari alla legge.

Le ragioni che ultimamente hanno così accresciuto l'importanza di questo tema, certo non sconosciuto al dibattito dottrinale, né all'elaborazione giurisprudenziale, sono, a mio avviso, almeno due ed operano su piani diversi.

In primo luogo l'enorme diffusione delle tecnologie informatiche e telematiche, la cui immensa capacità di memorizzare, comunicare, scambiare, pubblicare, elaborare dati di ogni genere (penso naturalmente ai *personal computer*, sempre più capienti e veloci, di cui chiunque ormai può disporre, ai *tablet* a internet, alla posta elettronica, ai social network...) ha incrementato in modo esponenziale la possibilità, ed il rischio, che quei dati vengano usati illegalmente, ed indubbiamente tra i possibili usi impropri vi è anche la loro utilizzazione in un processo sotto forma di prova.

A questo primo fattore, di ordine prettamente quantitativo, visto che ha accresciuto la frequenza del problema, se ne aggiunge un secondo, di tipo più propriamente giuridico, legato alle caratteristiche della condotta illecita che può contaminare la genesi di una prova, poiché di solito tale illiceità dipende dalla violazione di alcuni dei fondamentali diritti di libertà protetti dalla nostra Carta costituzionale.

Nasce così a livello interpretativo il problema, davvero molto delicato, e oggi reso assai più frequente dalle tecnologie digitali, di come contemperare la tutela di quei diritti fondamentali col rilievo che anche le prove illecite, benché illecite, possono contribuire a realizzare finalità e/o diritti di rango costituzionale, quali l'effettiva attitudine del processo al pieno accertamento della verità – attributo coesenziale al proficuo esercizio della giurisdizione e riconducibile al canone del giusto processo *ex art. 111, comma 1°*, Cost. - o la tutela del diritto alla prova, nella sua veste di componente inscindibile del diritto di azione e di difesa garantito dall'art. 24 cost.

Di qui l'interesse, la gravità e l'attualità di questo tema che hanno fatto maturare in me il desiderio di dedicarvi alcune ulteriori riflessioni, dopo averlo in parte già esaminato in un mio studio di qualche anno fa¹, del quale queste pagine ambirebbero ad essere un ulteriore sviluppo.

2. La nozione di prove illecite, endoprocessuali ed esoprocessuali. – Qualche considerazione intanto va spesa per meglio inquadrare la nozione di prova illecita.

Se si muove dalla scontata premessa definitoria che è illecita qualsiasi prova formata o acquisita in contrasto con una disposizione di legge, si può tracciare una prima bipartizione di fondo tra prove illecite endoprocessuali, quelle cioè formatesi all'interno del processo senza il rispetto delle norme che ne disciplinano la formazione, e prove illecite esoprocessuali, ossia quelle che, al di fuori del processo, si sono formate o sono entrate in possesso di chi le utilizza tramite il compimento di un atto illecito².

Le prime non danno luogo, in vero, a particolari problemi perché il procedimento di formazione della prova all'interno del processo di solito è sufficientemente regolato dalla legge e le conseguenze di eventuali scostamenti da tale iter formativo (*id est* l'illiceità della prova) sono anch'esse previste, o desumibili in via interpretativa, dal dettato normativo³.

Solo a titolo di esempio basti pensare agli artt. 2722 e 2725 c.c. che vietano, rispettivamente, la prova testimoniale di patti aggiunti o contrari ad un documento, se anteriori o contestuali al medesimo, e la prova testimoniale di un contratto quando “secondo la legge o la volontà delle

¹ Mi riferisco a GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim.*, 2011, 693 ss., al quale mi permetto di rinviare.

² Da tenere ben distinte dalle prove atipiche, ovverossia da quelle formatesi lecitamente fuori dal processo, ma con modalità difformi rispetto a quanto previsto dalla disciplina processuale; sulle problematiche poste da tale tipologia di prova, non oggetto di queste riflessioni, rinvio, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a GRAZIOSI, *op. cit.*, 705 ss.

³ Per alcuni autorevoli contributi in argomento v. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con la legge ?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 867; DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, *ivi*, 863; e CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 1963, II, 175.

parti (...) deve essere provato per iscritto”, i quali comportano la nullità o, che è lo stesso (v. *infra*), l’inutilizzabilità della prova testimoniale raccolta in spregio a tali divieti; oppure si pensi a quella giurisprudenza che, correttamente, sancisce la nullità relativa della deposizione testimoniale quando il teste sia incapace di testimoniare ex artt. 246 c.p.c.⁴, ovvero la nullità assoluta della consulenza tecnica esperita senza la partecipazione di un consulente di parte a causa della sua mancata o erronea convocazione⁵.

Ciò che soltanto merita di essere qui evidenziato, è che con riguardo alle prove illecite endoprocessuali viene generalmente invocata la categoria della nullità (dell’atto processuale) e non quella dell’inutilizzabilità (della prova)⁶, poiché formandosi la prova attraverso la sequenza di una serie di atti processuali la sua eventuale illegittimità dipende dalla conformità alla legge di tali atti ed è regolata, e sanzionata sotto forma di nullità, dalla normativa processuale (art. 156 ss. c.p.c.). La sostanza giuridica delle cose, però, non cambia giacché, agli effetti che qui interessano, la nullità degli atti istruttori e l’inutilizzabilità delle prove generate da atti nulli sono due facce della stessa medaglia. Di ciò ci si accorge immediatamente, se solo si considera che l’atto processuale nullo, in quanto tale, non può produrre effetti giuridici (processuali), ossia, nel caso di un atto istruttorio, non può essere posto a fondamento della decisione giudiziale, e cioè *utilizzato* dal giudice per decidere la causa!

In altri equivalenti termini, si può tranquillamente affermare che la prova costituenda, se assunta in modo non conforme alla legge è illecita, e perciò inutilizzabile dal giudice per formare il proprio convincimento in punto di fatto, in quanto gli atti processuali che l’hanno generata sono nulli⁷.

Come meglio si vedrà tra breve, essere agevolmente pervenuti alla conclusione che, agli effetti che qui interessano, le categorie della nullità degli atti processuali e dell’inutilizzabilità della prova sono sostanzialmente equipollenti, o più esattamente l’una complementare all’altra, è importante, perché consente, probabilmente, sia di fare luce su alcuni equivoci in cui è caduta la giurisprudenza in materia di prove illecite (v. *infra* n. 2), sia di ricondurre ad unità, in termini teorici, il problema della (in)efficacia (e perciò inutilizzabilità) delle prove illecite, siano esse endoprocessuali che esoprocessuali (v. *infra* n. 7).

L’altra famiglia di prove illecite, come già si è visto, è costituita da quelle che si formano fuori dal processo e vi entrano sotto forma di produzioni documentali, ma sono viziate, nella

⁴ *Ex multis* Cass. 3 aprile 2007, n. 8358; Cass. 18 luglio 2008, n. 19942.

⁵ *Ex multis*, Cass. 7 luglio 2008, n. 18598; Cass. 2 marzo 2004, n. 4271.

⁶ Sulla categoria dell’inutilizzabilità della prova nell’ambito del diritto processuale civile, v. *infra* n. 4.

⁷ A condizione, ovviamente, che si tratti di nullità assolute ovvero di nullità relative non sanate nei modi previsto dal c.p.c.

loro fase genetica, da un illecito commesso per costituirle oppure semplicemente per impossessarsene.

La casistica offertaci in materia dall'esperienza giudiziaria è già piuttosto vasta, ma ancora in forte espansione a cagione del fenomeno di sempre più massiccia informatizzazione dell'esistenza umana.

Per quel che riguarda le prove che la parte si è procurata (o si è fatta procurare) illecitamente, la mente corre subito alle numerosissime ipotesi che possono verificarsi nella pratica in cui qualcuno sottrae (o fa sottrarre) illecitamente ad altri un documento cartaceo o informatico al fine di produrlo in giudizio a proprio favore⁸. Quanto invece alle prove formate illecitamente, si pensi alle intercettazioni o captazioni ambientali di conversazioni altrui o alla ripresa di immagini o filmati realizzati clandestinamente, e illegalmente, proprio al fine di costituire un mezzo di prova da utilizzare in un processo⁹.

Se queste sono le principali – importanti - fattispecie di prove illecite esoprocessuali su cui la recente esperienza empirica ci invita a ragionare, due considerazioni preliminari si impongono immediatamente, con riserva di meglio approfondirle nel prosieguo.

Anzitutto è chiaro che la progressiva e sempre più incalzante digitalizzazione dei rapporti sociali non può che ampliare ed aggravare il problema di cui qui si discute: basti pensare all'enorme quantità di dati che quotidianamente vengono raccolti su ognuno di noi dai più disparati dispositivi (*personal computer, server e provider* di accesso a *internet* o ai *social network*, telefoni cellulari, *data base* commerciali, dispositivi di videoregistrazione installati per ragioni di sicurezza, ...) e che, se trafugati illegalmente, configurano senz'altro ipotesi di prove illecite; oppure alla facilità con cui in una società tecnologicamente avanzata come la nostra chiunque può disporre di strumenti tecnicamente molto sofisticati (a cominciare dagli ormai potentissimi, diffusissimi e multifunzionali *smartphone*) capaci di captare e

⁸ E così, volendo esemplificare, oltre all'ipotesi un po' scolastica del diario privato sottratto fraudolentemente alla controparte e poi contro di lei prodotto in giudizio (che comunque trova qualche riscontro nella giurisprudenza, v. Pret. Trapani 20 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, 2575 ss., che ha ritenuto lecita, e non lesiva del diritto alla riservatezza, l'utilizzazione in sede giudiziaria di un diario personale), si pensi più realisticamente: alle scritture contabili sottratte clandestinamente dal lavoratore al datore di lavoro in vista della causa sulla legittimità del licenziamento, o alle lettere, o email, trafugate per dimostrare l'entità del patrimonio del coniuge, o per sostenere l'esistenza di un adulterio, in una causa di separazione o di divorzio, fino a giungere all'ipotesi del soggetto espressamente incaricato di rubare, o sottrarre con violenza o minaccia, all'imprenditore concorrente i documenti contenenti informazioni commerciali da utilizzare in un giudizio per concorrenza sleale.

