

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

Le prove illecite: il problema della loro utilizzabilità nel processo civile

di Nicoletta Minafra

1. Premessa

Poco meno di due anni fa, la Sesta sezione della Suprema Corte (Cass. - ord. - 8 novembre 2016, n. 22677) si è espressa sulla delicata questione relativa all'utilizzabilità delle prove di origine illecita nel processo civile. Nella specie, nel corso di un giudizio di separazione, uno dei coniugi aveva prodotto in giudizio *files* audio, con relativa traduzione giurata, già di proprietà dell'altro coniuge ritenuta utile al fine di decidere in ordine all'affidamento dei figli.

La Cassazione ha stabilito che, pur in assenza di una norma nel codice di rito civile della stessa portata dell'art. 191 c.p.p., che sanziona con l'inutilizzabilità le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge, il materiale probatorio sottratto in maniera fraudolenta alla controparte che ne era in possesso non può in ogni caso essere utilizzato nel processo civile.

2. Inquadramento del problema

La rilevanza del tema delle prove illecite e della eventuale utilizzazione nel processo si coglie nella loro potenziale idoneità ad accertare i fatti di causa al pari di quelle lecite, poiché illiceità non implica necessariamente inattendibilità della prova stessa. Infatti, non è affatto detto che dalla illiceità derivi automaticamente l'inidoneità del mezzo istruttorio a provare i fatti oggetto della controversia (L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017). Se l'indebita attività mirasse proprio a costituire una prova falsa, nessuno dubita che quest'ultima potrebbe essere estromessa dal materiale probatorio utile per la decisione. Tale conseguenza, però, non dipenderebbe dall'eventuale previsione di appositi divieti probatori e dalle regole di esclusione, bensì proprio dalla inidoneità del mezzo di prova a condurre all'accertamento pieno dei fatti.

Parte della dottrina, pertanto, ne afferma la generale ammissibilità in giudizio anche se ciò porti a legittimare la violazione della legge al fine di reperire la prova. Altra parte della dottrina si è posta il quesito se sia giusto ammettere e, quindi, utilizzare qualsiasi mezzo di prova solo perché rilevante e attendibile, indipendentemente dal modo in cui è stato ottenuto o si è formato. Se, cioè, l'esigenza di perseguire la c.d. "verità materiale" sia destinata sempre e comunque a prevalere su qualsiasi altro valore anche confliggente.

3. La nozione di prova illecita.

Per prova illecita deve intendersi quella prova formata o ottenuta in violazione di una norma di natura sostanziale, da cui deriva la comminatoria di una sanzione. Dottrina prevalente ritiene che non sussiste sovrapposizione tra questa categoria e quella delle prove atipiche, o ancora quella delle prove illegittime. Non con riguardo alla prima ipotesi, perché è cosa ben diversa la prova la cui fonte non sia prevista dalla legge o sia formata in modo difforme rispetto al modello legale, dalla prova illecita in quanto vietata dall'ordinamento perché formata o entrata in possesso della parte illegalmente (S. Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 819 ss., sull'utilizzabilità delle prove atipiche). Nemmeno può dirsi sovrapponibile con la seconda ipotesi, poiché con riferimento alle prove illegittime entra in gioco la violazione delle sole norme processuali, la cui disciplina è già compiutamente prevista dalla legge stessa. Nel processo civile, pertanto, troverebbero applicazione gli artt. 156 c.p.c. e ss., che si occupano della nullità degli atti processuali (D. Dalfino, *Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System*, in *Derecho, Justicia, Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, 897 ss., L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit.).

All'interno di una nozione comunque restrittiva di prova illecita nel senso innanzi spiegato, va chiarito se sia necessario limitare ulteriormente il campo alla trasgressione delle sole norme penali ovvero estenderlo a quelle civili, amministrative e costituzionali. La soluzione preferibile parrebbe essere la seconda che si fonda sulla esistenza di un concetto di antidoverosità della norma cui è ricollegata la sanzione come garanzia dell'adempimento del dovere. Tale ricostruzione è indipendente dalla natura della norma violata, poiché ciò che rileva è proprio l'inosservanza del dovere in quanto passibile di sanzione.

