

Introduzione

Il presente lavoro si pone come obiettivo l'analisi delle problematiche legate all'ammissibilità e utilizzabilità delle prove illecite nell'ambito del processo civile.

Negli ultimi anni dottrina e giurisprudenza hanno riportato a nuova luce l'argomento della prova illecita. Tale fenomeno, infatti, era stato oggetto di studio già negli anni Sessanta, per poi essere accantonato nei tempi a seguire, riemergendo con vitalità e nuove e disparate peculiarità negli ultimi decenni.

Le ragioni che mi hanno condotto a trattare questa tematica risiedono, innanzitutto, nell'attualità dell'indicata questione che è sempre più incombente nelle aule dei tribunali.

Sappiamo bene, infatti, come nell'era dell'informatica sia molto più frequente comunicare, stabilire contatti, pubblicare e scambiare dati, con rapidità e diffusione fino a qualche anno fa inimmaginabili, ma con il rischio, altresì, che questi mezzi che pretendono assumere la forma di vere e proprie "prove", violino posizioni soggettive di interesse, per i modi con cui sono stati carpiri e, talora, anche per i contenuti.

In seguito a ciò, la curiosità di approfondire e comprendere con maggior consapevolezza i meccanismi, le caratteristiche e i molteplici aspetti che ruotano intorno alla prova illecita, mi hanno spinto ad indagare la natura del problema e, soprattutto, le soluzioni adottate, principalmente dalla giurisprudenza.

Impossibile negare, infatti, che si tratta di un tema che ha sempre suscitato ampi dibattiti da parte di autorevoli giuristi del nostro tempo,

la cui disciplina risulta ancora alquanto lacunosa e divisiva e sul quale non si è tuttora giunti ad una soluzione soddisfacente e di facile e immediata applicabilità.

Le ragioni di queste indeterminatezze si individuano principalmente nell'assenza di una decisa presa di posizione da parte del legislatore; infatti, nel nostro codice processuale manca un'esplicita disposizione che regoli il fenomeno della prova illecita, a differenza di quanto avviene, per esempio, in ambito penalistico. Ciò ha determinato che sia la dottrina che la giurisprudenza assumessero di volta in volta opinioni spesso confusionarie e divergenti tra loro.

L'obiettivo, quindi, che si prefigge questo elaborato è quello di analizzare le varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali assunte nel corso del tempo per capire quale sia l'orientamento maggiormente seguito e al fine di trovare una linea di fondo comune ai vari approcci che riesca a districare e dipanare gli aspetti più delicati della questione in esame.

A questo proposito, il *corpus* della tesi è stato articolato in tre capitoli. Nel primo capitolo, più precisamente, si prenderanno le mosse dall'analisi dell'aspetto concettuale e terminologico del fenomeno. Infatti, anche da questo punto di vista si registra parecchia confusione e discordanza di posizioni. Una parte della dottrina propende per un concetto ristretto di prova illecita, comprendente solo quelle prove che la parte abbia ottenuto utilizzando mezzi illeciti e non anche quelle prove che, pur essendo inammissibili, vengono comunque ammesse e assunte. Di ben altra posizione è, invece, altra dottrina che prediligendo un concetto assai più ampio, comprende sia le prove precostituite, sia quelle costituende, eludendo così la distinzione tra

prove acquisite illecitamente e prove non ammissibili, ma erroneamente ammesse.

In forza di ciò, si procederà, in seguito, a chiarire la differenza che intercorre tra prove illecite ammesse in violazione di norme processuali e prove illecite assunte in violazione di norme sostanziali. Secondo la dottrina prevalente, è proprio quest'ultima violazione che può dar luogo a prove illecite, escludendo, quindi, la possibilità di configurare come illecita una prova che derivi dalla violazione di norme processuali. Infine, compiendo un processo che dal generale giunga al particolare, si analizzerà il concetto stesso di "illiceità" per poter giungere ad una definizione di prova illecita che possa essere il più possibile completa ed esaustiva.

Nel secondo capitolo sarà affrontato l'aspetto più pratico del problema, e cioè in che rapporto e termini si pone la prova illecita con il diritto sostanziale e, in particolare, l'orientamento assunto a riguardo dalla giurisprudenza. Partendo dall'analisi delle conseguenze che sul piano processuale può determinare l'illiceità della prova si andrà ad approfondire come è stato affrontato il problema in questione dalla giurisprudenza tributaria, contesto in cui il dibattito sull'ammissibilità e utilizzabilità delle prove illecite è stato tanto intenso e vivace da assumere molteplici sfaccettature e tale da far scaturire parecchi spunti interdisciplinari, consentendomi in tal modo, di ampliare l'indagine anche a quelle interconnessioni che si stabiliscono tra la prova illecita e il diritto del lavoro, il diritto alla *privacy*, il diritto d'autore, il diritto di famiglia e il diritto penale.

Al rapporto tra prova illecita e principi costituzionali sarà, invece, dedicato il terzo e ultimo capitolo, in cui si vedrà più approfonditamente come quei principi sanciti dalla Costituzione, che

tutelano i diritti inviolabili dell'uomo, possano influenzare la disciplina della prova illecita. Buona parte della dottrina, infatti, ritiene di poter individuare proprio nella Costituzione la regola di esclusione di tali prove, facendo leva, in particolar modo, sugli artt. 13, 14, 15 e 21 Cost. e dando vita ad un nuovo concetto di prova, la c.d. "prova incostituzionale". Oltre alle disposizioni che tutelano le libertà fondamentali, viene in rilievo anche l'art. 111 Cost. che ha costituzionalizzato il principio del giusto processo. Infatti, non poche e diffuse sono quelle teorie che individuano proprio in questa disposizione l'origine dell'esclusione delle prove illecite, in quanto queste si porrebbero in contrasto con i principi stessi del giusto processo. Come si vedrà però, tutte le teorie che si sono sviluppate intorno alla Costituzione sono state sottoposte a non poche critiche e osservazioni da parte di altra dottrina, perpetuando così la tradizionale confusione e disorganicità della disciplina sulle prove illecite.

Capitolo I

La nozione di prova illecita.

1. Premessa

Il tema della prova illecita è caratterizzato da numerosi equivoci, sia a livello concettuale che terminologico.¹

Per decenni la questione delle prove illecite non è stata opportunamente oggetto di attenzione, né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza. È riemersa negli ultimi anni, a causa, soprattutto, dello sviluppo tecnologico e informatico, il quale ha portato alla creazione di sistemi in grado di comunicare, pubblicare o scambiare dati, aumentando così il rischio che tali strumenti vengano utilizzati illegalmente, anche nell'ambito di un processo, dove tali dati possono assumere la forma di prova.² Tutto ciò ha fornito alla giurisprudenza un motivo per tornare ad interessarsi di prove illecite e di conseguenza anche alla dottrina, considerando che la maggior parte degli studi e dei contributi di quest'ultima sono stati indotti da pronunce

¹A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 693 ss.

²A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto processo civile*, 2016, p.945 ss.

giurisprudenziali e quindi hanno un carattere occasionale; sono, infatti, pochi gli studi monografici su questo tema.

Il fenomeno della prova illecita si presenta oggi per lo più lacunoso, manca una disciplina ad hoc e i vari interventi della giurisprudenza e della dottrina non sono stati in grado di offrire una sistemazione uniforme e ordinata della materia.³

Per poter comprendere *in toto* il concetto della prova illecita, è prima necessario indagare e studiare gli aspetti terminologici, sui quali insiste una certa discordanza in dottrina, la quale ha maggiormente affrontato il tema della prova illecita dal punto di vista della sua ammissibilità e/o utilizzabilità, trascurando, invece, altri aspetti, come appunto quello definitorio.

2. Lacuna normativa o lacuna assiologica

Il dibattito che nasce a proposito di prove illecite è animato dall'assenza nel nostro ordinamento di una disciplina ad hoc, tanto da considerarlo come un caso non regolato dalla legge. Da ciò si dovrebbe dedurre l'esistenza di una lacuna di tipo normativo, non

³ Si veda L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, Torino 2017

essendoci una disposizione che specificamente vada a prevedere e disciplinare il fenomeno della prova illecita.