⁹ E anche qui, volendo esemplificare in concreto, traendo spunto dalla casistica giudiziaria, si pensi basti pensare: alle foto o ai filmati realizzati dall'investigatore privato incaricato del pedinamento di una persona (casi frequentissimi nelle cause matrimoniali, ma non solo; in arg. Trib. Milano 8 aprile 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 819 ss., con nota di GUERRA, *Processi di separazione e divorzio e relazioni investigative: l'ambigua frontiera dell'atipicità della prova*), o alla captazione e registrazione occulte di conversazioni o immagini effettuate con un mezzo rudimentale quale può essere anche un semplice telefono cellulare, od una webcam, oppure ad un'intercettazione ambientale abusiva realizzata con mezzi tecnici professionali molto più sofisticati e potenti.

memorizzare conversazioni o immagini tra soggetti presenti, o di intercettare conversazioni a distanza avvenute *on line*, o di localizzare e seguire la posizione di qualcuno, i quali possono quindi essere agevolmente utilizzati anche al precipuo scopo di formare prove illecite.

In secondo luogo, va notato che le fattispecie che possono verificarsi in concreto sono effettivamente molto variegata, ma a livello giuridico di solito denotano il comun denominatore di essere illecite in quanto contrastanti, non solo con norme ordinarie, generalmente penali, ma anche, e in special modo, con precetti costituzionali posti a presidio di alcuni inviolabili diritti di libertà, quali, in particolare, gli artt. 13, 14 e 15 cost.

3. *Il carente quadro normativo anche in relazione ad una restrittiva e dominante esegesi dell'art. 191 c.p.p.* – A fronte di un problema giuridico la cui vastità ed importanza si è cercato di mettere brevemente in luce, l'interprete si trova purtroppo a dover fare i conti con un quadro normativo assai carente.

Se infatti nella disciplina del processo civile il tema è pressoché ignorato¹⁰, in quella processualpenalistica si trova una norma, l'art. 191 c.p.p., testualmente rubricato “Prove illegittimamente acquisite”, che ha dato luogo a non poche incertezze ermeneutiche, e forse a qualche equivoco, sulla quale è quindi opportuno soffermarsi brevemente, poiché, essendo l'unica norma esistente in materia, la corretta estrapolazione della *regula iuris* ivi sancita può aiutare a focalizzare quali sono le opzioni di valore fatte proprie dal legislatore in *subiecta materia*, per ricavarne, se possibile, una linea interpretativa valevole anche a livello più generale.

Testualmente questa disposizione parrebbe chiara nel vietare l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo penale, poiché, com'è noto, dispone testualmente che: “Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. L'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento”.

Senonché dottrina e giurisprudenza maggioritarie tendono a fornirne un'interpretazione fortemente restrittiva che circoscrive il divieto in essa stabilito alle sole prove “acquisite” in violazione di norme processali e non a quelle formatesi in violazione di precetti sostanziali.

¹⁰ Carezza che, invero, non è stata colmata nemmeno dal Codice della Privacy (d. lgs. 196/2003), poiché con riguardo alle prove formate o raccolte in violazione di tale importante normativa, da un lato vi è l'art. 47 che, all'interno del processo, consente il trattamento di dati personali per ragioni di giustizia, ma dall'altro vi è l'art. 160 che, con riguardo a dati (*id est* prove) assunti fuori dal processo in violazione delle norme sulla Privacy, si limita a prevedere laconicamente che “La validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamento di dati non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale”; sicché, in pratica, quest'ultima disposizione rimanda il problema delle prove illecite a “*disposizioni processuali*” che nel processo penale sono di dubbia interpretazione - come ora si vedrà - e nel processo civile non esistono proprio!

Anzi, su questa distinzione si edifica perfino una curiosa contrapposizione concettuale tra la categoria delle prove (processualmente) illegittime, ossia quelle assunte in spregio alla disciplina processuale, e perciò inutilizzabili nel processo *ex art. 191 c.p.p.*, e quella delle prove che, in quanto generate da condotte contrastanti con precetti (penali¹¹) sostanziali, sarebbero illecite ma (processualmente) legittime (!), e dunque utilizzabili nel processo penale *ex art. 191, comma 1°*, c.p.p., essendo conformi alla normativa processuale¹².

Il principale argomento¹³ posto a sostegno di una lettura così rigidamente restrittiva dell'art. 191 c.p.p. sta nel significato attribuito al termine "acquisite", il quale, in questa visione, sarebbe utilizzato in senso tecnico e si riferirebbe perciò alle sole forme di acquisizione processuale della prova, con la conseguenza che "i divieti stabiliti dalla legge", la cui violazione produce l'inutilizzabilità, sarebbero soltanto quelli scaturenti dalla "legge" processuale. Come detto, questa impostazione è condivisa dalla prevalente della dottrina processualpenalistica¹⁴ e seguita da una buona parte della giurisprudenza¹⁵, sebbene non manchino autorevoli voci dissonanti¹⁶.

A mio sommo avviso, tuttavia, tale formalistica chiusura interpretativa è semanticamente viziata da una erronea, e un po' arbitraria, precomprensione del significato assegnato al termine "acquisite" nell'ambito del contesto lessicale in cui il testo dell'art. 191 c.p.c. lo colloca. Non solo perché, come è stato autorevolmente notato, "anche la fattispecie sostanziale incriminatrice [é] una <<legge>> che <<vieta>>"¹⁷, potenzialmente inclusa, quindi, nell'ambito di applicazione dell'art. 191 c.p.p., ma anche perché è tutt'altro che

¹¹ Vedi nota 20.

¹² " .. in tanto l'illiceità può produrre effetti sanzionatori in quanto si converta in illegittimità processuale", così GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 205.

¹³ Definito addirittura "dirimente", così CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 92.

¹⁴ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 613 ss.; PERONI, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 935 ss.; DI PALMA, *Riflessioni sulla sfera di operatività della sanzione di cui all'art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1994, 3161; SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 203.

¹⁵ V. di recente *Cass. pen.*, sez. V, 28 maggio 2015, n. 33560, ove si è affermato che "L'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione della legge, quale prevista dall'art. 191 c.p.p., può derivare soltanto dalla violazione delle norme processuali che regolano la formazione della prova e non anche dall'inosservanza di divieti nascenti da disposizioni normative a tutela di altri diritti"; cui *adde* *Cass. pen.*, sez. IV, 9 dicembre 2003; *contra*, sebbene soltanto in alcuni passaggi delle rispettive motivazioni, v. *Cass. pen.*, Sez. un., 30 ottobre 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 3300; *Cass. pen.*, Sez. un., 28 maggio 2003, *ivi*, 2004, 29; di recente in tal senso v. anche Trib. Modena (ord.), 28 settembre 2016, in Pluri, con nota di CERQUA, <<WEB & TECH >> *Mezzi di ricerca della prova*, la quale che ha dichiarato inutilizzabili nel processo penale i risultati dell'attività di acquisizione della posta elettronica di un determinato soggetto, effettuata attraverso un captatore informatico (c.d. "trojan"). mentre ha ammesso l'acquisizione dei dati esterni del traffico telematico

¹⁶ Tra gli altri v. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 63; SIRACUSANO, voce *Prova (nel nuovo codice di procedura penale)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, Aggiornamento 2003, 11; più di recente anche CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1768 ss.

¹⁷ NOBILI, *Commentario al nuovo c.p.p.* coordinato da Chiavario, Torino, 1990, II, sub. art. 191, 413.

scontato, e dimostrato, che acquisire una prova significhi esclusivamente assumerla ritualmente in un processo. Tra i vari significati che qualsiasi vocabolario della lingua italiana associa al verbo acquisire vi è anche, e principalmente, quello di “procurarsi”, “procacciarsi”, “ottenere”, “acquistare”, sicché, in assenza di precisi indici normativi che depongano in tal senso, mi pare semanticamente improprio leggere il predicato “*acquisite*” che l’art. 191 c.p.p. collega al soggetto “prove” nella sola ristretta accezione di assunte (legittimamente) nel processo. Né, di certo, una simile operazione può essere giustificata col semplice rilievo che il codice di rito di solito ricorre a questa espressione in senso tecnico, perché un simile argomento è obiettivamente troppo generico e non facilmente e compiutamente verificabile. Se invece si approccia il problema senza indebite e forzate precomprensioni del participio “*acquisite*”, risulta immediatamente evidente che a livello semantico è ben difficile contestare che, anche nel lessico giuridico, chi si impossessa fraudolentemente di un documento altrui, o chi esegue abusivamente delle intercettazioni ambientali¹⁸, sta *acquisendo* una prova in violazione di un divieto stabilito dalla legge, sicché la sua condotta, in verità, rientra a pieno nell’art. 191 c.p.p. E ciò per la semplice e palmare ragione che l’art. 191 c.p.p. menziona la “legge” *tout court* come fonte del divieto e non la sola legge processuale penale. Se il legislatore avesse voluto una simile restrizione l’avrebbe sicuramente esplicitata, con un riferimento espresso alle norme del c.p.p. o al diritto processuale penale, ma in assenza precise indicazioni normative in tal senso mi pare arbitrario, e contrario al significato letterale della parola “legge”, ricavarle *sic et simpliciter* da una lettura asseritamente “tecnica”, e semanticamente discutibile, del verbo acquisire.

D’altra parte, se solo si considera che nella grandissima parte dei casi le attività illegali da cui provengono le prove illecite esoprocessuali sono tali in quanto confliggono con alcuni dei precetti fondamentali contenuti della nostra Costituzione (sul punto v. meglio *infra*), appare contraddittorio, se non addirittura paradossale, in una visione unitaria del nostro sistema giuridico, che alla violazione di “semplici” norme processuali, non di rado dettate da mere esigenze tecniche, sia collegata una conseguenza grave come l’inutilizzabilità della prova, mentre la violazione di norme di rango costituzionale rimanga, come vuole la tesi restrittiva, priva di qualsivoglia sanzione processuale¹⁹.

¹⁸ Solo per stare a due delle ipotesi paradigmatiche di prova illecita in base a quanto si è visto sopra, v. sopra n. 2.