Un ulteriore distinguo si è reso necessario anche con riferimento alle prove incostituzionali, ovvero sia quelle formate o reperite violando le norme previste della Costituzione a tutela dei soli diritti inviolabili dell'uomo. Tale discriminazione si rende particolarmente utile per risolvere lo specifico problema dell'eventuale utilizzo delle prove illecite o incostituzionali nel processo.

Esempi possono essere:

- il diario privato contenente dichiarazioni confessorie, rubato e poi prodotto in giudizio;
- le scritture contabili sottratte clandestinamente dal lavoratore al datore di lavoro in prossimità di una causa sulla legittimità del licenziamento;
- lettere o *e-mails* trafugate per dimostrare l'adulterio del coniuge, nelle relative cause di separazione o divorzio;
- documenti rubati o sottratti con violenza o minaccia da soggetti incaricati a tal fine da una parte nel processo.

Alcuni esempi delle prove costituente, formate in modo illecito, possono essere:

- foto e filmati realizzati da un investigatore privato, utilizzabili ancora una volta nelle cause matrimoniali;
- registrazioni di conversazioni effettuate con il cellulare, oppure intercettazioni

- ambientali abusive;
- confessione o testimonianza estorte con violenza o minaccia.

4. Utilizzabilità delle prove illecite: possibili soluzioni.

Superato il primo ostacolo interpretativo dato dall'individuazione di una nozione univoca di prova illecita, è importante interrogarsi sulle sorti di queste prove nel processo. Ci si chiede, infatti, se il giudice possa in qualche modo utilizzarle ai fini della decisione, in quanto astrattamente idonee a provare i fatti di causa.

Una prima tesi, minoritaria, ammette l'utilizzo delle prove illecite nel processo civile, in quanto: a) gli atti illeciti avvengono in un momento preprocessuale, estraneo al giudizio e, pertanto, non possono influire sulla validità degli atti compiuti; verranno, poi, sanzionati penalmente o civilmente gli autori qualora ne ricorrano i presupposti; b) non esiste nel nostro ordinamento una regola che espressamente impedisca a tali prove di entrare nel processo e di essere, quindi, utilizzate dal giudice; c) l'obiettivo del processo è il raggiungimento della verità materiale, o meglio far sì che la verità processuale si avvicini quanto più possibile alla verità materiale, e tali prove, se veritiere, sono utili allo scopo.

Ciò nonostante, in dottrina prevale il pensiero secondo cui dalla interpretazione delle norme ordinarie, sostanziali e processuali, conforme alla Costituzione – che è fonte sovra-ordinata – è possibile ricavare nell'ordinamento una regola generale di esclusione della prova illecita nel processo civile (A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 694; Id., *Contro l'utilizzabilità della prova illecita nel processo civile*; D. Dalfino, *Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System*, cit.; contra L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit.). Questa deriverebbe, in particolare, dall'insieme delle garanzie presenti nella Costituzione stessa a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo agli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost., la cui operatività prescinde anche da un esplicito richiamo testuale. Secondo questa tesi, le norme appena richiamate contengono espressioni perentorie che imporrebbero la caducazione degli effetti di atti lesivi dei diritti garantiti quali, ad esempio, il 3° comma dell'art. 13 Cost. in base al quale, gli atti restrittivi della libertà personale se posti in essere in violazione delle modalità e dei limiti previsti dalla legge non sono solo revocati ma «restano privi di ogni effetto». Da quest'ultima locuzione sarebbe desumibile che anche agli elementi di prova raccolti violando i limiti fissati non può essere riconosciuta alcuna efficacia.

Il divieto probatorio rappresenta un'idonea sanzione processuale di un illecito commesso sul piano sostanziale che è autonoma rispetto alle conseguenze penali, civili o disciplinari a carico degli autori dei reati, comunque destinatari di accertamenti autonomi (V. Vigoriti, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 64 ss.).