Tra gli autori che hanno studiato il tema della prova illecita, vi è chi non concorda con questo orientamento.

In particolare, Passanante⁴ elabora la tesi secondo cui il diritto vigente, dal momento che non prevede una disposizione che espressamente disciplini la prova illecita e quindi ne vieti l'utilizzo, imponga al giudice di considerarla ammissibile e utilizzabile in tutti i casi in cui essa può considerarsi rilevante per il caso di specie. Quindi non sussisterebbe una lacuna di tipo normativo, ma potrebbe, invece, sussistere una lacuna di tipo assiologico.

Secondo una diffusa opinione si ha una lacuna normativa quando manca nell'ordinamento una norma che disciplini una determinata fattispecie, la quale non può quindi essere decisa; si ha, invece, una lacuna assiologica (detta anche ideologica) quando, da un punto di vista etico - politico, nell'ordinamento manca una disposizione "giusta", ciò si verifica sia nel caso in cui è presente una norma che regola una fattispecie ma risulta per l'interprete insoddisfacente, sia

⁴ L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit, p.12 ss.

nell'ipotesi in cui vi è una norma che disciplina una fattispecie in modo difforme rispetto ad un'altra norma assiologicamente superiore.⁵

L'autore⁶, come già anticipato, giunge alla conclusione che nel caso della prova illecita si è in presenza di una lacuna assiologica, perché non solo non si può affermare che manca una disposizione che ne disciplini l'ammissibilità o meno, ma è possibile anche rinvenire una disposizione applicabile al caso concreto.

Bisogna, innanzitutto, comprendere quali sono le modalità attraverso le quali le prove fanno il loro ingresso nel processo. Le disposizioni processuali vigenti prevedono che le prove possono entrare nel processo se ritenute rilevanti e ammissibili.

Il giudizio di ammissibilità è di carattere giuridico e concerne la "legalità" della prova, cioè la verifica della sussistenza o meno di divieti circa l'assunzione di quel mezzo; il giudizio di rilevanza, invece, è di carattere logico e consiste nel verificare a priori da parte

⁵ R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp.394 ss. Sulle lacune ideologiche si veda anche N. Bobbio, *Teoria generale dell'ordinamento*, Giappichelli, Torino, 1993, p.257, il quale afferma che "si intende per lacuna anche la mancanza di una soluzione soddisfacente o, in altre parole, non la mancanza di una norma, ma la mancanza di una norma giusta, cioè di quella norma che si desidererebbe che ci fosse e che invece non c'è. Queste lacune dal momento che derivano dal confronto tra l'ordinamento giuridico qual è e quale dovrebbe essere, vengono chiamate ideologiche e si distinguono da quelle che si riscontrano dall'ordinamento qual è. Si potrebbe dire che le lacune ideologiche sono *de iure condendo*, quelle reali *de iure condito*."

⁶L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit, p. 24 ss

del giudice se la prova è utile o idonea all'accertamento dei fatti controversi.⁷

La dottrina maggioritaria ritiene che questi criteri siano da riferire principalmente alle prove costituenti; qualche dubbio, invece, sussiste a proposito delle prove precostituite. Queste ultime, infatti, sono quelle prove che si formano al di fuori e, per lo più, prima del processo e vi entrano attraverso un atto di esibizione o produzione. Tuttavia, anche in questi casi il giudice che si ritrova una prova precostituita prodotta e quindi presente nel fascicolo, deve apprezzarla e decidere se utilizzarla ai fini della decisione, quindi andrà a svolgere in una fase posteriore, quella cioè della decisione, una valutazione simile a quella che compie *ex ante* nel momento in cui deve ammettere una prova costituenda.⁸

Per quanto riguarda, invece, le prove costituenti, sono tali quelle che si formano nel processo, durante la fase istruttoria e sono soggette al vaglio di ammissibilità e rilevanza da parte del giudice.

Da queste considerazioni si può affermare che per il giudice si pone sempre il problema di stabilire se le prove illecite, precostituite o

⁷ In tal senso v. L. Comoglio, *Le prove civili*, III ed., Utet, Torino, 2010; e L. De Simone, *L'ammissione della prova tra potere officioso del giudice e potere dispositivo delle parti*, in *Il Caso.it*, Sez. II, 2011, p.31 ss.

⁸ C. Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, XXVed. Vol. II, Giappichelli, Torino, 2016 pp.172ss; L. Comoglio, *Le prove civili*, cit., pp. 182ss.

costituende che siano, debbano essere ammesse o utilizzate ai fini della decisione.

Parte della dottrina ritiene che la regola sia dettata dall' ammissibilità della prova rilevante, mentre l' inammissibilità costituisca un' eccezione che il legislatore deve prevedere con un' apposita disposizione. Sembrerebbe, allora, che nel nostro ordinamento ciò che manca non è una disposizione che disciplini l' ammissibilità della prova illecita, ma una che ne sancisca l' inammissibilità.

Sono due le disposizioni del codice che vengono assunte a sostegno di questa tesi, l' art.183 c.7⁹ e l' art. 115 c.p.c. La prima dispone che: *“Salva l' applicazione dell' art.187, il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l' udienza di cui all' art.184 per l' assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti”*; la seconda prevede che *“Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”*. Da quest' ultima disposizione si evince, quindi, un obbligo per il giudice di decidere *iuxta alligata et probata*, la decisione può fondarsi unicamente sulle allegazioni delle parti, *a contrario* «il rifiuto di una prova chiesta dalle parti è in linea di

⁹Questa disposizione inizialmente era contenuta nell' art. 187 c.4, successivamente è stata trasportata nell' art. 184 per poi giungere con la riforma del 2005 all' interno dell' art.183.

massimo illegittimo, essendo sufficiente l'istanza della parte o del pm a creare nel giudice l'obbligo di considerare la stessa prova ai fini della sentenza»¹⁰. Dalla combinazione delle due disposizioni si può, quindi, concludere che nel nostro ordinamento la prova illecita rilevante è disciplinata nel senso della sua ammissibilità. Pertanto, da un punto di vista giuridico una disposizione esiste, anche se eticamente può non essere pienamente soddisfacente e considerata come giusta.¹¹

Appurata l'esistenza di una lacuna assiologica ci si chiede quale siano le modalità per colmarla. In realtà, dal momento che le lacune assiologiche, a differenza di quelle normative, possono essere considerate lacune *de iure condendo*,¹² il compito di colmarle spetterebbe al legislatore e non all'interprete, cioè i giudici che si trovano dinanzi ad una prova illecita non dovrebbero valutare se ammetterla o utilizzarla ai fini della decisione, perché esistendo una norma (ricavabile dagli artt. 115 e 183 c.7) che ne preveda l'ammissibilità, devono semplicemente attenersi ad essa; lasciando, invece, al legislatore il compito di provvedere all'eliminazione della lacuna, appunto, *de iure condendo*.

¹⁰ E.F. Ricci, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, pp 380-389

¹¹ L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit.

¹² N. Bobbio, *Teoria generale dell'ordinamento*, cit.

3. La prova illecita secondo la dottrina risalente.

Tra i primi autori che si occuparono del problema della prova illecita vi fu Carnelutti¹³, il quale affrontò il tema dell'utilizzabilità in un giudizio del documento sottratto in modo illecito.

In un primo momento, si cominciò a parlare di prova illecita con riferimento al problema dell'ammissibilità o utilizzabilità di una prova precostituita, che la parte aveva acquisito in modo illecito e di cui intendeva avvalersi in giudizio. Successivamente, invece, il problema si estese anche nei confronti delle prove costituenti e fu una pronuncia del Tribunale di Perugia¹⁴ a far scaturire numerose riflessioni da parte della dottrina in merito all'efficacia della prova costituenda ammessa dal giudice in violazione di una legge processuale.

Allorio¹⁵, nel commento alla pronuncia del giudice perugino, innanzitutto ritiene che il problema dell'efficacia delle prove costituenti, esperite nonostante la loro inammissibilità sia

¹³ F. Carnelutti, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv.dir.proc.civ.*, 1935, p.63ss.