¹⁹ Un simile paradosso, ed anche il sofisma che una prova possa essere considerata contemporaneamente illecita, in quanto proveniente da attività illecite extraprocessuali, e legittima, in quanto penetrata ritualmente nel processo, rinvia fondamentalmente la sua base teorica nell’idea che il fenomeno processuale viva in una sfera a sé stante estranea al resto dell’ordinamento giuridico, con la conseguenza che all’interno del processo sarebbero improduttive di effetti giuridici le norme appartenenti ad altri ambiti dell’ordinamento; per una critica a questa tesi, postulata principalmente dal Cordero per sostenere l’utilizzabilità delle prove illecite, v. *infra* n. 6

Sono quindi del parere che il divieto di utilizzazione probatoria sancito dall'art. 191 c.p.p. riguarda indistintamente tutte le prove illecite, ovvero tanto quelle assunte illegittimamente nel processo che quelle formatesi o acquisite fuori dal processo in violazione di una norma sostanziale²⁰.

Se dunque è questa la *regula iuris* estrapolabile dall'art. 191 c.p.p. la sua stessa presenza nel nostro ordinamento, benché riferita al processo penale, non potrà non orientare anche la soluzione del medesimo problema nell'ambito del processo civile, privo com'è di una specifica disciplina al riguardo.

4. *Critica all'ancóra incerta risposta giurisprudenziale al problema in esame. La categoria dell'inutilizzabilità della prova nel sistema del diritto processuale civile.* - In ambito processualcivile la giurisprudenza, trovandosi a dover colmare un grave vuoto normativo, è ancora in cerca di un proprio assetto definitivo e per ora pare aver assunto una posizione che, pur sulla base di postulati in parte differenti, ricalca sostanzialmente la lettura restrittiva dell'art. 191 c.p.p. appena ricordata, e criticata. Si è infatti di recente affermato che “Le prove precostituite, quali i documenti, entrano nel giudizio attraverso la produzione e nella decisione in virtù di un'operazione di semplice logica giuridica, essendo tali attività contestabili solo se svolte in contrasto con le regole, rispettivamente, processuali o di giudizio, che vi presiedono, senza che abbia rilievo una valutazione in termini di utilizzabilità, categoria propria del rito penale ed ignota al processo civile”²¹.

In sostanza, secondo queste pronunce nel processo civile sarebbe sempre utilizzabile qualsiasi prova documentale, ivi comprese, dunque, le prove illecite esoprocessuali, che hanno sempre forma documentale, sia perché la categoria dell'inutilizzabilità è sconosciuta al diritto processuale civile, sia perché la prova documentale (anche di provenienza illecita) entra nel processo tramite l'atto della produzione, il quale, non essendo assoggettato ad alcun limite legale, è comunque legittimo. In pratica, quindi, mentre nel processo penale le prove illecite

²⁰ Per precisione e completezza, va qui segnalato che nella dottrina processualpenalistica il problema delle prove illecite esoprocessuali viene posto generalmente con riguardo alla violazione di norme penali, ossia nelle ipotesi in cui taluno, per procurarsi o formare una prova, commette un reato (per gli opportuni riferimenti in arg. v. CASIRAGHI, *op. cit.*, 1777), al contrario, a mio avviso, il problema può avere una latitudine anche maggiore, che ricomprenda, oltre ovviamente la violazione di precetti costituzionali (su cui v. *infra*), anche quella di altre tipologie di norme imperative, senza che sia possibile predeterminarne *a priori* la natura.

²¹ Questa è la massima, ripresa testualmente da un passaggio della motivazione, di Cass. 25 marzo 2013, n. 7466. Solo pochi mesi prima lo stesso supremo Collegio aveva anche avuto modo di dichiarare che “Nel nostro ordinamento processuale vige il principio di acquisizione, secondo il quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute (e qual che sia la parte ad iniziativa della quale sono formate), concorrono, tutte ed indistintamente, alla formazione del libero convincimento del giudice, senza che la relativa provenienza possa condizionare tale convincimento in un senso o nell'altro, e senza che possa, conseguentemente, escludersi la utilizzabilità di una prova fornita da una parte per trarne argomenti favorevoli alla controparte” (così Cass. 14 novembre 2012, n. 19870).

esoprocessuali sarebbero utilizzabili in quanto la sanzione dell'inutilizzabilità comminata dall'art. 191 c.p.p. non è ad esse estensibile, nel processo civile lo sarebbero poiché lì non opera la sanzione della inutilizzabilità.

Questa tesi è facilmente criticabile perché si basa su presupposti erronei: non è vero, infatti, che la categoria della inutilizzabilità della prova sia "ignota al processo civile" ed è quanto meno discutibile che l'atto processuale della produzione in giudizio di un documento sia scevro, *a priori*, da qualsiasi possibile vaglio di ammissibilità.

Che anche nel processo civile una prova documentale, pur (legittimamente) prodotta in giudizio, possa essere inutilizzabile dal giudice per la decisione della causa è facilmente dimostrabile se solo si considerano le numerose ipotesi in cui al giudice civile è fatto implicito (ma indubitabile) divieto dalla legge di servirsi di un determinato documento già acquisito agli atti processuali: è fuori discussione, direi, che le prove documentali prodotte al di fuori dei termini preclusivi fissati dall'art. 183, comma 6°, c.p.c. siano inutilizzabili dal giudice, così come lo sono i documenti prodotti per la prima volta in appello in violazione dell'art. 345, comma 3°, c.p.c., o anche, ad esempio, la scrittura privata disconosciuta dalla parte contro cui è prodotta se non sottoposta al conseguente giudizio di verificaione *ex art.* 216 c.p.c.²².

Certo, in tutti questi casi la sanzione dell'inutilizzabilità non è espressamente prevista dalla norma, ma non v'è dubbio, credo, che il giudice sia tenuto, *ex lege*, a non utilizzare le prove contrastanti con (*recte* prodotte in violazione di) quei divieti, che, altrimenti, risulterebbero privati di qualsiasi effettiva cogenza²³.

A ciò si aggiunga, a definitiva dimostrazione che la categoria dell'inutilizzabilità appartiene anche al diritto processuale civile, che ad essa fa testualmente riferimento l'art. 222 c.p.c., con riguardo al documento oggetto di querela di falso cui la parte dichiara di non volersi avvalere, e più di recente vi ha fatto espresso riferimento anche l'art. 10 del d. lgs. 28/2010 in relazione al divieto di utilizzare nel processo civile le dichiarazioni o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione²⁴, confermando così *expressis verbis*, se mai ce ne fosse bisogno, che una prova può essere "inutilizzabile" anche dal giudice civile e non solo dal giudice penale.

²² Ma anche, volendo proseguire l'esemplificazione, le copie fotografiche non autenticate di scritture di cui è disconosciuta la conformità all'originale (art. 2719 c.c.), o le riproduzioni meccaniche di cui è disconosciuta la conformità ai fatti rappresentati (art. 2712 c.c.).

²³ Sostanzialmente in termini, con riguardo alle preclusioni istruttorie di primo grado, v. Cass. 19 marzo 2004, n. 5539, in *Foro it.*, 2005, I, 510; Cass. 19 agosto 2003, n. 12118, in *Giur. it.*, 2004, 1368.

²⁴ L'art. 10, rubricato "Inutilizzabilità e segreto professionale", al comma 1°, testualmente dispone che "Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale...".

Né potrebbe obiettarsi che nel rito civile le prove non conformi alla legge sono colpite da nullità e non da inutilizzabilità, un po' perché, come si è appena notato, ormai è lo stesso legislatore a far riferimento espresso a quest'ultima categoria anche nel processo civile, un po' perché, come si è cercato di evidenziare più sopra (n. 2), la nullità dell'atto istruttorio e l'inutilizzabilità della prova sono invero due facce, complementari, dello stesso fenomeno, per cui, all'atto pratico, non fa molta differenza riferirsi all'uno o piuttosto che all'altro aspetto.

Ed inoltre, se mai si dovesse ritenere che è l'atto della produzione in giudizio di una prova illegittima ad essere nullo, anziché la prova prodotta ad essere inutilizzabile, se ne dovrebbe però anche desumere che in realtà non è vero, come pure postulato dalla giurisprudenza qui in esame, che la produzione di un documento è un atto non soggetto ad alcun limite di ammissibilità e perciò processualmente sempre lecito.

E veniamo così ad accennare brevemente alle ragioni per le quali non appare del tutto condivisibile nemmeno l'altra premessa su cui si basa la giurisprudenza qui criticata, ossia quella secondo cui nel rito civile l'atto di produzione in giudizio di un documento non sarebbe mai soggetto ad alcun vaglio di ammissibilità, cosicché risulterebbe perfettamente lecita anche la produzione di prove illegittime a prescindere dalla loro eventuale illecita provenienza *extra* processuale.

In proposito, va osservato che nel nostro codice di rito esistono almeno due importanti ipotesi in cui è espressamente vietata dalla legge la produzione di documenti, e sono quelle previste dal già menzionato art. 345, comma 3°, a mente del quale in appello "non possono essere prodotti nuovi documenti", e dall'art. 698, comma 3° che, in materia di istruzione preventiva, dispone testualmente che "I processi verbali delle prove *non possono essere prodotti*, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso".

Il che significa, in primo luogo, che non è corretto, come fa il supremo Collegio nella pronuncia qui in esame, porre la regola generale (che in realtà tale non è, come si è appena visto) della libera, e legittima, producibilità di qualsiasi documento nel processo civile come l'assioma da cui inferire il corollario che le prove illecite esoprocessuali, siccome hanno sempre forma documentale, sono altresì, sempre, legittimamente producibili. In termini logici, si può infatti agevolmente obiettare che se è falso l'assioma, ovvero, nel caso di specie, la (sussistenza della) regola generale della libera producibilità di qualsiasi documento, non può considerarsi dimostrata nemmeno la veridicità del corollario che se ne vuol far discendere²⁵.

²⁵ Ed infatti, non a caso, taluno in dottrina sostiene che al giudice sia concesso di valutare in via preventiva anche l'ammissibilità di una produzione documentale; v. RUFFINI, *Produzione ed esibizione dei documenti*, in *Riv.*

In secondo luogo, è evidente che la presenza di questi due significativi divieti dimostra che nel nostro processo civile anche la produzione di un documento può essere illegittima, se effettuata, appunto, in contrasto con tali (od altri) divieti. Che poi per scelte puramente tecniche (probabilmente discutibili²⁶) queste illiceità vadano rilevate dal giudice solo in sede di decisione della causa, escludendo la prova dal materiale istruttorio su cui fondare l'accertamento del fatto, e non già al momento stesso della produzione, tramite una dichiarazione di inammissibilità della prova, ai nostri fini poco importa, poiché rimane comunque smentita l'esistenza nel nostro sistema processuale di una regola che, in termini generali, vorrebbe sempre lecita la produzione in giudizio di qualsiasi documento. Questo non significa, naturalmente, che anche la produzione di una prova illecita sia per ciò stesso sempre illegittima (su questo punto v. *infra* n. 4), ma vale a confutare l'asserzione della Cassazione, qui criticata, secondo cui produrre una prova illecita è comunque un atto processualmente legittimo in quanto la produzione di un documento non è assoggettata ad alcun controllo giudiziale di legittimità.

