

La prova dell'addebito nel procedimento di separazione

Autore: Redazione

In: Diritto civile e commerciale

di Michele Angelo Lupoi*

* Associato dell'Università di Bologna

Sommario

1. Introduzione. L'onere della prova
2. Il ruolo della "confessione"
3. Peculiarità della prova testimoniale in questo contesto
4. Le relazioni investigative
5. Prova dell'addebito e social networks
6. L'utilizzo di registrazioni audio/video
7. Le prove illecite e il loro utilizzo nel procedimento di separazione

1. Introduzione. L'onere della prova

Nei procedimenti di separazione giudiziale, viene seguente formulata, da almeno uno dei coniugi, domanda di addebito della separazione stessa alla controparte.

Come noto, la separazione può essere addebitata a uno o, in ipotesi, anche ad entrambi i coniugi quando la crisi matrimoniale possa essere collegata (in un rapporto di causa / effetto) a comportamenti di quel coniuge contrari ai doveri derivanti dal matrimonio.

Attesa la eterogenea natura di quei doveri, le situazioni che possono condurre a tale addebito sono le più varie: situazioni di dipendenza (alcool, droghe...), ludopatia, violenza fisica o morale, abbandono del tetto coniugale, solo per citarne alcune. Nell'esperienza pratica, d'altro canto, la causa più frequente dell'addebito della separazione è l'infedeltà ed è proprio su tale ipotesi principale che la mia analisi si concentrerà, anche se i ragionamenti che si andranno a fare rispetto a quel contesto possono agevolmente essere estesi ad altre situazioni.

Come ovvio, per potersi pronunciare sull'addebito, il giudice deve compiere un accertamento dei fatti rilevanti, nell'ambito dell'istruttoria di causa. Tali fatti debbono essere in primo luogo allegati dalle parti e sugli stessi devono essere formulati mezzi istruttori, nel rispetto dei termini perentori di legge (e dunque entro la seconda memoria di cui all'art. 183, comma VI c. p. c. per la prova diretta ed entro la terza per la prova contraria)^[1].

La parte che chiede l'addebito all'altra per motivi di infedeltà ha l'onere di dimostrare che l'altro coniuge abbia intrecciato relazioni di tipo sentimentale o sessuale con altre persone (potendo peraltro rilevare pure la c.d. infedeltà putativa o quella unilaterale, in quanto non ricambiata). Il soddisfacimento di tale onere, però, non porta necessariamente all'accoglimento della domanda. Ai fini dell'addebito, infatti, si richiede un nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, alla cui stregua l'unione matrimoniale trovi nel tradimento di un coniuge la causa diretta ed immediata del proprio disfacimento.

Ove, dunque, il tradimento si collochi in una situazione di crisi coniugale già in atto (e spesso già conclamata) tale nesso causale manca e la domanda di addebito deve essere rigettata anche a fronte della piena dimostrazione dell'infedeltà coniugale.

Per giurisprudenza ormai consolidatissima, d'altro canto, la prova del comportamento infedele fa presumere che esso abbia reso la convivenza intollerabile, con assoluzione dell'onere della prova da parte dell'istante. E però la controparte ha la possibilità (e l'onere) di dimostrare, appunto, la mancanza del nesso di causa / effetto tra infedeltà e crisi coniugale nei termini sopra indicati^[2].

E così, a fronte della proposizione di una domanda di addebito, entrambe le parti si trovano investite di un onere probatorio specifico, sovente assai difficile da soddisfare.

Ciò che si deve dimostrare, dall'una e dall'altra parte, sovente è avvenuto nel chiuso delle pareti domestiche o comunque lontano da occhi indiscreti: da un lato, vi è l'oggettiva "lontananza" tra la prova

dell'infedeltà e il coniuge "tradito", che non ha, di norma, conoscenza diretta di quello che l'altro coniuge possa avere effettivamente fatto; dall'altro, per il coniuge nei cui confronti sia proposto l'addebito, può essere complesso dimostrare che il rapporto coniugale, di là dalle apparenze (e a volte dalla finzioni convenzionali che la vita può imporre), si fosse ormai irrimediabilmente logorato.