¹⁴ Trib. Perugia, 25 gennaio 1960, in *Giur.it*, I, 2, 1960. Nel caso di specie il Tribunale doveva decidere in merito all'ammissibilità di un interrogatorio formale in cui l'interrogando non avrebbe potuto rendere la dichiarazione su quei determinati fatti. Il Tribunale ha affermato che: se un tale interrogatorio è stato, per sbaglio ammesso, l'esito, dal momento che le dichiarazioni sono state rese e che figurano in un verbale di udienza, può essere valutato come indizio, cioè come prova liberamente valutabile dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. Ma se la prova non è stata ancora ammessa, nulla impedisce al giudice di escluderla.

¹⁵ E. Allorio, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?* in *Giur.it*, 1960, p.868 ss.

assimilabile a quello della illecita produzione di documenti e, sebbene riesce a distinguerli, li tratta congiuntamente. Per quanto riguarda le prime, l'autore ne sostiene la totale inefficacia e precisa che la prova costituenda presuppone che venga compiuto un procedimento probatorio che consta di due momenti: un provvedimento di ammissione della prova e un atto di istruzione probatoria che lo renda esecutivo. Il giudice deve sindacare su entrambi questi momenti, deve accertare che la prova sia stata ritualmente raccolta e ritualmente ammessa. Nel caso di ammissione ed esperimento *contra legem* di una prova, questo porta alla revoca del provvedimento di ammissione e alla stessa conseguenza sarà destinato l'atto successivo di esecuzione. Quindi, per Allorio, una prova irritualmente ammessa equivale ad una prova processualmente inefficace.

A proposito delle prove precostituite l'autore conferma le medesime considerazioni, cioè sostiene che affinché una prova documentale sia efficace in un processo, l'atto processuale con il quale viene prodotto il documento deve essere valido e ammissibile, in caso contrario bisogna negare qualsivoglia efficacia probatoria al documento stesso.

Sul commento di Allorio alla sentenza del Tribunale di Perugia è intervenuto anche Cappelletti, il quale pone la sua attenzione solo sulle prove illegittimamente ammesse, tralasciando quelle prove di cui

la parte sia entrata in possesso in modo illecito. Cappelletti condivide l'opinione di Allorio, secondo cui il giudice non può porre a fondamento della decisione le prove inammissibili raccolte, cioè il risultato di quei mezzi istruttori che giuridicamente deve considerarsi nullo; ma aggiunge anche che l'attività eventualmente svolta dalle parti, nonostante la mancanza di presupposti, non può considerarsi come inesistente. Nullo è l'effetto ma non anche l'atto. Quindi, in questi casi, le dichiarazioni rese o il comportamento delle parti possono offrire al giudice indizi, valutabili ai sensi dell'art.116 c.p.c. Ammette la possibilità che il procedimento nullo venga convertito in un altro procedimento, suscettibile di produrre una diversa efficacia.¹⁶ Altri autori che per primi hanno utilizzato il termine "prove illecite" sono Comoglio¹⁷, il quale fa espressamente riferimento con questa locuzione alle prove di cui la parte sia venuta in possesso violando una legge sostanziale e, infine, Vigoriti¹⁸, che utilizza l'espressione "prove illecite" per riferirsi alle prove precostituite che la parte abbia rinvenuto con mezzi illeciti ma che fossero state assunte o acquisite nel processo legittimamente.

¹⁶M. Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, p.556 ss.

¹⁷L.P. Comoglio, *Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*, in *Pubblicazioni della Università di Pavia – Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, n. 145, Tipografia del Libro, Pavia, 1966

¹⁸V. Vigoriti, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1968, p 64 ss.

3.1. Un concetto ristretto di prova illecita

Circa il confine entro il quale è possibile discutere di prova illecita, si sono registrate diverse oscillazioni. La dottrina degli anni Settanta sostiene, ad esempio, un concetto più ristretto di prova illecita. In particolare, rilevano due contributi¹⁹, nei quali non viene neanche utilizzato il termine “prova illecita” ma altre espressioni e viene precisato che il problema delle prove illecite deve essere limitato soltanto a quei casi in cui la parte abbia ottenuto le prove di cui intende avvalersi in modo illecito, escludendo il caso della prova che, pur se inammissibile, venga comunque ammessa. Quindi, secondo questa dottrina, per prove illecite si devono intendere soltanto quelle prove assunte in violazione di norme sostanziali.

3.2. Un concetto ampio di prova illecita.

La dottrina degli anni successivi tende, invece, ad ampliare il concetto di prova illecita. Il principale autore che ha contribuito a tale

¹⁹ Ci si riferisce a E. Ondei, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, in *Foro pad.*, 1972, p.421ss.; R.Bitonte, *Sulla validità delle prove illecitamente acquisite*, in *Processi civili*, 1968 p. 473 ss.

ampliamento è Ricci²⁰. Secondo l'autore, è possibile parlare di prova illecita sia con riferimento alle prove costituende²¹, che alle prove precostituite. Per quanto riguarda le prime, l'illiceità può concernere l'ammissione e/o l'assunzione delle stesse; per le seconde, invece, essendo prove che entrano nel processo tramite una semplice produzione della parte e non essendo richiesto un vero e proprio procedimento di ammissione da parte del giudice, l'illiceità può riguardare il modo in cui la parte che intende utilizzarle ne sia entrata in possesso. ²²In altri casi si parla più che altro di irregolarità; è l'ipotesi, ad esempio, di un documento che viene prodotto fuori termine.

La dottrina precedente²³, abbiamo visto, è giunta ad affermare la totale inefficacia delle prove illecite, adducendo a sostegno di tale tesi diverse motivazioni. Vengono, ad esempio, richiamati i principi generali del diritto, secondo cui un atto giuridico avente un oggetto illecito deve considerarsi invalido (come previsto dagli artt. 1346 e 1418 c.c.).

²⁰ G.F. Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987. P. 34-87

²¹ L'autore richiama come esempi la deposizione testimoniale resa in violazione dei limiti di ammissibilità ex art. 2721 c.c.; la confessione da parte di un soggetto non legittimato a confessare o il giuramento deferito solo da alcuni dei litisconsorti necessari.

²² Si pensi ad un documento che viene sottratto o rubato con violenza.

²³ Allorio, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, cit.; Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, cit.; si veda paragrafo 3.

Ricci, invece, non ritiene condivisibile questo orientamento.

Circa le prove costituenti, l'autore afferma che i due momenti di cui consta il procedimento di ammissione, cioè il provvedimento di ammissione e il successivo atto di assunzione, hanno natura diversa perché nel primo caso si tratta di un atto giuridico, nel secondo di un semplice atto materiale. Quindi, il riferimento agli artt. 1346 e 1418 c.c. può valere solo per il primo di questi due momenti, cioè può considerarsi invalido solo il provvedimento di ammissione e, eventualmente,

esserne disposta la revoca; mentre gli effetti dell'atto di assunzione non possono essere eliminati, secondo il principio *quod factum infectum fieri nequit*. Si dovrà, semmai, verificare se il risultato dell'atto materiale di assunzione debba o no essere preso in considerazione dal giudice.

A proposito delle prove precostituite, Ricci ritiene, innanzitutto, che non sono assimilabili alle prove costituenti, soprattutto perché le stesse entrano nel processo senza nessun atto di ammissione, ma con la semplice produzione dalla parte che intende avvalersene. L'illiceità che colpisce tali prove deve essere intesa in un'ottica diversa. Nel caso di documenti che vengono prodotti al di fuori del termine previsto dalla legge o senza rispettare determinate prescrizioni, il problema è

facilmente risolvibile, è sufficiente, infatti, che la parte avversa non presenti opposizione, affinché le prove acquisiscano un pieno valore probatorio.