Ebbene, essere qui pervenuti alla duplice conclusione che la categoria della inutilizzabilità della prova è contemplata anche dal sistema del diritto processuale civile, e che la produzione in giudizio di un documento non è un atto di per sé sempre lecito ed ammissibile (al punto da "assorbire" l'eventuale illiceità del documento prodotto), ma può essere anch'esso processualmente illegittimo²⁷, ci ha consentito, non solo di aver reso evidenti le incertezze sistematiche con cui ancora la giurisprudenza affronta il nostro problema²⁸, ma anche di

dir. proc., 2006, 445, il quale nota che la libera producibilità di documenti "a prescindere da un previo giudizio di ammissione da parte del giudice, diretto a filtrare il materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione, è limitata, nel rito ordinario, ai soli documenti offerti in comunicazione dalle parti al momento della loro costituzione in giudizio, ovvero a quelli depositati in cancelleria entro il primo dei termini assegnati dal giudice per le deduzioni istruttorie"; cfr. anche DE STEFANO, *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, 1999, 336 ss.

²⁶ Per alcune critiche a questo sistema, v. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, 53.

²⁷ Per l'esattezza va qui rammentato che l'atto della produzione in giudizio di un documento, benché apparentemente unitario sotto il profilo giuridico, è in realtà concettualmente, e più correttamente, scomponibile in due sottoatti: quello del materiale inserimento nel fascicolo del documento e quello della implicita istanza al giudice di tenerne conto in sede di formulazione del giudizio di fatto (cfr. DENTI, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, 106). Ovviamente, la conclusione alla quale si è pervenuti rimane la stessa anche con questa ulteriore precisazione, con la sola puntualizzazione che ad essere illegittimo, e perciò nullo, sarà semmai l'atto della materiale immissione del documento nel fascicolo di parte se ciò è vietato dalla legge; mentre laddove ci si ponga nella diversa, ma speculare (v. sopra n. 2), prospettiva della inutilizzabilità del documento prodotto (*id est* inserito nel fascicolo di parte) in violazione di un divieto di legge, l'inutilizzabilità sarà semplicemente la conseguenza del rigetto dell'istanza implicita rivolta al giudice di tener conto di quel documento nella formulazione del giudizio di fatto.

²⁸ Ad ulteriore testimonianza dello stato di incertezza in cui ancora versa la giurisprudenza in relazione a questa delicata tematica, si v. ad esempio Trib. Torino 8 maggio 2013, in *Giur. it.*, 2014, 2480, con nota di PIOVANO, *Sull'utilizzabilità dei documenti illecitamente ottenuti*, ove si è affermato che "Nel silenzio della legge, la valutazione in merito all'utilizzabilità delle prove documentali illecite (...) è demandata al singolo giudice del

sgombrare il campo da possibili equivoci teorici, sì da poter ora svolgere alcune ulteriori considerazioni sul tema che ci si è prefissati di indagare, avendo a disposizione gli appropriati strumenti ricostruttivi.

5. *L'inutilizzabilità delle prove illecite nel processo civile nel solco di alcuni dei valori fondanti della nostra Costituzione.* – Come si è notato sopra (n. 2), la grandissima parte delle condotte che concorrono a generare l'illiceità di una prova documentale si contraddistingue perché confligge con alcuni inviolabili diritti di libertà protetti dalla nostra Costituzione, ed inoltre, sovente, costituisce reato.

Le norme costituzionali che vengono qui in rilievo sono talmente importanti, e di conseguenza così esplicite nella loro potente portata precettiva, che per proseguire proficuamente il discorso mi sembra utile richiamare il testo di alcune di esse: “La libertà personale è *inviolabile*” (art. 13); “Il domicilio è *inviolabile*. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e nei modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale” (art. 14, commi 1° e 2°); “La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono *inviolabili*” (art. 15).

Dalla pura e semplice (ri)lettura di queste disposizioni risulta immediatamente chiaro quanto sia radicale, diretto ed insanabile il contrasto tra la quasi totalità dei comportamenti che rendono illecita una prova e gli articoli 13, 14, 15 Cost. Solo per stare ad alcune delle fattispecie oggi più frequenti nella pratica, nell'ambito della più vasta esemplificazione proposta sopra (n. 2): trafugare una email dalla casella di posta elettronica di qualcuno è sicuramente contrario all'art. 15 Cost., trattandosi, senza ombra di dubbio, di una forma di violazione della corrispondenza; e così pure registrare o intercettare abusivamente una conversazione è contrario all'art. 15, poiché la norma tutela, come forma inviolabile di libertà, “la segretezza...di ogni forma di comunicazione”²⁹; penetrare nell'abitazione, nel luogo di lavoro, o nella memoria di un computer altrui al fine di impossessarsi di un documento, cartaceo o informatico, ivi custodito, è palesemente contrario all'art. 14, che definisce il domicilio “inviolabile” e vi vieta qualsiasi intromissione non espressamente consentita dalla legge; far pedinare qualcuno a sua insaputa, per un tempo indeterminato, al fine di reperire clandestinamente informazioni sulla sua vita privata è certamente contrario all'art. 13, poiché

caso concreto, chiamato a compiere un giudizio di bilanciamento tra tutti i diritti e gli interessi emersi nel caso concreto” (sic!).

²⁹ Naturalmente la norma tutela “la *segretezza*” di comunicazioni private, ossia di quelle, orali o scritte, in cui i soggetti coinvolti si esprimono confidando che la manifestazione del loro pensiero sia percepita solo e soltanto dai loro interlocutori.

è pacifico che tra le libertà negative³⁰ protette da questa basilare disposizione è inclusa pure la riservatezza, intesa (anche) come il diritto di mantenere privati e non conoscibili da terzi i luoghi, i tempi ed i modi di svolgimento della propria vita³¹.

Inoltre, come si è detto, quasi sempre le condotte che producono l'illiceità di una prova documentale sono sanzionate a livello penale. Tra le fattispecie criminose che più di frequente vengono in rilievo vanno ricordate, tra le altre: la violazione di domicilio, punita dall'art. 614 c.p. con la reclusione da sei mesi a tre anni; l'"interferenza illecita nella vita privata", commessa da chi "mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'art. 614", punita dall'art. 615 *bis* c.p. con la reclusione da sei mesi a quattro anni; l'"accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico", commesso da colui che "abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo" punito dall'art. 615 *ter* c.p. con la reclusione fino a tre anni; la violazione e sottrazione di corrispondenza, commessa da "chiunque prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, a lui non diretta", ovvero la sottrae o la distrae, punita con la reclusione fino ad un anno dall'art. 616 c.p., ove, tra l'altro, è contenuta l'importante precisazione che agli effetti che qui interessano "per corrispondenza" deve intendersi anche quella "informatica e telematica".

Da questa rapida, ma credo illuminante, rassegna normativa mi pare emerga in modo chiarissimo quanto le condotte che stanno alla base di una prova illecita esoprocedurale siano profondamente lesive di alcuni dei valori cruciali su cui si fonda la nostra Costituzione e che, se tutelati, determinano il grado di civiltà giuridica di una società democratica³².

Se dunque si dovesse impostare il ragionamento interpretativo solo su questo elemento, tanto elementare quanto inconfutabile, non potrebbe esservi il benché minimo dubbio che l'utilizzabilità di una prova illecita vada radicalmente bandita (anche) dal processo civile, poiché l'ordinamento giuridico non può certo tollerare che la violazione di un diritto fondamentale di libertà trovi al suo interno una forma di vera e propria legittimazione *a*

³⁰ Sul concetto di libertà negativa, v. per tutti BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 45 ss.

³¹ Né, come si è visto (sopra nota 10), il diritto alla riservatezza riceve, in relazione al problema qui in esame, adeguata e miglior tutela dal Codice della Privacy (d. lgs. 196/2003).

³² Per un avvincente *excursus* storico sul valore e sull'importanza della tutela dei diritti di libertà nel nostro Paese, v. di recente RODOTA', *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti. 1861-2011*, Milano, 2011, *passim*.

posteriores, consistente, nel caso di specie, nella “legittima” utilizzabilità del risultato di quella stessa violazione, come mezzo di prova cui poter validamente attingere nel processo³³.

In altri termini, se così fosse, l’ordinamento permetterebbe implicitamente la violazione di diritti fondamentali, che invece gli artt. 13, 14, 15 Cost. qualificano espressamente, e volutamente, come “inviolabili”, ma così ovviamente non può, e non deve, essere quantomeno a livello teorico e di coerenza sistematica.

Se a questo si aggiunge, per un verso che le condotte da cui può derivare l’illiceità di una prova si concretizzano generalmente nella commissione di reati puniti - come visto - piuttosto severamente, stante la loro notevole offensività giuridica, e per altro verso che l’unica *regola iuris* attualmente evincibile dal nostro ordinamento processuale è quella espressa dall’art. 191 c.p.p. che, se correttamente interpretato (v. sopra n. 3), proibisce l’uso di tutte le prove illecite nel processo penale, ne risulta viepiù rafforzata l’idea che i principi portanti su cui poggia il nostro ordinamento giuridico impongono che anche nel processo civile sia preclusa l’utilizzabilità di prove illecite, o almeno di quelle la cui illiceità ha origine nella violazione di un precetto costituzionale.

A fronte di una risposta così chiara e netta al nostro problema che parrebbe pervenire dai dati normativi disponibili e dall’imprescindibile esigenza di rispettare alcuni dei fondamentali diritti di libertà protetti dalla Carta costituzionale, correttezza metodologica vuole che, anche alla luce di queste premesse, si verifichi se esistono ragioni in senso opposto, così forti da richiedere la revisione o anche solo un temperamento delle conclusioni cui si è giunti.