Molto spesso, per le ragioni appena esposte, quella che il giudice si trova a valutare è in effetti una istruttoria indiziaria, basata cioè su fatti diversi (i c.d. indizi) da quelli che dovrebbero essere oggetto di valutazione diretta. Tali indizi, in base alle regole generali, in quanto gravi, precisi e concordanti, portano il giudice a trarre conseguenze circa l'esistenza di circostanze che, di per sé, restano indimostrate: in quest'ottica, qualsiasi elemento si presta ad essere potenzialmente rilevante, dalla modifica repentina di consolidate abitudini comportamentali alla casuale scoperta nella tasca del coniuge della ricevuta del ristorante con due coperti, dal fatto di non andare in vacanza insieme al non avere amicizie comuni e così via.

¹¹ Senza potere entrare qui nel dettaglio, è contraria quella prova che cerchi di contrastare le risultanze istruttorie della prova fatta valere dalla controparte (ad esempio, un documento che smentisce o contraddice il documento prodotto dalla controparte oppure la persona indicata a testimoniare sui capitoli della controparte - sul presupposto che tale teste "a riprova" dia risposte di segno contrario rispetto a quelle che ci si aspetta dai testi indotti dall'avversario). Per quanto riguarda il convenuto, in particolare, non è prova contraria, ma prova diretta, quella relativa ai fatti estintivi, modificativi o impeditivi del fatto costitutivo su cui si fonda la domanda dell'attore. Con particolare riferimento a una domanda di addebito per infedeltà, ad esempio, la prova relativa al preteso venir meno dell' *affectio coniugalis* in epoca precedente all'asserito "tradimento" non può essere formulata per la prima volta nella terza memoria di cui all'art. 183, comma VI c. p. c., bensì nella seconda. Per una interessante fattispecie, v. Trib. Genova, 30 maggio 2019, in www.osservatoriofamiglia.it, in cui il giudice, dopo averli ammessi, revoca l'ammissione dei capitoli testimoniali della moglie, tesi a dimostrare che la crisi coniugale fosse antecedente alla scoperta da parte del marito di un di lei tradimento, ritenendo che tali capitoli "avrebbero dovuto essere formulati a prova diretta nella seconda memoria istruttoria e non in controprova nella terza memoria, con conseguente lesione del principio del contraddittorio ai danni del ricorrente".

¹² Per una recente applicazione di tali principi, v. Trib. Genova, 30 maggio 2019, cit.

2. Il ruolo della "confessione"

Alla luce di quanto precede, il tradizionale "arsenale" dei mezzi di prova diretta previsti dal codice di rito è spesso è assai poco efficace.

Si può cominciare considerando il ruolo della "confessione".

Come noto, la confessione (e dunque l'interrogatorio formale che dovrebbe stimolarla) non è ritenuta ammissibile rispetto a diritti di cui la parte non possa liberamente disporre. E poiché l'orientamento assolutamente uniforme ritiene che l'addebito della separazione riguardi, appunto, una situazione "indisponibile"^[3], i fatti che ne costituiscono il fondamento non potranno essere oggetto di confessione né spontanea né indotta.

Rispetto all'addebito (e al relativo onere probatorio), in effetti, si ritiene che la decisione del giudice non possa fondarsi neppure sulla richiesta congiunta delle parti.

Trattandosi di diritto indisponibile, inoltre, non potrà essere invocato in questo contesto l'onere di contestazione specifica da parte del coniuge contro cui l'addebito sia stato richiesto.