Il vero problema riguarda, invece, l'illiceità derivante dal modo in cui la parte sia entrata in possesso della prova.²⁴ Questo profilo è stato ampiamente affrontato da Carnelutti²⁵, che considera priva di ogni effetto una simile prova, sull'argomento che quando una parte rifiuta di depositare spontaneamente un documento, l'altra può solo richiedere al giudice un ordine di esibizione, e dal momento che dalla mancata obbedienza a tale ordine conseguono a favore della controparte solo argomenti di prova, non è corretto permettere a colui che si impossessa di un documento altrui con mezzi illeciti, di godere di un trattamento uguale o migliore di quello che avrebbe avuto se avesse agito nel rispetto della legge.

Ricci, invece, ritiene che nel caso delle prove precostituite, “i comportamenti illeciti non entrano a far parte del meccanismo di acquisizione della prova al giudizio, ma si fermano ad uno stadio precedente. Essi non si riferiscono all'ingresso della prova nel processo, ma solo al suo arrivo in mano al soggetto che la vuole

²⁴Si pensi, ad esempio, a documenti sottratti fraudolentemente.

²⁵ Carnelutti, *Illecita produzione di documenti*, cit.

utilizzare. Il modo in cui la parte è entrata in possesso della prova costituisce un momento pre-processuale, estraneo al giudizio in corso. D'altro canto, non è detto che siffatto comportamento illecito risulti *ictu oculi* al giudice. La parte può anche dire che il documento gli è stato sottratto dall'avversario; ma se questo nega, si dovrà pur sempre dimostrare il fatto illecito. E pare assurdo fare dipendere l'efficacia della prova dalla riuscita o meno di tale dimostrazione.”²⁶

Pertanto, l'autore afferma che in tale ipotesi la prova deve considerarsi pienamente efficace. Colui che commette l'illecito risponderà in un'altra sede, ma all'interno del processo il suo comportamento non avrà nessuna rilevanza.

Ricci, quindi, fa confluire nell'alveo della prova illecita numerosi fenomeni, diversi tra loro, che si possono verificare nell'ambito delle prove costituite e precostituite, differenziando solo le diverse modalità in cui si può manifestare l'illiceità e le relative conseguenze.

La dottrina più recente²⁷ non ritiene, però, condivisibile questa concezione così ampia di prova illecita ma propende per la nozione più ristretta.

²⁶ Ricci, *Le prove illecite nel processo civile*, cit, p.69-70

²⁷ Tra gli autori più recenti che sostengono una concezione ristretta si ricorda, in particolare, Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p.72 ss.

Innanzitutto, si fa leva sul fatto che una prova non ammissibile, ma erroneamente ammessa ha un'efficacia diversa rispetto ad una prova ritualmente acquisita al processo, di cui la parte ne sia entrata in possesso in modo illecito. Nel primo caso si andrebbe a violare una norma processuale; nel secondo, una norma sostanziale. E ancora, per le prove non ammissibili, ma erroneamente ammesse bisogna verificare se sussistono delle norme nel codice che permettono di salvaguardare l'attività materiale compiuta e quindi recuperarne l'efficacia probatoria; mentre per le prove ritualmente acquisite al processo, ma ottenute dalla parte in modo illecito, il problema è esattamente l'opposto, cioè bisogna verificare se è possibile individuare in via interpretativa disposizioni che neghino l'efficacia probatoria, non essendoci delle disposizioni che esplicitamente disciplinano questo fenomeno.

Da questa analisi si deduce che il concetto di prova illecita deve ricomprendere esclusivamente quelle prove assunte in violazione di norme sostanziali, tralasciando quelle che, invece, vanno a violare una norma processuale.

4. Distinzione tra prova illecita ammessa e assunta in violazione di norme processuali e prova illecita assunta in violazione di norme sostanziali.

Come si è detto, la dottrina nell'analizzare il tema della prova illecita, molto spesso ha finito per equiparare la prova ammessa e assunta in violazione di norme processuali e la prova acquisita o ottenuta dalla parte in modo illecito, violando cioè norme di diritto sostanziale.

Dopo vari dibattiti, la dottrina maggioritaria ha affermato che il concetto di prova illecita deve essere inteso in senso restrittivo, comprendente soltanto quelle prove che siano il frutto di una violazione di norme aventi carattere sostanziale.²⁸

La soluzione così prospettata se, apparentemente, può sembrare risolutiva della disputa circa la qualificazione del concetto di prova illecita, in realtà, presenta delle problematiche. Infatti, in dottrina si contrappongono diverse teorie in merito alla distinzione tra norme sostanziali e norme processuali e, in particolare, sulla natura delle norme che disciplinano le prove.

²⁸ A differenza di quanto, invece, sosteneva Ricci, che ricomprendeva nella categoria delle prove illecite anche quelle prove inammissibili o irregolari, E.F. Ricci, op cit, p.34 ss.

4.1. Sulla natura delle norme che disciplinano le prove.

Il dibattito sulla natura di alcune norme, in particolare quelle sulle prove, si sviluppa già nella vigenza del codice del 1865, a causa dell'inserimento di alcune disposizioni processuali nel codice civile. Con la riforma del codice civile e di procedura civile si confidava nella risoluzione della questione, ma le aspettative sono state disattese e le divergenze in dottrina sono divenute sempre più acute. Alcuni autori sostengono la natura processuale delle norme, anche se collocate nel codice civile e altri, invece, ne ritengono corretta la collocazione e la qualificazione come norme di diritto sostanziale.

Il maggior sostenitore della natura processuale delle norme sulle prove è Chiovenda²⁹, il quale testualmente afferma che *“le norme vere e proprie sulle prove appartengono alla legge processuale e debbano desumersi dalla legge del tempo in cui ha luogo il giudizio, e non da quella del tempo a cui risale il rapporto dedotto in lite, è una verità così fondamentale che io non posso, senza uno sforzo, intendere come vi sia chi non la veda. Ma già dicendo «norme vere e proprie» sulle*

²⁹ G. Chiovenda, *La natura processuale delle norme sulle prove e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, p.241 ss.

prove ho inteso accennare che vi sono a mio modo di vedere molte norme che alle prove si riferiscono, ma che vanno distinte dalle norme sulle prove, non appartengono alla legge processuale e accompagnano il rapporto giuridico nato sotto il loro impero fino alla sua definizione giudiziale”. Secondo l’autore, quindi, solo queste ultime appartengono alla disciplina sostanziale.

In questo contesto, si afferma la tesi della relatività della distinzione tra norme sostanziali e processuali. Calamandrei, che fu autore di una Relazione ministeriale al codice di procedura civile subito dopo la riforma del '40, afferma che ci sono istituti che presentano una certa ambiguità e possono subire una diversa sistemazione a seconda del punto di vista da cui si osservano.³⁰

L’intervento più significativo da parte della dottrina volto a tentare di risolvere la bipartizione tra norme sostanziali e norme processuali si avrà nel 1964, con uno scritto di Denti³¹. L’autore contesta la tesi di Allorio, secondo cui è necessario individuare un canone generale ai fini della distinzione tra sostanza e procedura. Questo criterio sarebbe l’idoneità o meno delle situazioni giuridiche a formare oggetto autonomo di un processo autonomo di accertamento. Queste situazioni

³⁰ P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Cedam, Padova, 1941, XIX, p. 17.

³¹ V. Denti, *La relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. Proc.* 1964, p 65 ss.

sarebbero regolate da norme sostanziali; altre situazioni rilevanti, emerse nel corso del processo, sarebbero, invece, regolate da norme processuali. Denti critica questo tentativo di razionalizzare il criterio di distinzione e ritiene che la qualificazione come sostanziale o processuale di una fattispecie dipenda molto spesso da valutazioni di politica giudiziaria compiute dalla giurisprudenza, in base alle caratteristiche proprie di ciascun ordinamento. Quindi, normalmente, la natura processuale o sostanziale di una norma non dipende da caratteristiche proprie della stessa, ma si desume da criteri dedotti dai singoli ordinamenti giuridici.

La dottrina successiva non ha mostrato un grande entusiasmo per la teoria della relatività della distinzione tra norme con carattere sostanziale o processuale, tanto da considerare il problema ancora aperto e di non facile soluzione.