6. Segue: *Critica delle tesi contrarie (Cordero)*. - Nella dottrina processualpenalistica, la tesi della piena utilizzabilità delle prove illecite esoprocessuali è autorevolmente e principalmente sostenuta da molto tempo dal Cordero³⁴, alla cui ricostruzione di fondo si ispira, nella sostanza, anche chi l’ha sostenuta nell’ambito del processo civile³⁵.

³³ Tra l’altro, non può essere trascurato che chi usa questi sistemi illeciti per costituire una prova compie solitamente delle attività molto lunghe di pedinamento, appostamento, intercettazione, captazione ecc... al fine di scoprire qualcosa di utile ai propri fini, e perciò la violazione dei diritti fondamentali è quasi sempre molto prolungata nel tempo e non limitata al solo momento in cui la prova viene acquisita.

³⁴ CORDERO, *Prove illecite*, in ID, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 147 ss.; ed anche, in precedenza, in *Jus*, 1961, 68.

³⁵ G. F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim.*, 1987, 70 ss., secondo cui gli atti illeciti con cui la parte si è procurata o ha formato le prove appartengono ad “*un momento pre-processuale, del tutto estraneo al giudizio in corso*”, e pertanto non possono influire sulla validità degli atti ivi compiuti ma, semmai, potranno essere sanzionati penalmente o civilmente se ne ricorrono gli estremi; conf. ONDEI, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 424, più che altro sulla base del presupposto che la disciplina processuale non contiene alcuna espressa norma di esclusione (di nuovo sulla scia di CORDERO, *op. ult. cit.*, 151, il quale rileva che “*l’inesistenza d’una previsione di inammissibilità non rappresenta di per sé un vuoto legislativo; le prove che si vogliono proscrivere, potrebbe darsi che apparissero ammissibili alla luce di una considerazione sistematica delle norme processuali*”; *contra*, di recente, in un’ottica ricostruttiva perlopiù

L'illustre Autore muove dagli assunti, a mio avviso non pienamente dimostrati, che il fenomeno processuale vive in una sfera chiusa ed impermeabile al diritto sostanziale³⁶ e che nemmeno la violazione di precetti costituzionali può causare, al suo interno, l'illegittimità di una prova, poiché tali precetti “rappresentano altrettanti paradigmi della normazione attuata in sede legislativa” e perciò si incorrerebbe “in un salto logico” se si postulasse l'illiceità processuale di “ogni dato conoscitivo conseguito con una condotta difforme da quelle direttive”. Ne deduce dunque che quello sull'utilizzabilità di una prova illecita “è quesito che esige d'esser risolto in base a un'interpretazione sistematica delle norme processuali, salvo poi verificare se la disciplina di cui si è ricostruito l'assetto non confligga con i principi della Costituzione” (!)³⁷.

Si tratta di premesse caratterizzate da un estremo formalismo, tali da ricordare la raffinata e fredda concettualità della *Begriffsjurisprudenz* ma che, proprio per questa connotazione, offrono una visione eccessivamente astratta e del tutto autoreferenziale del fenomeno processuale. Comunque sia, poste queste premesse di ordine generale, il principale - se non unico - argomento che viene addotto a sostegno dell'utilizzabilità di prove che la parte si è procurata illecitamente, sta nel carattere sostanzialmente illimitato dei “poteri di coercizione reale” del giudice penale, che gli consentono “di ordinare il sequestro d'ogni cosa pertinente al reato: non occorre altro per dimostrare l'irrilevanza della provenienza illecita del documento”³⁸.

Questo ragionamento a me pare corretto in termini strettamente formali, ma carente della verifica di costituzionalità che lo stesso Cordero considera necessaria se vengono in gioco precetti costituzionali (v. sopra). Ad ogni buon conto, è di tutta evidenza che esso non può essere trasposto al processo civile³⁹, perché il giudice civile non è dotato di alcun potere coercitivo d'ufficio che gli permetta acquisire una prova di propria iniziativa, depurandola, così, dalle illiceità che taluno può aver commesso per procurarsela.

Nel processo civile, ispirato com'è all'opposto principio dispositivo, è la parte che, se lo vuole, può chiedere ex art. 210 c.p.c. l'esibizione del documento di cui non è in possesso⁴⁰. Orbene, da questa radicale differenza strutturale tra rito civile e rito penale, in realtà non

processualpenalistica, v. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità <<assoluta>> delle prove <<incostituzionali>>*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 30.

³⁶ CORDERO, *op. ult. cit.*, 150.

³⁷ CORDERO, *op. ult. cit.*, i virgolettati sono tratti da 154.

³⁸ CORDERO, *op. ult. cit.*, 156.

³⁹ Ne conviene, in pratica, anche lo stesso CORDERO, *op. ult. cit.*, 157.

⁴⁰ Su questo fondamentale strumento istruttorio, ancora non compiutamente valorizzato nel nostro ordinamento giuridico, sia consentito il rinvio a GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, *passim*.

discende solo l'ostacolo a trasporre la ricostruzione qui in esame in ambito civilistico, ma anche un ulteriore decisivo argomento in favore dell'inutilizzabilità di prove illecite esoprocessuali entrate illegalmente in possesso del soggetto vi ricorre nel processo, giacché se esiste uno specifico strumento processuale attraverso cui la parte può procurarsi lecitamente quelle medesime prove, è del tutto evidente che essa è tenuta a servirsene e che l'eventuale produzione in giudizio di prove ottenute con altri mezzi illegali, risulta illecita, non solo a monte a cagione della trasgressione di norme sostanziali (spesso penali), ma anche a valle all'interno del processo, perché è sicuramente elusa (*id est* violata) la disciplina dell'esibizione istruttoria contenuta negli artt. 210 ss. c.p.c.⁴¹

In sostanza, a ben vedere, quando un soggetto si impossessa di una prova in modo illegale e poi la produce in giudizio, l'illiceità che colpisce quella prova è di matrice anche processuale - avendo egli contravvenuto al dovere di servirsi dell'esibizione istruttoria - per cui, come tale, va sanzionata al pari di qualunque altra invalidità processuale, non potendosi nemmeno più sostenere che le prove illecite sono ammissibili perché nella sfera chiusa del processo (v. sopra) non vi è alcuna disposizione che espressamente le vieti⁴².

D'altra parte, come già osservava Carnelutti ancora sotto la vigenza del Codice del 1865, e perciò prima che venisse introdotto l'attuale art. 210 c.p.c., ad un soggetto non può essere concesso di assicurarsi, tramite il compimento di un atto illecito (cioè la illegale sottrazione della prova), maggiori benefici giuridici (cioè l'utilizzo in causa della prova) di quelli che gli sarebbero consentiti, facendo ricorso ai mezzi legali (cioè la richiesta al giudice di un ordine di esibizione)⁴³, e ciò *a fortiori*, viene da dire, se quelle illiceità dipendono, anche, dalla violazione di precetti costituzionali.

⁴¹ Che poi questo mezzo istruttorio sia assoggettato dalla legge a precisi limiti di ammissibilità (su cui v. ancora GRAZIOSI, *op. ult. cit.*, 99 ss.), i quali potrebbero impedire l'acquisizione di prove che invece la parte potrebbe procurarsi illecitamente, non vale, ovviamente, a rendere ammissibile l'utilizzazione in giudizio di tali prove, in quanto risulterebbero ugualmente contravvenuti i suddetti limiti di ammissibilità dell'esibizione istruttoria. Dunque, semmai, si può porre un problema normativo in relazione all'eccessiva ristrettezza di quei limiti, non certo superabile, però, consentendo alla parte di utilizzare in giudizio una prova che si è procurata illecitamente, in quanto non passibile di un rituale ordine di esibizione. Più delicata, invece, è la questione della non coercibilità nel nostro sistema processuale dell'ordine di esibizione impartito dal giudice civile. Questa è indubbiamente una carenza importante che andrebbe urgentemente colmata (come già mi sono sforzato di dimostrare, suggerendo anche talune soluzioni interpretative, v. nuovamente GRAZIOSI, *op. ult. cit.*, 195 ss.), ma che, anche qui, non può ovviamente valere a legittimare il compimento di atti illeciti per procurarsi una prova di cui non si ha la disponibilità. L'uso della forza è infatti nel monopolio esclusivo dello Stato e certo non può essere surrogato da atti privati, compiuti in violazione di precise norme di legge.

⁴² Questa, come si è visto, è la tesi sostenuta dagli Autori che affermano l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile, v. sopra nota 35.

⁴³ CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II, 63; analoga opinione fu manifestata dal grande Maestro anche dopo l'entrata in vigore del c.p.c. del 1942, in ID, *Ancora sulla inefficacia dei documenti dolosamente sottratti*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 337; *contra* CARRARO, *Il diritto sul documento*, 1941, 160-162.

Direi dunque, in definitiva, che per ciò che concerne le prove illecite esoprocessuali che mutuano la l'illiceità dal modo in cui la parte se le è procurate, non si possa dire che vi siano argomenti sufficienti a mettere in discussione la conclusione, cui sopra si è pervenuti, della loro assoluta inutilizzabilità. Anzi, come si è visto, la presenza nel vigente c.p.c. di un dispositivo istruttorio come l'ordine di esibizione rende ancora più sicura e normativamente doverosa tale conclusione.

Passiamo ora alle prove illecite esoprocessuali, che invece mutuano la loro illiceità dal modo in cui si sono formate (v. sopra n. 2). Qui il fulcro del ragionamento del Cordero, per ammetterne una generalizzata utilizzabilità nel processo penale, parrebbe risiedere nella supposta reciproca impermeabilità tra il mondo del diritto sostanziale, regolato da una molteplicità di norme che possono essere civili, penali o costituzionali, ed il fenomeno processuale. Lo stesso identico accadimento potrebbe dunque essere illecito nel primo ambito e lecito nel secondo, sicché si afferma che “la diagnosi d'ammissibilità delle prove trova il proprio criterio esclusivo nelle regole del processo”⁴⁴ e perciò “l'inammissibilità si deduce da limiti intrinseci al processo, sia pure non esplicitamente previsti ma ricostruibili in sede interpretativa”⁴⁵. In altri termini, secondo tale impostazione una prova, anche se frutto di condotte illecite in quanto contrarie a norme di diritto sostanziale, sarebbe sempre utilizzabile nel processo (*id est* ammissibile), salvo che nella disciplina processuale non si rinvenga una esplicita od implicita regola di esclusione⁴⁶.