Quanto precede non implica che le dichiarazioni delle parti (o degli avvocati) negli atti di causa o nel corso del processo siano prive di rilevanza ai fini della decisione. Un conto, infatti, è dire che le dichiarazioni (più o meno spontanee) della parte non possano avere efficacia di prova legale altro è pensare che ciò che venga detto nel processo possa restare privo di qualsiasi rilievo.

Al contrario, accade sovente che il giudice ponga a base della decisione dichiarazioni o ammissioni della parte, raccolte, ad esempio nel corso di un'udienza oppure di operazioni peritali (magari aventi ad oggetto profili diversi dall'addebito). Si afferma, infatti, al riguardo che le ammissioni della parte possano essere utilizzate, insieme ad altri elementi probatori, come presunzioni ed indizi liberamente valutabili, sempre che non esprimano opinioni o stati d'animo personali ma fatti obiettivi, suscettibili di essere valutati giuridicamente come indice della violazione di specifici doveri coniugali^[4].

^[3] V. Cass. n. 2025 del 1977 e 1435 del 1975.

^[4] V. Cass., 4 aprile 2014, n. 7998; Trib. Genova, 30 maggio 2019, cit.; App. Palermo, 14 marzo 2011, n. 321, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 20, p. 64.

3. Peculiarità della prova testimoniale in questo contesto

La prova testimoniale può senz'altro trovare ampio utilizzo in questo contesto, pur presentando problematiche specifiche.

In primo luogo, considerata la natura "privata" o "intima" di molte delle circostanze potenzialmente rilevanti sul piano istruttorio, sovente si assiste al ricorso alla c.d. testimonianza *de relato*: in sostanza, il teste indotto si limita a riferire circostanze di cui è venuto a sapere dalla stessa parte che lo ha convocato a testimoniare. Tali deposizioni, dunque, sono prive di efficacia probatoria.

La capitolazione delle domande, inoltre, è qui particolarmente impegnativa, poiché si devono evitare domande generiche, non circostanziate in modo specifico o che implicino l'esternazione di opinioni o valutazione del testimone più che di una narrativa fattuale.

Sovente, inoltre, i testi indotti dalle parti sono parenti o amici più o meno stretti di queste ultime e ciò ovviamente ha ripercussioni sulla loro attendibilità. Se, in generale, si afferma che le dichiarazioni rese da parenti ed affini ammessi a testimoniare *ex art. 247 c. p. c.* non abbiano un'efficacia probatoria maggiore e diversa da quella delle dichiarazioni provenienti da terzi estranei, poiché generalmente i fatti rilevanti nel giudizio di separazione si svolgono nel chiuso delle pareti domestiche, nulla esclude che il giudice possa legittimamente attribuire maggiore attendibilità alle testimonianze di terzi estranei piuttosto che a quelle di parenti e affini, dando adeguata motivazione della scelta operata^[51].

^[51] Cass., 14 febbraio 1990, n. 1095.

4. Le relazioni investigative

Con particolare riferimento alla domanda di addebito, sovente le parti producono in giudizio relazioni redatte da investigatori privati, a seguito di indagini sui comportamenti dell'altro coniuge, normalmente con contorno di fotografie più o meno eloquenti.

Tali relazioni, per la Cassazione sono utilizzabili come strumento di prova^[61]. Più cauta, invece, la dottrina, che evidenzia la natura di prova atipica della relazione dell'investigatore, nella quale si individua un contenuto "oggettivo" (ovvero i dati o supporti tecnici in grado di mostrare il contesto spaziale, temporale e personale in cui l'evento è avvenuto) ed uno "narrativo" (fatti attestati come avvenuti dall'investigatore).

Il primo contenuto potrebbe essere acquisito al processo come documento, mentre il secondo richiederebbe una conferma attraverso la deposizione testimoniale¹⁷¹. In quest'ottica, parte della giurisprudenza di merito afferma che i fatti precisi, circostanziati e chiari esposti nei rapporti formati da un investigatore privato, incaricato da un coniuge di ottenere argomenti da utilizzare avverso la controparte debbono essere oggetto di prova orale, poiché tali rapporti, di per sé, costituiscono una prova atipica, con la precisazione che la relativa richiesta istruttoria non possa limitarsi alla conferma da parte dell'investigatore del rapporto in atti, essendo piuttosto necessaria una specifica capitolazione dei fatti che nella relazione sono indicati come avvenuti alla presenza dell'investigatore stesso¹⁸¹.