4.2. L'onere della prova come elemento di sostegno della natura sostanziale delle norme sulle prove.

Il concetto di prova illecita in senso sostanziale, sostenuto dalla dottrina più recente³², se da un lato è valido perché permette di escludere che la violazione di norme dettate per la disciplina del processo civile possa determinare l'illiceità della prova stessa,³³ dall'altro non è esente da critiche.

Innanzitutto, perché vi sono ancora forti incertezze circa la distinzione tra norme di diritto sostanziale e norme di diritto processuale e in secondo luogo perché la soluzione prospettata, secondo cui bisogna far riferimento alle stesse disposizioni processuali che disciplinano il processo in cui le prove devono essere ammesse, quindi il processo civile, lascia fuori ipotesi in cui, ad esempio, l'illiceità della prova deriva dalla violazione di norme processuali che disciplinano altri tipi di processi (tributario, penale, ecc).

³² Si ricordano L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p.85 ss.; A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p.700 ss; M. Miscali, *Documentazione illecitamente acquisita e tutela giurisdizionale nel processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2012, p.759 ss.

³³ In tal caso il giudice dovrà risolvere la questione dell'ammissibilità della prova attingendo alla stessa disciplina processuale; se, invece, l'illiceità proviene da una norma sostanziale, allora egli non troverà nessuna disposizione processuale che possa risolvere l'interrogativo.

La dottrina si è opposta a queste critiche, ponendo a fondamento della tesi della illiceità in senso sostanziale la figura dell'onere della prova.

Stringendo il cerchio dell'analisi alle sole norme sulle prove, cioè quelle norme che disciplinano gli aspetti più rilevanti delle prove, tra cui l'ammissibilità, la rilevanza, la produzione e l'assunzione, ci si trova dinnanzi a disposizioni, per lo più processuali, che fanno sorgere per le parti degli oneri³⁴ e non degli obblighi.³⁵

Ma, a prescindere dalla qualificazione sostanziale o processuale che si voglia dare alle norme sulle prove, ciò che conta, ai fini della delimitazione della fattispecie della prova illecita, è che tutte le volte in cui si va a violare una norma che prevede l'insorgere di un onere e non di un obbligo, non si dovrebbe parlare di illiceità. Quindi la violazione di norme sulle prove non potrebbe determinare una prova illecita, anche perché trattasi di norme finali, cioè norme che o si osservano o non si osservano, ma non possono essere violate; se si osservano determinano il raggiungimento degli scopi prefissati, in caso contrario no, ma non è prevista nessuna sanzione.³⁶ La regola finale, o altrimenti detta tecnica, non prescrive di raggiungere il fine,

³⁴ M. Taruffo, *Onere della prova*, in *Diritto on line Treccani*, 2017. L'autore espone le modalità con cui avviene la distribuzione soggettiva dell'onere della prova.

³⁵ C'è addirittura chi estremizza questa teoria, ritenendo che tutte le volte in cui una norma non prevede una sanzione penale, danno vita a situazioni che si possono ricondurre alla figura dell'onere e non a quella dell'obbligo. Si v. G. Brunetti, *Il delitto civile*, Firenze, 1906.

³⁶ L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit. p. 105 ss. Sul concetto di norme finali si veda, in particolare, G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino, 1970, il quale riprende e analizza il pensiero di Brunetti.

ma prescrive di tenere un certo comportamento in quanto si voglia conseguire un determinato fine. È una regola che stabilisce *un dovere che è subordinato ad un fine, il quale a sua volta dipende dalla libera volontà dell'agente.*³⁷ La formula della regola tecnica è: “se vuoi ottenere il risultato *x* devi compiere l'atto *a* con le modalità *m*; se invece vuoi ottenere il risultato *y* devi compiere l'atto *b* con le modalità *n*. Ovviamente se l'atto *a* non viene compiuto con le modalità *m*, il risultato *x* non viene conseguito, ecc.”³⁸

Tutto ciò può valere per le parti, ma qualche dubbio sorge a proposito della figura del giudice, che, invece, sarebbe obbligato e non onerato a rispettare le norme sul processo. Bisogna considerare che il giudice a cui spetta il compito di ammettere e assumere una prova è il giudice istruttore, il quale deve applicare con correttezza le disposizioni processuali ed evitare l'ammissione o l'assunzione di prove inammissibili. Ma se, nonostante ciò, questo avvenisse, non si rinviene nella disciplina codicistica nessuna sanzione per l'erronea applicazione della legge. L'unica conseguenza sarebbe l'invalidità della prova, qualificabile come nullità relativa.³⁹ Tale prova non

³⁷ G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit., p. 29.

³⁸ M. Taruffo, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 427; G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit. p. 33 ss.

³⁹ Uno dei maggiori sostenitori di questa tesi è Allorio, il quale afferma che “L'ammissione di una prova, che non doveva ammettersi all'esperimento o alla produzione, è un atto invalido.”

sarebbe utilizzabile dal giudice ai fini della decisione, a meno che non intervenga una sanatoria.

Questa ipotesi troverebbe conferma dalla tesi sostenuta da Conso, il quale analizza le invalidità degli atti partendo dalla coppia “perfezione- imperfezione”, un atto è perfetto se integra precisamente il modello di atto perfetto disposto dal legislatore; è imperfetto se, invece, non integra tale modello. L’invalidità si inserisce in questo contesto, come sottospecie dell’imperfezione. Pur potendosi affermare, in astratto, un’assoluta irrilevanza dell’atto imperfetto, in realtà questo viene smentito dal diritto positivo, il quale per rispondere ad esigenze di varia natura, prevede diverse deroghe al principio dell’irrilevanza degli atti imperfetti, in ossequio al principio di conservazione, o meglio, di utilizzazione degli atti stessi. Affinché ciò avvenga è, però, necessaria la presenza di qualche altro fatto, il cui compito sta nel surrogare l’imperfezione. Questi fenomeni surrogatori si congiungono ad atti leciti, anche se imperfetti, e la loro funzione è di perfezionare ciò che è nato imperfetto. L’autore giunge alla conclusione che tutti gli atti imperfetti sono atti leciti, il trattamento dell’invalidità può spaziare tra due estremi: da un lato invalidità assoluta, non sanabile, che rende l’atto assolutamente irrilevante; dall’altro un’invalidità sanabile. Gli atti invalidi, in quanto imperfetti,

sarebbero contrapponibili agli atti illeciti, che, invece, sono atti perfetti.⁴⁰

Per quanto riguarda poi la figura dell'onere, l'autore trae il concetto dalle nozioni di validità e di invalidità. Si legge nel testo che «quando l'atto giuridico è un atto lecito, gli effetti ricollegatigli dal legislatore si presumono utili, vantaggiosi per chi compie l'atto, cioè conformi ai suoi interessi, o almeno all'interesse che lo spinge al compimento dell'atto. Nel configurare uno schema di atto giuridico lecito e nel ricollegarlo ad uno o più effetti giuridici, il legislatore viene a mettere a disposizione di tutti coloro che sono legittimati al compimento dell'atto il mezzo, la via per dar vita in concreto ad un effetto di quel tipo. Ma se ciò si risolve, da un lato, in una garanzia di riconoscimento e di tutela per i comportamenti che si adegueranno a schemi del genere, si traduce, dall'altro, in un'alternativa insuperabile: per giungere a questo o a quell'effetto occorre passare per questa o per quella via. Ogni schema di atto giuridico lecito importa cioè la statuizione di un onere. Ad ogni integrale, perfetta riproduzione dello schema si avrà assolvimento dell'onere e quindi ricollegamento degli effetti; e dell'atto che tale onere ha assolto si dirà che è valido.»⁴¹

⁴⁰ G. Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*. Giuffrè, Milano, 1955.