I sostenitori di questa soluzione ricordano la sentenza della Corte costituzionale nel 1973, n. 34 (Corte cost. 6 aprile 1973, n. 34, *Foro it.*, 1973, I, c. 953), la quale chiarì che un diritto fondamentale costituzionalmente protetto, nella specie il diritto alla segretezza della

corrispondenza di cui all'art. 15 Cost., non può essere sacrificato in nome di un interesse pubblico – in quel caso consistente nella repressione dei crimini – ma è necessario porre in essere un bilanciamento tra gli interessi protetti dalla Costituzione (M. Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 600 ss.).

Se questa è la via, un parametro utile per contemperare i valori contrapposti potrebbe essere rappresentato dal canone del giusto processo ex art. 111 Cost. (L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010). È vero che un processo per essere giusto deve tendere verso l'emissione di una sentenza basata sull'accertamento veritiero dei fatti di causa che una regola di esclusione potrebbe compromettere, ma è altresì vero che la verità materiale, oltre a non essere l'unico valore da garantire all'interno di un giudizio, non deve essere considerato un obiettivo da perseguire a qualsiasi prezzo; né tanto meno l'interesse privato ad ottenere giustizia nel processo può spingersi fino ad indebolire la tutela degli altri interessi costituzionalmente protetti. Un processo è «giusto» anche se può garantire il rispetto della legge e soprattutto dei precetti costituzionali, ammettendo che in determinati casi l'esigenza di perseguire la verità materiale, se conseguita con mezzi illeciti o incostituzionali, venga, per così dire, sacrificata rispetto a quella della tutela dei diritti fondamentali lesi.

A sostegno di questa interpretazione, si fa riferimento ad almeno due richiami del diritto positivo presenti nei codici di rito penale e civile. Per quanto riguarda il primo, si è detto che l'unica norma nell'ordinamento destinata ad occuparsi delle conseguenze della prova illecitamente acquisita è l'art. 191 c.p.p. che ne proibisce l'utilizzo nel processo penale. Alla luce dell'offensività delle condotte illecite, la cui rilevanza deriva direttamente dalla Costituzione, si potrebbe ritenere che detta norma possa trovare applicazione anche nel processo civile, di modo che i precetti penali e costituzionali richiamati, se lesi, possono ambire ad una tutela più completa.

Per quanto attiene alla norma del codice di procedura civile, è stato sostenuto che il divieto probatorio è confermato dalla disciplina dell'ordine di esibizione ex artt. 210 c.p.c. e ss. Infatti, se la legge prevede uno strumento specifico per recuperare documenti nella disponibilità di controparte o del terzo, non è possibile che lo stesso ordinamento tolleri l'*escamotage* della parte interessata di agire autonomamente aggirando la disciplina lecita nonché i suoi esiti incerti. Tanto più che per ottenere l'adempimento dell'ordine di esibizione, per sua natura incoercibile, non è possibile usufruire neppure del sequestro giudiziario, che sarebbe pur sempre un mezzo lecito. È evidente che produrre in giudizio un documento ottenuto per vie illegali condurrebbe ad una lesione non solo della disciplina sostanziale, che incrimina quella determinata condotta, ma anche della legge processuale (A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità della prova illecita nel processo civile*, cit.). In ultimo, va pure rilevato che il nostro ordinamento non consente alcuna forma di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, come previsto dall'art. 392 c.p.

5. Alcuni casi emblematici.

La giurisprudenza più recente – precisamente quella tributaria e civile – pur senza esprimersi in

modo netto nel senso dell'inammissibilità delle prove illecite in quanto tali, tende ad assumere un atteggiamento di chiusura rispetto alla possibilità di utilizzarle nel giudizio, qualora a seguito di un bilanciamento tra opposti valori, ritenga prevalente quello lesa dalla violazione della norma sostanziale.