¹⁶¹ Cass., n. 11516 del 2014.

¹⁷¹ Danovi, in *Fam. dir.*, 2014, p. 884 ss.; Guerra, *ivi*, p. 829.

¹⁸¹ Trib. Milano, 8 aprile 2013, ord. in *Fam. dir.*, 2014, p. 819; Trib. Milano, 17 luglio 2013.

5. Prova dell'addebito e *social networks*

Negli ultimi anni, una vera e propria miniera di informazioni sulla vita e sui comportamenti della controparte si sono rivelati i *social network*, sovente usati senza l'opportuna prudenza da persone apparentemente inconsapevoli della portata delle loro pubblicazioni *online*.

Una volta che una notizia, una foto, un commento sia stato postato su un *social network* o in un *blog*, in effetti, esso diventa sostanzialmente di pubblico dominio. Anche se l'*account* o il profilo della persona interessata sia configurato come "privato" o comunque accessibile solo dalle persone espressamente autorizzate, il materiale ivi caricato può a quel punto "circolare" senza limiti e senza possibilità di controllo, finendo spesso nella disponibilità (a questo punto del tutto legittima) della controparte. Al riguardo, in effetti, la giurisprudenza afferma che le foto e le informazioni pubblicate sul profilo personale dei *social network* (*in primis*, Facebook) sono di per sé destinate ad essere conosciute da soggetti terzi e debbono dunque essere considerate alla stregua di informazioni conoscibili da terzi¹⁹¹.

La rilevanza probatoria dei materiali pubblicati sui *social network* si manifesta in tutta la sua potenza rispetto al tenore di vita e alle possibilità economiche delle parti. Capita sovente, infatti, che una parte produca in giudizio le foto dei viaggi, delle feste, delle cene e degli aperitivi pubblicate *online* dalla

controparte, la quale, magari, negli atti di causa, si lamenta di condurre una vita di ristrettezze e sacrifici.

Il monitoraggio delle pubblicazioni *online*, inoltre, consente di verificare eventuali "contraddizioni" della controparte (che, magari, abbia sostenuto di non potere tenere i figli nel *weekend* per impegni di lavoro e poi pubblici le foto del fine settimana passato in riva al mare con gli amici).

Foto, *post* e commenti pubblicati *online*, inoltre, possono essere valorizzati come prove anche rispetto ad una domanda di addebito¹¹⁰¹. In quest'ottica, verranno in primo luogo in rilievo i materiali pubblicati durante la convivenza matrimoniale ma non è escluso che indizi utili per la decisione si possano trarre anche da *post* "caricati" successivamente all'esplosione della crisi, nella misura in cui essi possano confermare presunzioni o "sospetti" in merito alle cause della crisi stessa.

Ben altri discorsi vanno fatti, invece, rispetto ai contenuti "riservati" di *chat-rooms*, messengerie, *e-mail*: ovvero di quelle che, oggi, sono le più frequenti fonti per la scoperta di comportamenti scorretti del coniuge. Capita molto di frequente, ad esempio, che una parte venga a sapere (non necessariamente per caso) di comportamenti dell'altra contrari ai doveri derivanti dal matrimonio leggendo gli SMS o i messaggi *Whatsapp* ricevuti o spediti dal proprio partner. Con una certa frequenza, inoltre, vengono effettuati accessi non autorizzati al cellulare o al *computer* della controparte per estrarne informazioni compromettenti o altra documentazione da utilizzare poi in un successivo procedimento di separazione o di divorzio.