⁴¹ G. Conso, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 61-62

Tornando al tema della prova che viene ammessa e assunta, pur essendo inammissibile, autorevole dottrina ritiene che si è in presenza di un atto invalido, imperfetto che non può considerarsi come illecito.⁴²

Le conclusioni cui è giunto Conso sono state, però, contestate da Gavazzi, il quale fa presente che «il lecito, dal punto di vista logico, non si esaurisce nel facoltativo, ma comprende anche i comportamenti obbligatori. (...) Mentre è esatto che l'inadempimento degli oneri comporta invalidità dell'atto, non è esatto il contrario: che l'invalidità presupponga sempre inadempimento di oneri. L'inassolvimento dell'onere comporta sempre una forma d'invalidità; ma l'invalidità può essere anche conseguenza dell'inosservanza di un dovere»⁴³

Ne deriva che il provvedimento con cui il giudice ammette e assume una prova inammissibile non può ricondursi all'inosservanza di un onere, soltanto perché invalido; si è, invece, in presenza di un inadempimento di un dovere, dal momento che il giudice è tenuto a rispettare le norme di legge.

Da queste analisi si è giunti alla conclusione che, pur essendo invalido l'atto compiuto dal giudice, perché posto in essere in violazione di un

⁴² Si rammenta la tesi sostenuta da Allorio.

⁴³ G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit., p. 142

dovere, questo non ne comporta *sic et simpliciter* l'attribuzione dell'illiceità. Il giudice, infatti, esercita nello specifico un potere-dovere e dallo studio della teoria generale del diritto amministrativo si evince che l'esercizio di un potere in modo non conforme alla legge dà luogo ad un atto illegittimo e non illecito.⁴⁴

5. La prova illecita intesa come violazione di norme sostanziali.

Constatata la qualificazione della prova illecita come violazione di una norma sostanziale, bisogna esaminare i diversi pareri della dottrina circa l'individuazione di quelle norme sostanziali che nello specifico determinano l'illiceità della prova. Si parla di illiceità come contrarietà a una qualsiasi norma sostanziale, illiceità come contrarietà a norme costituzionali, illiceità come contrarietà a norme penali e, infine, illiceità come contrarietà a norme sulla *privacy*.

⁴⁴ L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit. p. 111

5.1. Illiceità come contrarietà a qualsiasi norma sostanziale.

In dottrina si è affermato l'indirizzo secondo cui per prova illecita si debba intendere quella prova precostituita di cui le parti siano entrati in possesso in modo illecito, cioè commettendo un illecito civile, amministrativo o penale.⁴⁵

Angeloni, fra i più autorevoli sostenitori di tale tesi, riporta nella sua opera numerosi esempi giurisprudenziali, dai quali si evince che in tutti i casi in cui si è in presenza di una prova illecita, nel senso sopra specificato, sono state violate norme di diritto sostanziale.

Tra i principali casi citati dall'autore come esempi di prove illecite si ricordano una pronuncia della giurisprudenza francese la quale ha negato ad un datore di lavoro la possibilità di dimostrare in giudizio la colpa grave di un lavoratore, sulla quale si fondava il licenziamento, attraverso registrazioni su nastri magnetici di conversazioni telefoniche.⁴⁶ O uno dei primi casi sulla prova illecita che la nostra giurisprudenza si è trovata ad affrontare, riguardante un creditore, attore, che intendeva presentare come prova nel processo una lettera

⁴⁵ F. Angeloni, *Le prove illecite*, Cedam, 1992 p.7ss.

⁴⁶ App. Parigi, 9 novembre 1966, in F. Angeloni, ult. op. cit.

scritta dal debitore, convenuto, e inviata ad un terzo, a cui lo stesso creditore l'aveva sottratta illecitamente. La Corte aveva affermato l'inutilizzabilità di quella prova, aggiungendo che spettasse al creditore dimostrare di essere venuto in possesso di quella lettera con mezzi leciti.⁴⁷ Un altro contesto in cui è frequente, anche ai nostri giorni, il problema della prova illecita è quello delle separazioni dei coniugi. L'autore riporta un caso in cui il marito cerca di provare l'infedeltà della moglie presentando delle lettere indirizzate alla stessa, che egli avrebbe acquisito violando il segreto epistolare⁴⁸. Un caso simile riguarda, invece, la produzione da parte del marito, ai fini dell'addebito della separazione alla moglie, della riproduzione meccanica di conversazioni telefoniche, ottenute tramite l'installazione di un nastro di registrazione. La corte precisa che il titolare di un abbonamento telefonico non può prendere cognizione delle comunicazioni, in virtù della libertà e segretezza delle stesse, riconosciute da norme di diritto pubblico e privato.⁴⁹

In tutti questi casi, che sono soltanto alcuni degli esempi che potrebbero riportarsi, la prova deriva dalla commissione di un illecito

⁴⁷ Cass. Torino, sez.un. 8 maggio 1884, in F. Angeloni, ult. op. cit.

⁴⁸ Cass. Torino, 22 marzo 1921, in F. Angeloni, ult. op. cit.

⁴⁹ App. Milano 9 luglio 1971, in F. Angeloni, ult. op.

civile, amministrativo o penale, ma in ogni caso trattasi sempre di una violazione di norme sostanziali.

Questa tesi non convince la dottrina più recente, in quanto non viene chiarito il significato da attribuire al termine “illecito”. Ci si chiede, ad esempio, se è possibile configurare l’esistenza di una prova illecita nel caso in cui l’impossessamento della prova sia avvenuto tramite un’omissione o tramite la trasgressione di un’obbligazione avente origine da un contratto. In queste circostanze risulta difficile dare una risposta all’interrogativo, stante un concetto così ampio e generico di illiceità.

Sarebbe, quindi, opportuno delimitare con maggior precisione i confini della prova illecita.

5.2. Illiceità come violazione di posizioni giuridiche tutelate costituzionalmente.

Parte della dottrina più recente considera comprese nella nozione di prova illecita, le prove formate, acquisite o assunte con mezzi illeciti, illegittimi o incostituzionali.⁵⁰

⁵⁰ L.P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 64 ss.

In presenza di queste tipologie di prove, il giudice dovrebbe prescriberne l'inutilizzabilità, affinché il processo possa definirsi "giusto" ai sensi dell'art. 111 Cost. Non è ammesso, quindi, un disinteresse nei confronti di quei valori sui quali si fonda l'etica comune, che sarebbero calpestati da modalità di acquisizione o formazione delle prove che contrastino con i diritti individuali costituzionalmente protetti.

Il processo ha come finalità preminente l'accertamento della verità, che avviene principalmente attraverso le prove, ma non si può ritenere che questa ricerca della verità sia illimitata e incondizionata. È necessario che questo principio dell'accertamento del vero sia correlato e coordinato con altri valori, ugualmente rilevanti e riconosciuti a livello costituzionale, sui quali si fonda il giusto processo. ⁵¹Questo comporta che, se una prova si forma, viene acquisita o assunta in violazione di uno di questi valori, si è in presenza di una prova incostituzionale che non può essere utilizzata.

Dal momento che nella disciplina codicistica manca una disposizione di esclusione, avente un'efficacia generale, che consenta di non ammettere o utilizzare una prova illecitamente acquisita, sarebbe possibile individuare divieti probatori dalle garanzie costituzionali.

⁵¹A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 696 ss.

Tramite questa intermediazione delle norme costituzionali sarebbe possibile “ricondere ad unità, nello schema delle prove incostituzionali, il trattamento sanzionatorio delle prove illegittime e di quelle illecite”.⁵²

5.3. Illiceità come contrarietà a norme penali.

Oltre i due orientamenti dottrinali esposti nei paragrafi precedenti, se ne aggiunge un terzo, il quale sostiene che l’illiceità della prova derivi dalla violazione di norme di diritto penale sostanziale.

Questa posizione è assunta, per lo più dalla dottrina penalistica. Al suo interno si distingue chi afferma che per prova illecita si debba intendere quella prova acquisita con una condotta penalmente rilevante; chi ritiene le prove illecite, quelle acquisite in violazione di norme penali sostanziali e chi, addirittura, utilizza la locuzione “prove penalmente illecite”.