A me pare che un simile modo di ragionare, nel processo civile conduca a risultati sistematicamente incoerenti, contraddittori e financo un po' paradossali. Di ciò ci si avvede immediatamente se solo si considera, ad esempio, quanto possa essere contraddittorio che una prova prodotta dopo che sono maturate delle “semplici” preclusioni istruttorie è sicuramente inutilizzabile, mentre, secondo la tesi qui criticata, sarebbe pienamente ammissibile quella formata a mezzo di attività costituenti reato e/o gravemente lesive di inviolabili diritti di libertà di rango costituzionale. Le norme che regolano nel dettaglio lo svolgimento del processo, come quelle sulle preclusioni, sono espressione, perlopiù, di esigenze ed opzioni tecniche, variabili nel tempo e nello spazio, mentre le norme penali e ancor più quelle costituzionali che proteggono diritti di libertà sono poste a tutela di beni giuridici primari e valori fondanti del nostro ordinamento, pertanto è manifesta l'incoerenza sistematica di una

⁴⁴ CORDERO, *op. cit.*, 156.

⁴⁵ CORDERO, *op. cit.*, 162.

⁴⁶ In realtà, a sostegno dell'utilizzabilità di questo genere di prove Cordero si appella anche al generale potere di coercizione reale del giudice penale (*op. ult. cit.*, 160), vale peraltro anche qui quanto già osservato in relazione alle prove che la parte si sia procurata illecitamente, ossia che questo argomento non è trasponibile dal processo penale al processo civile (v. sopra).

ricostruzione che, nel processo, riconnetta alla violazione delle prime conseguenze giuridiche più gravi di quelle che derivano dalla violazione (anche solo indiretta) delle seconde. Incoerenza che, a mio avviso, non viene certo superata postulando in astratto la separatezza del fenomeno processuale dal resto dell'ordinamento giuridico, poiché di un siffatto postulato non si trova riscontro alcuno nel sistema di diritto positivo, né, per la verità, appare razionalmente giustificabile visto che i precetti penali e costituzionali, per il rilievo degli interessi protetti, dovrebbero godere, al contrario, della più ampia ed incondizionata imperatività e latitudine applicativa.

Ma l'argomento veramente decisivo per confutare la tesi della libera utilizzabilità delle prove formatesi illegittimamente fuori dal processo si ricava, più ancora che da questa palese distonia logica e sistematica, dalla precisa formulazione letterale dei precetti costituzionali che vengono in questione, ed in particolare dalla lettera dell'art. 15 Cost.

Sia gli artt. 13 e 14 che soprattutto l'art. 15 Cost. qualificano espressamente le libertà ed i diritti ivi protetti come "inviolabili", ed in specie l'art. 15 definisce inviolabile "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione", stabilendo che "La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dall'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge".

Ebbene, in presenza di una prescrizione così esplicita e tassativa riesce davvero difficile pensare che nell'ambito del processo civile possa essere tollerata la violazione di quelle libertà, consentendo, ad esempio, l'uso di una intercettazione ambientale o telefonica abusiva, quando sia incontestabile che essa è stata raccolta ledendo il diritto inviolabile alla "segretezza" di queste "forme[a] di comunicazione", espressamente protetto dall'art. 15 Cost. L'inviolabilità sancita dagli artt. 13,14,15 Cost. in realtà non è affatto un paradigma "della normazione attuata in sede legislativa", come genericamente vorrebbe il Cordero (v. sopra), ma è un precetto cogente, al quale il fenomeno e la disciplina processuale non possono essere impermeabili, né insensibili recependo in seno al materiale istruttorio su cui basare il giudizio di fatto il frutto di attività che violano apertamente quei medesimi precetti costituzionali. Se così non fosse, se cioè il legislatore potesse a sua discrezione stabilire se, in che misura ed in quali ambiti del diritto opera l'inviolabilità stabilita da norme costituzionali, i diritti e le libertà ivi tutelati non sarebbero realmente inviolabili come invece la Costituzione vuole siano.

E perciò se si vuole che le libertà ed i diritti tutelati dall'art. 15 Cost. (così come anche dagli artt. 13 e 14 Cost.) siano effettivamente inviolabili, come la norma sancisce solennemente che siano, il processo non può divenire, in virtù di una sua supposta refrattarietà all'efficacia di

norme non processuali, lo strumento ed il luogo di legittimazione *a posteriori* di condotte contrarie a quel precetto costituzionale, svoltesi fuori dall'agone processuale allo scopo di formare un mezzo di prova⁴⁷.

In definitiva, per le ragioni sin qui esposte, mi pare che nemmeno con riguardo alle prove illecite esoprocessuali che mutuano l'illiceità dal modo in cui si sono formate, le tesi del Cordero siano sufficienti a superare la conclusione della loro inutilizzabilità nel processo civile cui, come sopra si è visto, si perviene immancabilmente se solo ci si pone nell'ottica di alcuni dei valori fondanti su cui è costruito il nostro sistema costituzionale, il quale, non va dimenticato, mette al centro della tutela giuridica la persona ed i suoi diritti fondamentali⁴⁸.

7. Accertamento della verità e prove illecite. Conclusioni. - Giunti a questo punto ci si deve chiedere, infine, se nell'ambito del processo civile l'inutilizzabilità delle prove illecite sia assoluta, o se invece debba subire dei temperamenti, posto che anche le prove illecite possono concorrere, talora in maniera decisiva, all'accertamento della verità e quindi al perseguimento di una finalità anch'essa di rango costituzionale. Non a caso, è proprio la preoccupazione di non compromettere la possibilità di un effettivo accertamento della verità processuale a spingere la giurisprudenza, e spesso la prassi giudiziaria, a mostrarsi - anche implicitamente - troppo permissive verso l'uso di prove illecite nel processo civile.

Che la vocazione del processo al pieno accertamento della verità dei fatti controversi sia uno dei presupposti imprescindibili su cui deve essere incardinato l'esercizio (proficuo) della funzione giurisdizionale, e che quindi il suo conseguimento sia implicitamente incluso nella garanzia del giusto processo sancita dall'art. 111, comma 1°, cost., è senz'altro vero, ma è

⁴⁷ Di quest'ultimo assunto, in fondo, sembra ben consapevole anche lo stesso Cordero, il quale, quando si trova a dover vagliare l'utilizzabilità della confessione o della testimonianza estorte con l'uso di mezzi di coercizione, vale a dire di prove formatesi fuori dal processo con l'uso di violenza fisica o morale, e cioè con mezzi gravemente lesivi di uno dei più basilari diritti della personalità, non esita a concludere che esse sono "irrelevanti e quindi tali da non poter essere valutate, nemmeno se trovassero conferma in ulteriori acquisizioni" (CORDERO, *op. ult. cit.*, 167). Egli afferma, invero, che queste prove sarebbero inutilizzabili, non tanto perché il legislatore "riprova il ricorso a mezzi violenti, quanto [perché] ne ha postulato l'assenza nel costruire la fattispecie dei due atti processuali"; a me pare, tuttavia, che questo sia più che altro un artificio dialettico - posto che lo stesso argomento si potrebbe tranquillamente estendere anche a tutte le altre prove formatesi fuori dal processo in violazione di diritti della personalità, e perciò, di per sé, non prova nulla di specifico con riguardo alla fattispecie in discorso - il quale, a ben a ben vedere, non solo porta a conclusioni totalmente distoniche rispetto alle premesse concettuali su cui il Cordero ha costruito tutto il suo precedente ragionamento (e cioè l'impermeabilità del processo rispetto agli illeciti compiuti fuori da esso), ma sembra in realtà dettato dalla chiara consapevolezza che quelle stesse premesse, all'atto pratico, possono condurre a conseguenze eccentriche e fortemente limitative di alcuni dei più basilari diritti di libertà.

⁴⁸ BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, pp. 122-123; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 366-373; PACE, *Rapporti civili, artt. 13-20*, in *Comm. Cost.* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, pp. 109-103.

altrettanto vero, come in altra sede ho cercato di rimarcare⁴⁹, che nel processo civile italiano la ricerca della verità non ha valore assoluto, poiché la conformazione stessa del procedimento giurisdizionale (qualunque esso sia) esige che la sua realizzazione sia temperata, e bilanciata, con altri valori altrettanto incompressibili o con semplici esigenze tecniche cui il legislatore può scegliere di dare la priorità. Il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice sancito dall'art. 97 disp. att. c.p.c., il principio dispositivo, nei termini in cui è configurato dall'art. 115 c.p.c. ("il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti"), la rigida scansione temporale delle preclusioni istruttorie, il sistema delle prove legali, la regola di giudizio fondata sull'onere della prova, il principio di non contestazione, oggi anch'esso codificato dall'art. 115 c.p.c., sono solo alcuni⁵⁰ dei connotati tipici (ed in parte ineliminabili) di ogni processo che, come noto (e come meglio ho già cercato di evidenziare⁵¹), implicano necessariamente dei potenziali (spesso non trascurabili) limiti alla possibilità di un effettivo accertamento della verità, ma la cui presenza nel processo serve (sovente è indispensabile) ad assicurare che esso si svolga nel rispetto di altri essenziali canoni processuali, non meno importanti di quello del compiuto accertamento della verità. E' infatti evidente che se al giudice è preclusa la possibilità di utilizzare le informazioni che gli provengono dalla sua scienza privata, le prove che le parti non hanno spontaneamente prodotto, le prove prodotte solo dopo che sono scattate preclusioni istruttorie, le prove che contrastano con una prova legale, l'attività di ricerca della verità può risultarne menomata (anche gravemente), poiché non si sono impiegati tutti i mezzi istruttori disponibili; e così pure, l'accertamento della verità è tutt'altro che effettivo, quando si basa sulla mera non contestazione di un fatto o soltanto sul mancato assolvimento dell'onere della prova da parte colui che vi era tenuto⁵². Ciò nondimeno tali limitazioni, come si è detto, non solo vengono tollerate ma addirittura sono connaturate al processo, poiché nella dinamica processuale la ricerca della verità non è, né potrebbe essere, totalmente libera, essendo condizionata al suo essere compatibile e bilanciata con altri imprescindibili principi processuali od opzioni tecniche che il legislatore ritenga di adottare.