La Corte di cassazione ha trattato il tema in uno degli ultimi interventi avente ad oggetto la lista Falciani, dal nome del tecnico informatico francese protagonista della vicenda. Per ricordarla brevemente, il Falciani, dipendente presso un noto colosso creditizio, trafugò dati bancari di molti clienti, anche italiani, dai quali emergeva l'esistenza di capitali non denunciati al Fisco. Gli stessi dati furono posti alla base di numerosi accertamenti da parte dell'Agenzia delle entrate e conseguenti contenziosi tributari. Ebbene, la Corte ha deciso in favore del suo utilizzo ai fini dell'accertamento fiscale, non tanto per la ritenuta inapplicabilità in via analogica dell'art. 191 c.p.p., quanto perché, da una parte non ha reputato sussistente alcuna violazione del diritto alla riservatezza del contribuente – in ragione dell'abolizione del segreto bancario e della circostanza che si discute di riservatezza al solo fine di tutelare il buon andamento degli istituti di credito e dei traffici commerciali – dall'altra ha attribuito maggiore importanza al dovere inderogabile del contribuente stesso di concorrere alle spese pubbliche ai sensi dell'art. 53 Cost. (Cass. (ord.) 28 aprile 2015, n. 8605, *Giur. it.*, 2015, 1610, con note di A. Turchi, *Legittimi gli accertamenti fiscali basati sulla lista Falciani*, e di C. Besso, *Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, e questa rivista, con nota di D. Turrone, *La Cassazione sul «caso Falciani». La provenienza illecita del documento non ne esclude l'utilizzabilità*).

Anche per quanto concerne il rapporto tra il processo civile e il codice sulla *privacy*, la giurisprudenza di legittimità ha scelto nuovamente di bilanciare il diritto alla riservatezza, lesa al fine di procurarsi una prova, con quello di difesa e con le garanzie sottese a quest'ultimo, reputandole – almeno nei casi concreti esaminati – prevalenti. In primo luogo la Cassazione ha rifiutato la tesi dell'utilizzabilità generalizzata, che si fonda sul rinvio contenuto nell'art. 160, 6° comma, Cod. *privacy* alle disposizioni processuali pertinenti e, dunque, sulla mancanza del divieto probatorio contenuto nel codice di rito civile. In secondo luogo, ha stabilito che la tutela della riservatezza dei dati personali debba recedere di fronte all'esercizio del diritto di difesa di un interesse giuridico che considera prioritario (Cass. 30 giugno 2009, n. 15327, *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 71). Qualora, invece, l'utilizzo di certi dati, anche sensibilissimi, sia utile per la difesa in giudizio di diritti di rango inferiore rispetto alla tutela della riservatezza, della dignità personale o di altre libertà fondamentali del soggetto titolare dei dati, questi torneranno a prevalere.

Nel processo del lavoro, per quanto attiene all'utilizzabilità delle riprese audiovisive effettuate in violazione dell'art. 4 Stat. lav., tanto la giurisprudenza di merito quanto quella di legittimità, al di là dell'incertezza in ordine alla declaratoria di inutilizzabilità o inammissibilità (Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622, *Foro it.*, 2012, I, 3328; 23 febbraio 2010, n. 4375, *Lavoro giur.*, 2010, 805; App. Milano 30 settembre 2005, *Riv. critica dir. lav.*, 2006, 899; Trib. Napoli 29 settembre 2010, *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 31), hanno stabilito che dal divieto previsto dalla norma sostanziale ne derivi uno a livello processuale posto che, se così non fosse, il potere del datore di lavoro di produrre in giudizio quel materiale a danno del lavoratore renderebbe vano il

primo dei divieti suddetti e, quindi, la tutela dei diritti del lavoratore stesso sottesa all'art. 4 Stat. Lav. (Cass. 16 gennaio 2015, n. 2890, *Foro it.*, 2015, II, 274).

Alla luce del quadro appena delineato, si presenta quanto mai opportuno un intervento chiarificatore da parte del legislatore processuale.