Il tema, se vogliamo, è quello classico della "sottrazione" della corrispondenza altrui. Le moderne tecnologie, peraltro, permettono di declinare tale tema con molteplici nuove connotazioni. La messaggia istantanea, in effetti, da un lato agevola le comunicazioni a distanza tra le persone, dall'altro prospetta rischi inediti, rispetto alla possibilità che tali comunicazioni possano essere "intercettate" e utilizzate in modo indebito (o comunque non desiderato dalla parte interessata) e magari provalate a un pubblico potenzialmente sterminato con un semplice "clic".

Da questo punto di vista, almeno sulla carta, la parte che invia o riceve tali comunicazioni private riceve ampia tutela. Essendo equiparate alla corrispondenza, infatti, la loro "segretezza" è garantita anche a livello costituzionale. A parte le ipotesi di loro utilizzo legittimo nel processo da parte dell'altro coniuge, infatti, le copie o le riproduzioni di comunicazioni telematiche altrui a natura privata sono qualificabili come prove illecite. Si afferma, in particolare, che le informazioni contenute nei messaggi scambiati utilizzando il servizio di messaggistica (o di *chat*) fornito da un *social network*, vanno assimilate a forme di

corrispondenza privata, e come tali ricevono la massima tutela sotto il profilo della loro divulgazione^[11].

Come si vedrà, peraltro, in concreto, tale tutela, nel processo civile, può essere fortemente compressa. La giurisprudenza di merito, in effetti, tende a considerare ammissibili e valutabili anche prove eventualmente acquisite in modo illecito dalla parte che ne fa utilizzo nel processo. Anche una *email* sottratta in modo illegittimo, dunque, rischia di rientrare nei materiali valorizzati dal giudice per la sua decisione.

^[9] Trib. S. M. Capua Vetere, 13 giugno 2013, decr., in *www.ilcaso.it*.

^[10] Tribunale Prato, 28 ottobre 2016, in banca dati *Pluris*, ad esempio, addebita la separazione alla moglie che: *a)* aveva avuto, o almeno aveva dato a intendere di avere, una relazione extraconiugale, alludendovi con *post* volgari sul suo profilo *Facebook*, leggibili anche dalla figlia; *b)* aveva ivi pubblicato foto sia sue che della figlia in abbigliamento succinto e con atteggiamento inopportuno per l'una e per l'altra; *c)* aveva consentito che alla figlia venissero scattate foto in pose allusive e discutibili, commentandone poi una positivamente allorché la figlia stessa l'aveva pubblicata sul proprio profilo *Facebook*.

^[11] Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 giugno 2013.

6. L'utilizzo di registrazioni audio/video

Le nuove tecnologie, inoltre, consentono oggi di procurarsi con p>[12].

La parte interessata, di norma, chiederà di essere autorizzata a depositare in cancelleria la chiavetta, la scheda telefonica o il supporto contenente la registrazione che vuole fare acquisire agli atti, accompagnandola da una trascrizione dei relativi contenuti.

In effetti, una tale prova rientra nel catalogo delle prove tipiche ed in particolare delle prove meccanografiche, ai sensi dell'art. 2712 c.c.: "le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti o di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime".

Le sezioni unite della Cassazione in una sentenza del 2003^[13] hanno affermato che la registrazione di un

colloquio, in quanto rappresentativa di un fatto, integra una prova documentale.

Si può porre, a questo punto, il dubbio se tale "riproduzione meccanica" costituisca una prova lecita ovvero se debba considerarsi illecita e, in quest'ultimo caso, quali possano esserne le conseguenze.

La giurisprudenza penale, peraltro, ha da tempo chiarito che non costituisca reato effettuare registrazioni di conversazioni telefoniche o di dialoghi cui abbia partecipato anche l'autore della registrazione. Si è più volte evidenziata, infatti, la liceità delle registrazioni foniche e visive effettuate tra privati, presenti alla conversazione.