Certo, il punto di equilibrio tra principio del pieno perseguimento della verità attraverso tutti i mezzi di prova disponibili⁵³, e le altre garanzie fondamentali che in ogni procedimento

⁴⁹ GRAZIOSI, *Usi e abusi*, cit., 694 ss.

⁵⁰ Ma si pensi anche, ad esempio, alla sentenza passata in giudicato e basata su una prova giudicata falsa o su un documento rinvenuto successivamente, contro la quale la parte interessata non abbia proposto revocazione straordinaria ex art. 395 nn. 2 e 3 c.p.c.

⁵¹ GRAZIOSI, *op. ult. cit.*, 696 ss.

⁵² Per tutti, VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, *passim*.

⁵³ Esigenza, quest'ultima, da cui origina l'intera ricostruzione della garanzia processuale del cd. diritto alla prova - quale corollario imprescindibile del diritto di difesa scolpito nell'art. 24, comma 2, cost. - formatasi

giurisdizionale devono inevitabilmente trovare riconoscimento, quali quelle della terzietà ed imparzialità del giudice (da cui discende, ad esempio, il principio dispositivo ed il divieto di utilizzazione della scienza privata del giudice) o quella della piena realizzazione del contraddittorio (anche nella formazione delle prove), può variare nel tempo e nello spazio a seconda delle scelte tecniche e di valore compiute a livello legislativo, ma qualunque sia la soluzione di volta in volta adottata, è strutturalmente ineluttabile che a causa di tale (necessario) bilanciamento possa prodursi uno iato tra la cd. verità processuale, posta a fondamento della decisione, e quella empirica⁵⁴. Questo ovviamente non succede sempre, ed anzi va ridotta al minimo la possibilità che accada, ma deve essere chiaro che è insito nella struttura stessa del processo giurisdizionale il fatto che l'attività di ricerca della verità ivi svolta (l'istruttoria) possa (*recte* debba) talvolta subire dei condizionamenti dovuti all'esigenza di essere temperata con altri imprescindibili requisiti funzionali della giurisdizione, cosicché la vocazione del processo al pieno ed effettivo accertamento della verità, pur basilare, in realtà non ha valenza assoluta ed incompressibile, ma è concepita come un valore tendenziale, il cui perseguimento può, a determinate condizioni fissate dalla legge, subire alcune compressioni.

Queste elementari considerazioni sulla struttura del processo civile mostrano anzitutto che la preoccupazione di non compromettere il pieno accertamento processuale del verità, così presente nelle giurisprudenza e nella prassi giudiziaria, non può, da sola, giustificare un'indiscriminata apertura all'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile, poiché essa, ad una più attenta analisi, non si rivela fondata su basi razionali, ma più che altro sulla suggestione che nel processo civile la ricerca della verità abbia (*recte* debba avere) sempre valenza assoluta e prioritaria. All'opposto, la tensione del processo verso il vero è certamente uno dei valori fondanti della giurisdizione (art. 111 Cost.), ma nel contesto giudiziale, come si è visto, assume inevitabilmente una dimensione relativa⁵⁵, sicché invocarne aprioristicamente

progressivamente negli ultimi decenni nella giurisprudenza della Corte costituzionale; per un lucido e ragionato *excursus* in questa giurisprudenza, v. PROTO PISANI, *Chiose sul diritto alla prova nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto processuale civile e corte costituzionale a cura di E. Fazzalari*, Napoli, 2006, 361 ss.; di recente, v. Corte cost. 6 luglio 2006, n. 266, in *Giur. cost.*, 2006, 2788 ss., la quale, in ossequio al suddetto principio, dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 235, comma 1°, n. 3 c.c., nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordinava l'esame delle prove tecniche, da cui risulta che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

⁵⁴ Per questo motivo, CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, rist. 1992, 27 ss., in proposito parlava efficacemente, e giustamente, di "fissazione formale del fatto controverso", e non di accertamento, della "verità vera" nel processo; espressioni di recente criticate, con argomenti a mio avviso piuttosto sfuggenti, da TARUFFO, *Carnelutti e la teoria della prova*, in *Riv. trim.*, 2016, 399 ss.

⁵⁵ V. per tutti, nella nostra dottrina classica, il celebre saggio di CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 105 ss., il quale notava che le numerose restrizioni che l'indagine istruttoria del giudice

l'importanza per connettervi un'indiscriminata utilizzabilità delle prove illecite è un modo di trattare il problema più suggestivo che non rigorosamente ancorato alla logica processuale.

Chiarito l'errore (o perlomeno l'ingenuità) concettuale delle posizioni che fanno leva sul solo assioma (*recte* la suggestione) del pieno accertamento della verità nel processo⁵⁶, io credo che più realisticamente ci si debba domandare se anche la violazione di un diritto di libertà compiuta per formare o per procurarsi una prova possa essere causa di un possibile scarto tra la verità cd. processuale e quella empirica. Si è visto sopra che l'utilizzazione di una prova illecita implica nel processo una sorta di implicita legittimazione *a posteriori* degli atti illeciti compiuti per formarla o per procurarsela, si è notato inoltre che anche le prove illecite possono concorrere (o essere indispensabili) all'effettivo accertamento della verità, dunque, per porsi correttamente il problema della loro utilizzabilità nella prospettiva qui in esame, credo sia necessario chiedersi se nel processo debba prevalere la protezione dei diritti di libertà, la cui violazione verrebbe ivi legittimata se si ammettesse l'uso delle prove illecite, o il principio del pieno ed effettivo accertamento della verità nel processo.

Tale quesito, però, per essere correttamente affrontato sul piano logico giuridico, richiede di muovere razionalmente dalla precisa consapevolezza che la struttura del nostro processo civile (così come di qualsiasi altro processo) è tale per cui l'accertamento della verità non avviene (ne potrebbe avvenire) in modo libero ed incondizionato, ma è assoggettato, già ora, ad una serie di limitazioni imposte dall'esigenza di attuare altre imprescindibili garanzie processuali.

Impostato il problema in questi termini concettuali, io credo che se per assicurare l'effettività di alcune fondamentali garanzie difensive, o anche di semplici scelte tecniche contingenti, nel processo si ammette l'astratta possibilità che possano verificarsi delle costrizioni, più o meno consistenti, all'attività di ricerca della verità, lo stesso debba valere, *a fortiori*, anche per eventuali violazioni di diritti fondamentali di libertà compiute a monte del processo al fine procurarsi o formare una prova. Se è insito nelle logica stessa del procedimento giudiziario che possa esservi una divaricazione tra verità processuale e verità empirica quando è necessario dare attuazione ad istanze di rango costituzionale coesistenti all'esercizio della giurisdizione, o anche solo a scelte tecniche, quali possono essere quelle di prevedere rigide preclusioni istruttorie, quella stessa logica non può non valere anche quando si tratta di

subisce "danno agli accertamenti di fatto che esso compie un dichiarato carattere di *relatività*, che non è con altrettanta sincerità confessato nelle conclusioni dello storico" (p. 113).

⁵⁶ D'altronde, lo stesso TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim.*, 2012, 1117 ss., pur essendo tra i più strenui sostenitori dell'idea che il processo deve essere massimamente finalizzato al pieno accertamento della verità, la quale va dunque ricercata con tutti i mezzi disponibili, non esita a riconoscere che "la verità che si consegue nel contesto del processo, non essendo assoluta, è relativa". (p. 1131).

valutare l'ammissibilità di prove illecite che, se utilizzate, legittimerebbero *a posteriori* la violazione nel processo di diritti libertà che, invece, la nostra Costituzione esige siano inviolabili (artt. 13,14,15 Cost.).

In altri termini, laddove l'ordinamento tolleri (come in effetti tollera) il rischio di un non perfetto accertamento della verità laddove si debba contemperare il proficuo svolgimento dell'attività istruttoria con altre esigenze connaturate alla struttura medesima del processo, analoga tolleranza credo sia razionalmente giustificata anche se vengono in gioco diritti di libertà che la nostra Costituzione qualifica espressamente come "inviolabili".

Se non erro, l'unico modo per sottrarsi a questa conclusione, che a me pare ineludibile, è di ritenere, come fa il Cordero, che il fenomeno processuale stia in una sfera giuridica a sé del tutto estranea all'efficacia di norme non processuali e che perciò, al suo interno, siano prive di conseguenze giuridiche le violazioni di norme sostanziali. Ma questa tesi, come già si è visto, non può essere accolta, né in termini generali, né tantomeno quando le norme extra processuali di cui si pretenderebbe la disapplicazione sono norme penali o addirittura precetti costituzionali posti a tutela di diritti fondamentali della persona (v. sopra n. 6).

In definitiva, dunque, a me pare che anche laddove si ragioni nell'ottica di un doveroso bilanciamento tra contrapposte istanze costituzionali, tra l'esigenza che il processo tenda al pieno ed effettivo accertamento della verità e quella di garantire l'inviolabilità dei diritti di libertà di rango costituzionale che siano stati lesi per formare o per procurarsi una prova, debba senz'altro prevalere quest'ultima, perché nel processo civile l'accertamento della verità si atteggia come un valore il cui perseguimento è costituzionalmente doveroso, ma in termini solo tendenziali, mentre i diritti di libertà, la cui violazione verrebbe legittimata utilizzando le prove illecite, esigono, in quanto tali, ed in quanto inviolabili per espressa volontà della nostra Costituzione, una tutela piena ed assoluta sia fuori che dentro il processo⁵⁷.

Né può rilevare che quelle medesime violazioni vengano in effetti sanzionate al di fuori del processo dalle norme (sostanziali) che ne prevedono l'illiceità⁵⁸, poiché, com'è evidente, questo non è sufficiente a preservare l'inviolabilità, anche processuale, dei diritti lesi né, invero, potrebbe considerarsi "giusto" (art. 111, comma 1°, cost.) un processo che tolleri una così vistosa attenuazione nella tutela di diritti fondamentali della persona.

Orbene, giunti al termine di queste mie riflessioni, confido di aver corroborato con ulteriori e più approfonditi argomenti, e forse perfino dimostrato, la conclusione cui ero già pervenuto in

⁵⁷ A conclusioni non dissimili giunge anche DALFINO, *Illegally obtained evidence and the myth of judicial truth in the italian system*, in corso di pubblicazione negli Scritti in onore di Andres de la Oliva Santos, che ho potuto leggere, poco prima della pubblicazione di questo saggio, grazie alla cortesia dell'Autore.