Questa tesi, però non convince e ha subito diverse critiche. Se, infatti, nell’ambito del diritto penale può sembrare naturale che la prova illecita sia quella che discenda dalla violazione di norme penali, bisogna ammettere che, nella prassi, si possono verificare casi in cui

⁵² Così afferma L.P Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 78.

l'illiceità dipenda da altre cause riconducibili all'ambito civilistico o amministrativo. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di chi subisce una pressione psicologica, tale però da non integrare una fattispecie penale, e consegna un documento o altra prova a colui che ha posto in essere quelle pressioni. O a chi, a causa di un'interferenza tecnica non dipendente dalla sua volontà, ascolti o registri conversazioni telefoniche tra altri soggetti. Queste condotte difficilmente potrebbero essere inquadrate in una fattispecie incriminatrice, potrebbero semmai fondare una richiesta di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. o determinare altri tipi di sanzioni.

Inoltre, c'è da considerare che la disposizione che nel diritto penale esplicitamente vieta l'utilizzo delle prove illecite, cioè l'art. 191 c.p.p., il quale recita che "Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate", ha un contenuto generico, non facendo nessun riferimento specifico alle norme penali. Quindi si deve desumere che l'illiceità possa derivare anche dalla violazione di norme appartenenti ad altri contesti.

5.4. Illiceità come contrarietà alle norme che tutelano la *privacy*.

Infine, si è fatto largo un ultimo orientamento che individua la fonte dell'illiceità nella violazione delle norme poste a tutela della *privacy*.

Negli ultimi anni il diritto alla riservatezza ha ricevuto maggiori attenzioni da parte del legislatore ⁵³, ma nonostante ciò, la dottrina maggioritaria non concorda con chi sostiene che la prova illecita equivalga a prova acquisita in violazione del diritto alla *privacy*. ⁵⁴

In particolare, se da un lato questa concezione ha il merito di aver fatto superare la precedente tesi che identificava la prova illecita nella mera violazione di norme penali sostanziali, dall'altro non tiene conto che l'illiceità di una prova può derivare anche da violazioni di norme che sono poste a tutela di altri beni, diversi dal diritto alla riservatezza. Inoltre, anche se il legislatore si è preoccupato di regolare i rapporti tra diritto alla riservatezza e diritto alla prova, non vi sono ragioni per ritenere che le soluzioni prospettate siano valide e applicabili a tutti i casi di illiceità della prova.

⁵³ Si pensi alla creazione del Codice in materia di protezione dei dati personali, introdotto dal d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196.

⁵⁴ La maggior sostenitrice di questa tesi è A. Pinori, *Privacy e processo civile. I limiti di inutilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e diritto alla difesa*, in *Contr. e impr.*, 2014, I, p 51 ss.

6. Sul concetto di illiceità della prova.

Per giungere ad una completa ed esaustiva definizione di prova illecita è opportuno chiarire il concetto di illiceità.

I tentativi della dottrina di individuare l'origine dell'illiceità dalle norme di diritto sostanziale (norme costituzionali, penali) o dal tipo di bene tutelato, come il diritto alla riservatezza, non hanno prodotto i risultati sperati, cioè non sono stati in grado di delimitare con maggior precisione i confini della prova illecita. E nessuno di essi specifica cosa si debba intendere per "illiceità". Infatti, se nel penale il concetto di illiceità è abbastanza chiaro, nell'ambito civilistico o amministrativo esso può assumere diverse accezioni.

6.1. Illiceità intesa come contrarietà a una norma giuridica o come violazione di un obbligo giuridico.

Parte della dottrina sostiene che per "illecito" si debba intendere un fatto contrario ad una norma giuridica. Si tratta di una definizione molto ampia, che anche alcuni filosofi hanno avallato, tra cui Kant che definisce il fatto illecito come quello contrario al dovere.

Oltre a questa definizione così lata, se ne aggiunge un'altra che va un po' a restringere il campo dell'illiceità, in quanto coloro che la sorreggono non ritengono che l'illecito sorga dalla violazione di una qualsiasi norma, perché non tutte le norme fanno sorgere obblighi o doveri. Si parla di illecito, allora, quando viene violata una norma da cui discende uno specifico dovere giuridico.

Questa tesi non convince l'opinione dominante, in quanto indirettamente si accosta al concetto di sanzione. Ma non tiene conto che nell'ordinamento esistono comportamenti che, pur essendo contrari a un divieto, non sono soggetti a nessuna sanzione. Quindi ritenere che vi sia una prova illecita tutte le volte in cui un soggetto ne abbia ottenuto la disponibilità con un comportamento antidoveroso non sanzionato, andrebbe ad ampliare eccessivamente i contorni dell'illiceità.

6.2. Illiceità come contrarietà a principi.

Secondo una teoria minoritaria esiste una categoria di illeciti che possono definirsi come atipici. Si tratta di una forma di illecito, il cui comportamento che lo pone in essere non contrasta con una regola, bensì con un principio.

Come è noto, il diritto è composto da regole e da principi. I principi rappresentano il fondamento giustificativo delle norme. È possibile che una determinata condotta non sia contraria ad una regola ma contrasti con un principio che costituisce l'elemento giustificativo di quella regola. Da qui la nozione di "illecito atipico".

Quindi, si deve concludere che a proposito della prova illecita, l'illiceità può derivare sia dalla contrarietà ad una regola o violazione di un obbligo giuridico, sia dal contrasto con un principio, che è in grado di invertire il significato di una regola, rendendo illecito un comportamento che in base a quella regola era permesso.

6.3. Illiceità come presupposto per l'applicazione di una sanzione.

Un'ultima tesi, volta a delimitare i confini dell'illiceità, collega la nozione di illecito a quella di sanzione. Secondo queste teorie l'illecito può essere definito come quel comportamento cui sono connesse delle conseguenze sfavorevoli. In dottrina si sono affermate diverse concezioni c.d. "sanzioniste".

Alcune tra queste ritengono che tra illecito e sanzione vi sia un'interdipendenza che, però, può essere intesa in due modi: l'illecito

implica la sanzione; oppure la sanzione implica l'illecito. Da questi due modi di intendere il rapporto tra illecito e sanzione derivano conseguenze diverse; nel primo caso, i comportamenti che sono sprovvisti di sanzione non possono considerarsi illeciti; nel secondo, tutti i comportamenti, anche quelli qualificati come doverosi o permessi, se viene imputata una sanzione, sono da ritenersi degli illeciti.⁵⁵ A tal proposito, si riportano le parole di Petrocelli, il quale sostiene che « L'idea di un imperativo giuridico puro, indipendente dalla sanzione, non è ammissibile.(...) Come non è pensabile un illecito senza la sua causa giuridica, senza la norma di divieto, così non è pensabile senza l'effetto della sua violazione»⁵⁶ Non può esserci quindi, un illecito senza che vi sia una sanzione, in quanto lo stesso divieto che è stato violato, per esistere, deve prevedere l'effetto che scaturisce dalla sua violazione. Secondo altre concezioni, invece, la sanzione costituisce un elemento necessario e sufficiente per configurare un illecito.⁵⁷

Le teorie di Kelsen rappresentano un chiaro esempio di questa concezione. Secondo l'autore, «la sanzione viene stabilita come conseguenza del comportamento che viene considerato dannoso per la

⁵⁵ G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit., p. 99.

⁵⁶ B. Petrocelli, *L'antigiuridicità*, III ed., Cedam, Padova, 1955, p. 21.

⁵⁷ G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, cit., p. 100 ss.

società e che deve venire evitato secondo le intenzioni dell'ordinamento giuridico. Tale comportamento è designato col termine "illecito". L'illecito, quindi, è la condizione cui l'ordinamento ricollega, come conseguenza, una sanzione. Il comportamento umano può venir considerato un illecito soltanto se a questo comportamento viene ricollegata una sanzione da una norma giuridica.»⁵⁸

Ciò che è certo è che le teorie c.d. sanzioniste ridefiniscono e restringono il contorno dell'illiceità.

Ma sorge a questo punto un ulteriore problema. Per determinare con maggior precisione il concetto di illecito, bisogna aver chiaro cosa si debba intendere per sanzione. Operazione che presenta non poche difficoltà, considerando che il tema delle sanzioni è stato uno dei più discussi in ogni ambito del diritto, senza che si sia giunto ad un risultato soddisfacente.