Si prospetta, in particolare, un trattamento profondamente diversificato tra le registrazioni private e le c.d. intercettazioni. Le prime, infatti, vengono compiute di propria iniziativa da uno degli interlocutori e non richiedono alcuna autorizzazione. Le intercettazioni, per contro, sono eseguite da un soggetto estraneo al dialogo e sono, in quanto comprimono il diritto alla *privacy* della persona intercettata, uno strumento di indagine riservato alla Magistratura, potendo essere disposte in presenza solo di specifici reati, nel rispetto di specifiche formalità previste dalla legge¹⁴¹.

Afferma, al riguardo, la Cassazione: *"la registrazione della conversazione effettuata da uno degli interlocutori all'insaputa dell'altro non è classificabile come intercettazione, ma rappresenta una modalità di documentazione dei contenuti della conversazione, già nella disponibilità di chi effettua la "documentazione" e potenzialmente riversabili nel processo attraverso la testimonianza"*¹⁵¹. Rispetto alle registrazioni private, eseguite da un soggetto che partecipi attivamente alla conversazione o sia ammesso ad assistervi, non si realizza, infatti, una compromissione del diritto alla segretezza della comunicazione: l'oggetto della comunicazione viene legittimamente appreso da chi era il destinatario della stessa o comunque non era "terzo" o intruso.

Al riguardo, la Cassazione ha chiarito che: *"La comunicazione, una volta che si è liberamente e legittimamente esaurita, senza alcuna intrusione da parte di soggetti ad essa estranei, entra a far parte del patrimonio di conoscenza degli interlocutori e di chi vi ha non occultamente assistito, con l'effetto che ognuno di essi ne può disporre, a meno che, per la particolare qualità rivestita o per lo specifico oggetto della conversazione, non vi siano specifici divieti alla divulgazione (es.: segreto d'ufficio). Può dunque essere affermato il principio che la registrazione della conversazione effettuata da uno degli interlocutori all'insaputa dell'altro non è classificabile come intercettazione, ma rappresenta una modalità di documentazione dei contenuti della conversazione, già nella disponibilità di chi effettua la*

"documentazione"^[16].

Anche la Cassazione civile ha previsto, come requisito fondamentale per considerare lecita una registrazione, il fatto che la parte che la produce in giudizio abbia partecipato alla relativa conversazione o telefonata. In particolare, si è affermato che: *"la registrazione su nastro magnetico di una conversazione telefonica può costituire fonte di prova, a norma dell'art. 2712 cod. civ., se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conversazione sia realmente avvenuta e che abbia avuto il tenore risultante dal nastro, sempre che non si tratti di conversazione svoltasi tra soggetti estranei alla lite (sentenza 11 settembre 1996, n. 8219 in linea con la precedente sentenza 11 dicembre 1993, n. 12206). Tale giurisprudenza ha anche chiarito che, affinché il giudice possa dedurre argomenti di prova da una registrazione su nastro magnetico è necessario che almeno una delle parti, tra le quali la conversazione stessa si svolge, sia parte in causa"*^[17].

In altre parole, chi conversa con altre persone accetta il rischio che la conversazione, a sua insaputa, sia documentata mediante registrazione, purché lo si faccia allo scopo di tutelare un diritto proprio o altrui.

Il fatto che una "registrazione privata" possa essere legittimamente eseguita non vuole anche dire che esse possa essere pure utilizzata o divulgata in modo arbitrario o indiscriminato, per non incorrere in violazioni della normativa sulla *privacy*. E però, per quanto ci interessa qui, tale registrazione può essere utilizzata come fonte di prova in un processo civile nel pieno rispetto di tale normativa: il relativo utilizzo, infatti, è funzionale alla tutela in giudizio di un proprio diritto e come tale autorizzata dall'art. 13 del Codice *Privacy*, purché tale utilizzo venga circoscritto al perseguimento delle finalità dichiarate e per il periodo strettamente necessario.