⁵⁸ Questa, come si ricorderà, è la tesi di coloro che, nell'ambito del processo civile, sostengono l'ammissibilità delle prove illecite esoprocessuali; v. sopra nota 35.

precedenza⁵⁹, ovvero sia che le prove illecite, nella nozione e con i distinguo sopra evidenziati, non possono mai avere ingresso nel processo civile⁶⁰. Che poi l'inquadramento giuridico del fenomeno debba avvenire in termini di inutilizzabilità della prova, come a me pare preferibile, oppure di nullità/inammissibilità degli atti che ne hanno determinato l'acquisizione processuale (ovvero la produzione in giudizio del documento di provenienza o formazione illecita⁶¹), come avviene con riguardo alle prove illecite endoprocessuali, fa poca differenza, poiché, come si è visto sopra, le categorie dell'inutilizzabilità della prova e della inammissibilità/nullità degli atti (istruttori) che la fanno penetrare nel processo riguardano lo stesso identico fenomeno, seppure in una diversa prospettiva, e sono l'una complementare all'altra⁶².

8. *Il recente caso della cd. lista Falciani.* – In precedenza ho cercato di illustrare le ragioni per le quali, a mio avviso, la risposta che la giurisprudenza si accontenta di fornire al nostro problema nell'ambito del processo civile è ancora insoddisfacente e poco condivisibile (v. sopra n. 4). Ora che ho chiarito, e (con una puntina di presunzione) credo motivato, perché dal mio punto di vista le prove illecite non dovrebbero mai essere utilizzate dal giudice civile, penso sia utile, a conclusione di questa indagine, richiamare l'attenzione sull'interessante evoluzione giurisprudenziale che si è avuta nella pronuncia del Supremo collegio che ha deciso sul caso, notissimo alle cronache giudiziarie, e non solo, della cd. "lista Falciani".

Come forse si ricorderà, Falciani era un funzionario di una nota banca svizzera che, utilizzando abusivamente le proprie credenziali, aveva scaricato dagli archivi informatici dell'Istituto una quantità enorme di dati, dai quali emergeva che i capitali depositati in quella banca da migliaia di correntisti (anche italiani) erano stati occultati al fisco di numerosi Paesi, europei ed extraeuropei. Alle amministrazioni finanziarie di molti dei Paesi coinvolti, quelle informazioni, decisive per dimostrare l'evasione fiscale, furono perfino venduti, mentre alle autorità tributarie italiane furono trasmesse per vie istituzionali dalla Francia in forza della direttiva europea n. 77/99 e della Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni stipulata da Francia e Italia nel 1989. Nel nostro Paese è poi accaduto che nel giudizio

⁵⁹ GRAZIOSI, *Usi e abusi*, cit., 693.

⁶⁰ Ciò naturalmente non implica che tale conclusione sia automaticamente trasponibile anche al processo penale, poiché in quella sede se la prova illecita è indispensabile per dimostrare l'innocenza del reo, l'esigenza primaria di evitare una condanna ingiusta, e la pena detentiva che ne conseguirebbe, potrebbe certo giustificare conclusioni meno rigorose, nell'ottica, tra l'altro, dell'art. 533, comma 1°, c.p.p., ove è prescritto che l'imputato, per essere condannato, deve risultare colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio". Questo tema meriterebbe peraltro ben altri approfondimenti, che esulano però dai confini di questa indagine.

⁶¹ V. sopra n. 4.

⁶² V. sopra n. 2.

tributario promosso da due contribuenti contro cui erano stati utilizzati i dati (*id est* le prove) provenienti dalla lista Falciani, la Commissione provinciale tributaria di Como, in primo grado, e la Commissione tributaria regionale della Lombardia, in secondo grado, hanno dichiarato inutilizzabili quelle prove, annullando quindi gli accertamenti fiscali impugnati. All'opposto, il Supremo collegio, con la pronuncia ora in esame⁶³, ha dichiarato utilizzabili, in sede tributaria, le prove provenienti dalla cd. Lista Falciani e cassato, con rinvio, la sentenza impugnata.

Ebbene, benché questa pronuncia abbia ritenuto utilizzabili le prove illecite di cui si disquisiva, merita di essere segnalato il ragionamento seguito in motivazione per giungere a detta conclusione, poiché, contrariamente a quanto potrebbe apparire, l'impostazione di fondo è ampiamente collimante con quanto si è qui sostenuto.

Tra i vari snodi argomentativi di cui si compone detta motivazione due in particolare mi paiono qui degni di nota.

La Corte esclude anzitutto che la liceità di quelle prove possa essere desunta semplicemente, come pure avrebbe voluto l'Agenzia delle Entrate, dalla circostanza che quest'ultima fosse entrata in possesso della lista Falciani legittimante (come detto le autorità italiane l'avevano ricevuta ritualmente in base ad una direttiva comunitaria e ad una Convezione bilaterale tra Italia e Francia), poiché, nota la Corte, l'illecito commesso da un terzo, a monte, per procurarsi una prova non viene certamente "purgato" dalle modalità lecite con cui, in un secondo momento, ne viene in possesso la parte che la produce in giudizio. Questo primo passaggio argomentativo a me sembra particolarmente importante, perché dimostra che nella logica della suprema Corte un illecito commesso fuori dal processo, perfino da un terzo, è in grado di riverberare i suoi effetti illeciti all'interno di esso, senza che possa invocarsi una presunta estraneità del fenomeno processuale all'efficacia delle norme sostanziali, come invece è sostenuto dal Cordero (n. 6) e dagli Autori che, in ambito processualcivilistico, ammettono l'utilizzabilità delle prove illecite.

In secondo luogo la Corte - dopo aver affermato che l'inutilizzabilità di una prova disposta in sede penale non si riflette nel rito tributario⁶⁴ - per giungere ad affermare che le prove contenute nella lista Falciani sono utilizzabili nel processo tributario osserva che il segreto bancario cui sono tenuti gli istituti di credito, e violato da Falciani divulgando i dati relativi ai

⁶³ Si tratta di Cass. 28 febbraio 2015, n. 8605, in *Giur. it.*, 2015, 1610 ss., con nota di BESSO, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo* e di TURCHI, *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani*.

⁶⁴ Va qui rammentato, infatti, che nel procedimento penale pendente contro quei medesimi contribuenti infedeli il G.I.P. di Pinerolo aveva decretato la distruzione ex art. 240 c.p.p. delle risultanze istruttorie derivanti dalla lista Falciani.

conti correnti cui aveva accesso, non è una garanzia posta a tutela di un diritto di rango costituzionale, quale è quello alla riservatezza, ma trae origine “da una norma consuetudinaria” in forza della quale “la sfera di riservatezza relativa alle attività che gravitano attorno ai servizi bancari è essenzialmente correlata all’obiettivo della sicurezza e al buon andamento dei traffici commerciali”. Più nello specifico la Corte, facendo proprio quanto già aveva affermato la Consulta in un’importante sentenza di alcuni anni fa⁶⁵, rileva che “il dovere di riserbo cui sono tradizionalmente tenute le imprese bancarie in relazione alle operazioni, ai conti, e alle posizioni concernenti gli utenti dei servizi da esse erogati ... non corrisponde nei singoli clienti delle banche una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta, né, men che meno, un diritto della personalità, poiché la sfera di riservatezza con la quale vengono tradizionalmente i conti e le operazioni degli utenti dei servizi bancari è direttamente strumentale all’obbiettivo della sicurezza e del buon andamento dei traffici commerciali”. In altri termini, dunque, secondo la Corte, Falciani non ha violato alcun precetto costituzionale né alcun diritto della personalità, sicché, per questa ragione (e solo per questa), le prove che egli si è procurato illecitamente possono essere utilizzate nel giudizio tributario, dovendosi ritenere prevalente l’interesse a perseguire, tramite il pieno accertamento dei fatti, l’evasione fiscale che è “ipotesi di particolare gravità, per il semplice fatto che rappresenta (...) la rottura del vincolo di lealtà minimale che lega fra loro i cittadini e comporta, quindi, la violazione di uno dei doveri inderogabili di solidarietà sui quali, ai sensi dell’art. 2 Cost., si fonda una convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e di giustizia sociale”.

Insomma, nel ragionamento della Corte se quelle prove illecite sono utilizzabili, non è perché il processo è insensibile agli illeciti commessi fuori da esso⁶⁶, e nemmeno perché la produzione di una prova documentale è esentata da qualsiasi vaglio processuale di ammissibilità⁶⁷, ma è perché, nel caso di specie, non è stato violato alcun diritto di libertà per entrarne in possesso, cosicché, *a contrario*, se ne deve senz’altro dedurre che se un diritto di libertà fosse stato violato per formare o per procurarsi quelle prove, esse sarebbero certamente inutilizzabili.

Ebbene, un’impostazione di questo genere, che postuli l’inviolabilità assoluta dei diritti di libertà anche nel processo e, solo a questa condizione, declini anche un equo bilanciamento

⁶⁵ Corte cost. 18 febbraio 1992, n. 51, in *Foro it.*, 1992, I, 1038, con nota di AMOROSO, *Segreto bancario ed accertamenti tributari*.

⁶⁶ Sopra n. 6.

⁶⁷ Questa, come si ricorderà, è in sostanza la ragione che, insieme alla presunta estraneità al rito civile della categoria dell’inutilizzabilità della prova, induce la giurisprudenza ad ammettere un’indiscriminata utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile (v. sopra n. 4).

tra i vari interessi che vengono in gioco per stabilire se una prova illecita sia o meno utilizzabile dal giudice presenta, com'è evidente, notevoli punti di convergenza con quanto qui sostenuto e perciò mi pare in larga misura condivisibile.

Vi è pertanto da sperare che il supremo Collegio si orienti in questa stessa direzione anche con riguardo al processo civile, affermando anche lì: sia che le prove contrastanti con i diritti di libertà protetti dalla nostra Costituzione non possono mai essere utilizzate, sia che la valutazione di ammissibilità delle prove illecite esenti da tali profili di incostituzionalità va compiuta cercando di conseguire il miglior temperamento possibile tra i diversi valori che, nel processo, richiedono di essere contemporaneamente riconosciuti ed attuati⁶⁸.

⁶⁸ In senso sostanzialmente conforme v. anche BESSO, *op. ult. loc. cit.*