Tra i maggiori autori che hanno tentato di fare chiarezza su un concetto così ampio e generico, vi è Bobbio.⁵⁹ L'autore sostiene che tale nozione rappresenti un mezzo per garantire l'effettività dell'ordinamento, ma non utilizza subito il termine "sanzione", distingue, innanzitutto, tra *misure preventive* e *misure successive*. Le

⁵⁸ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni Comunità, Milano, 1959 p.50 ss.

⁵⁹ N. Bobbio, voce *Sanzione*, in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 308ss.

misure preventive sono quelle che agiscono prima della trasgressione della norma e hanno come finalità quella di controllare e in qualche modo impedire la violazione del divieto. Le misure successive, invece, operano dopo che la norma è stata violata e sono volte a riparare o retribuire il danno causato. Nello specifico, le misure retributive possono avere natura economica, sociale, giuridica o fisica; quelle riparative possono operare o tramite riparazione propriamente detta o tramite sanatoria. Da questo quadro è possibile individuare l'area della sanzione, che comprende tutte quelle misure che mirano alla conservazione del sistema e determinano una risposta o reazione alla violazione di una norma che può compromettere la stabilità del sistema stesso.

Quindi, si possono ricomprendere nel concetto di sanzione quelle misure preventive che mirano a scoraggiare la violazione del comando e quelle successive, sia avente natura retributiva che riparativa.

Questa teoria, che collega l'illiceità alla sanzione, è tra le più seguite dalla dottrina dominante ai fini della delimitazione dei confini di tale fenomeno.⁶⁰

⁶⁰ L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit, p. 139 ss.

7. Distinzione tra prove illecite, prove illegittime e prove atipiche.

Prima di giungere ad una definizione di prova illecita che sia il più possibile completa ed esaustiva, tenendo conto di quanto specificato nei paragrafi precedenti, è opportuno volgere lo sguardo verso altre categorie di prove, in particolare la prova atipica e la prova illegittima, che molto spesso vengono confuse o equiparate alla prova illecita.

7.1. Prova illecita e prova atipica.

In dottrina si sono affermati diversi orientamenti circa il rapporto tra prove illecite e prove atipiche.

C'è chi⁶¹ sostiene che si tratti di “due facce della stessa moneta” , in quanto, se per prova atipica si deve intendere quella prova non prevista dalla legge e che si forma, quindi, oltre i limiti imposti dalla stessa, allora sarebbe possibile considerarla come una prova illecita; tutto ciò può avere un senso, però, solo se si accetta una concezione di prova illecita molto ampia, ma, come si è visto, la dottrina dominante

⁶¹ A. Graziosi, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit.

propende per una nozione più ristretta, tale da considerare questi due fenomeni autonomi e non sovrapponibili.⁶²

Il problema fondamentale consiste nel fatto che intorno al concetto di prova atipica ruotano diverse ambiguità, su cui la dottrina ha preso posizioni molto diverse tra loro, che si ripercuotono anche nel rapporto con la prova illecita.

Tale confusione nasce, innanzitutto, perché taluni ritengono che la atipicità riguardi la fonte della prova; altri, invece, le modalità con cui la prova si forma e viene acquisita nel processo.

Se si ritiene che la prova atipica sia quella prova la cui atipicità riguarda la fonte, allora non si viene a creare nessuna sovrapposizione tra i due concetti, perché la fonte di prova è atipica quando non è prevista dall'ordinamento⁶³.

Quando, invece, si è in presenza di una prova tipica ma inammissibile, non si verifica nessuna sovrapposizione tra prova illecita e prova atipica perché una prova inammissibile non è una prova atipica, ma una prova vietata dalle norme processuali. L'unica conseguenza è che tale prova, eventualmente ammessa possa considerarsi illecita, secondo un'accezione molto ampia di illiceità.⁶⁴

⁶² L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit.

⁶³ Si pensi, ad esempio, agli scritti provenienti da terzi o alle perizie stragiudiziali e a sentenze che riguardano altri processi.

⁶⁴ Accezione che, come abbiamo visto, è sostenuta da parte della dottrina, in particolare da Ricci.

A proposito della seconda accezione di atipicità della prova, che riguarda, però la sua formazione o acquisizione, la dottrina non ha di certo contribuito a rendere più chiaro il fenomeno.

Si prenda come esempio l'ispezione non verbalizzata o la testimonianza resa senza giuramento. Si sono affermate principalmente due tesi: la prima nega in maniera rigorosa l'utilizzabilità di queste prove, in quanto si ritiene sussistente il rischio che la valutazione delle stesse avvenga esclusivamente tramite un'operazione mentale del giudice, non controllabile dalle parti e in contrasto con quanto prevedono gli artt. 115 c.p.c. e 97 disp. att. c.p.c., che prevedono un divieto per il giudice di utilizzo della propria scienza privata. La seconda tesi fa leva su un'altra prospettiva, quella «dell'essenzialità o meno del requisito mancante»⁶⁵, secondo cui, per stabilire se una prova, assunta con un procedimento difforme da quello stabilito dalla legge, possa essere utilizzata ai fini della decisione da parte del giudice, bisogna verificare se l'elemento mancante sia essenziale o meno. A proposito degli esempi riportati, sia la dottrina che la giurisprudenza, hanno ritenuto di poterli considerare validi, nel primo caso perché la verbalizzazione non è prevista a pena di nullità; nel secondo caso perché, ai sensi dell'art

⁶⁵ B. Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv.dir.proc.*, 1978.

257 c.p.c “il giudice (...) può disporre che siano nuovamente esaminati i testimoni già interrogati, al fine di chiarire la loro deposizione o di correggere irregolarità avveratesi nel precedente esame” quindi si evince che il legislatore prevede un’ipotesi di irregolarità e non di nullità dell’atto. L’atto è irregolare ma valido e può produrre effetti.

In conclusione, si può affermare che sia nel caso in cui l’atipicità riguardi la fonte della prova, sia nel caso in cui riguardi il procedimento di assunzione, non si verifica nessuna sovrapposizione tra prova illecita e prova atipica. Possono, infatti, esistere prove atipiche ma lecite e , al contrario, prove tipiche ma illecite, che sono entrate in possesso della parte o si sono formate con mezzi illeciti.

7.2. Prova illecita e prova illegittima.

Si è ormai affermata nella dottrina dominante, l’opinione che la prova illecita sia quella prova assunta in violazione di norme sostanziali. In passato, però, si è creata una certa confusione terminologica, in quanto diversi autori utilizzavano indistintamente il termine “illecite” e “illegittime” per indicare lo stesso fenomeno.

In realtà, non risulta corretta quest'inclinazione e ciò viene confermato dalla dottrina più recente che si è preoccupata di distinguere i due concetti. L'autore che più ha tentato di chiarire tale distinzione è Comoglio⁶⁶, il quale si riferisce alle prove illegittime per indicare quelle prove che siano state assunte in violazione di norme processuali, tesi fatta propria anche da autori successivi.

Si è, quindi, confermata l'idea che le prove illegittime siano quelle che derivano dalla violazione di norme processuali, le prove illecite, invece, quelle derivanti dalla violazione di norme sostanziali.

8. Verso una definizione di prova illecita.

Da tutte queste considerazioni è possibile giungere ad una definizione di prova illecita, che permetta di delinearne i contorni con maggiore precisione e chiarezza.

In particolare, Passanante⁶⁷, nella sua esaustiva opera su questo tema, offre una definizione di prova illecita che si ritiene condivisibile.

“Per prova illecita si intende quel mezzo di prova preconstituito per acquisire materialmente il quale, fuori dal processo, la parte abbia

⁶⁶ L. Comoglio *Le prove civili*, cit. p.64ss.

⁶⁷ L. Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit. p. 155

violato norme di diritto sostanziale munite di sanzione o quel mezzo di prova costituendo, nell'assumere il quale al processori violino norme di diritto sostanziale munite di sanzione".