Resta ovviamente aperta, per la controparte, la possibilità di contestare che si tratti di registrazioni genuine, disconoscendone la conformità ai fatti e alle cose contenute nelle stesse. In effetti, gli strumenti tecnologici consentono ampie possibilità di manipolare contenuti audio-visivi formati fuori dal processo e senza la garanzia del contraddittorio. Tale contestazione dovrà però essere tempestiva e non generica ed avvenire con le modalità e nei termini previsti dagli artt. 214 ss. e 293 c. p. c.

Al riguardo, la Cassazione richiede appunto che il "disconoscimento", per fare perdere alle riproduzioni in esame la loro qualità di prova, debba "essere chiaro, circostanziato ed esplicito" (dovendo concretizzarsi nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta). Deve inoltre avvenire nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla rituale acquisizione delle

suddette riproduzioni, venendosi in caso di disconoscimento tardivo ad alterare l'*iter* procedimentale in base al quale il legislatore ha inteso cadenzare il processo in riferimento al contraddittorio^[18].

A *contrario* rispetto a quanto precede, devono considerarsi "illecite" e dunque fonte di responsabilità sul piano penale, le registrazioni di conversazioni o telefonate eseguite da persone non presenti, tramite, ad esempio, un telefono cellulare lasciato in modalità registrazione "on" in una stanza o, a maggior ragione, impianti per compiere intercettazioni ambientali, ampiamente disponibili ai privati tramite canali più o meno ufficiali^[19].

^[12] V. su questi profili Cass. pen., 3 febbraio 2017, n. 5241; in senso conforme Cass. pen., 8 marzo 2010, n. 9132.

^[13] Cass., sez. un., n. 36747 del 2003.

^[14] Cfr. Cass. pen., sez. I, 14 aprile 1999; sez. I, 14 febbraio 1994; sez. VI, 8 aprile 1994.

^[15] Cass. pen., sez. II, 20 marzo 2015, n. 19158.

^[16] Cass. pen., sez. II, 20 marzo 2015, n. 19158.

^[17] Cass., 1° marzo 2017, n. 5259, ord.

^[18] Cass., 22 aprile 2010, n. 9526,

^[19] In questo senso, v. Cass., 8 maggio 2015, n. 19158, la quale ha rilevato che *"ciascuno dei soggetti che partecipano ad una conversazione è pienamente libero di adottare cautele ed accorgimenti, e tale può essere considerata la registrazione, per acquisire, nella forma più opportuna, documentazione e quindi prova di ciò che direttamente pone in essere o che è posto in essere nei suoi confronti [...]. Diversa è l'ipotesi, ricorrente nel caso di specie, di registrazione eseguita da un privato, su indicazione della polizia giudiziaria ed avvalendosi di strumenti da questa predisposti. In giurisprudenza [...] si è ritenuta, invece, l'inutilizzabilità di registrazioni di conversazioni effettuate, in assenza di autorizzazione del giudice"*.

7. Le prove illecite e il loro utilizzo nel procedimento di separazione

Nelle pagine che precedono si è in più occasioni accennato alla acquisizione illecita di materiali idonei a fornire "prova" di circostanze rilevanti ai fini dell'addebito. Nel contenzioso di famiglia, in effetti, si pone forse con più frequenza che in altri contesti la questione della possibilità di utilizzare prove c. d. illecite, in ragione della "vicinanza" tra le parti e della facilità che da tale vicinanza derivino occasioni di interferenza indebita nella "sfera" personale altrui: tra persone che vivono sotto lo stesso tetto, in effetti, a volte basta aprire un cassetto e accedere a un *laptop* per entrare in possesso di materiale riservato del coniuge.

La categoria delle prove illecite, invero, non ha una disciplina normativa nell'ambito del processo civile¹²⁰¹ e, nell'esperienza pratica, si riscontrano orientamenti discordanti in merito alla sua definizione e pure al suo utilizzo nel processo¹²¹¹.

Possono essere qualificate come illecite, innanzi tutto, le prove formate fuori dal giudizio o acquisite \ assunte in giudizio con mezzi illegali o illegittimi, metodi penalmente illeciti, atti che comportino violazioni di diritti costituzionalmente protetti¹²²¹, dei segreti professionale, d'ufficio e di Stato¹²³¹ o, ancora, di norme a tutela della *privacy*¹²⁴¹. La nozione è poi utilizzata da alcuni, in senso estensivo, anche per riferirsi alle prove nulle o assunte con modalità divergenti da quelle all'uopo previste. Soprattutto in questa ultima accezione, il confine con le prove atipiche appare labile: in effetti, in tale ottica, la linea di separazione tra prove illecite, prove nulle o ammesse in violazione di una norma che ne stabilisce l'inammissibilità o in violazione di norme che ne regolamentano le modalità di assunzione in giudizio¹²⁵¹ tende a sfumare.

A mio avviso, peraltro, la nozione di prova illecita non postula una "devianza" rispetto ai mezzi di prova previsti dalla legge e alle modalità procedurali di loro acquisizione nel processo¹²⁶¹, ma fa riferimento al primo gruppo delle ipotesi sopra considerate: in altre parole, il problema, sul piano della illiceità, non è assumere una prova con modalità diverse da quelle previste dalla legge, quanto utilizzare o far valere nel giudizio materiali (normalmente documenti) ottenuti o formati in violazione di norme sostanziali specifiche a tutela di diritti fondamentali dell'individuo ovvero integrando fattispecie di reato¹²⁷¹, in fattispecie per la cui violazione sia prevista una sanzione¹²⁸¹. In quest'ottica, può qualificarsi prova illecita, a titolo esempio, il documento prodotto in giudizio in violazione del diritto costituzionale alla segretezza della corrispondenza della controparte e non, invece, la prova testimoniale ammessa in violazione dell'art.

246 c. p. c.^[29].

In altre parole, mi pare che la nozione di illiceità debba essere tenuta distinta da quella di prova inammissibile o di prova nulla, arrivando a concludere che, come regola, le prove illecite sono tendenzialmente inammissibili (o comunque non utilizzabili)^[30], ma non tutte le prove inammissibili o nulle sono pure illecite. Si deve così tracciare in modo netto una linea di confine tra prove atipiche e prove illecite^[31], considerando le seconde di regola inammissibili e comunque non utilizzabili dal giudice ai fini della decisione proprio per le modalità *contra legem* della loro acquisizione, a prescindere dalla modalità della loro formazione. Per contro, si può escludere che la prova assunta deviando dalle disposizioni previste dalla legge per le prove tipiche sia per ciò solo illecita.

Tale conclusione appare di non poco conto. Se, come regola, la prova illecita è da ritenersi non utilizzabile dal giudice^[32], tale inutilizzabilità può essere fatta valere in sede di gravame. La prova "deviante", invece, non è, in quanto tale, inutilizzabile dal giudice, come dimostra la disciplina della prova nulla: a titolo esemplificativo, una eventuale violazione dell'art. 246 c. p. c., in effetti, costituisce un *error in procedendo*, ma ove non tempestivamente fatta valere dalla controparte, la relativa nullità è sanata e ben può il giudice dare valore istruttorio a tale testimonianza (con i filtri, comunque doverosi, della verifica della relativa attendibilità e genuinità).

Rispetto all'utilizzabilità della prova illecita, vi è una profonda diversità di approccio tra giurisprudenza penale e giurisprudenza civile. Sul piano penale, in effetti, l'utilizzo nel processo di prove acquisite illecitamente (tipicamente, violando la *privacy* o la segretezza della corrispondenza altrui...) è metodologicamente sanzionato. Ad esempio, è pacifico che la sottrazione di messaggi *chat* o SMS dell'altro coniuge debba essere penalmente sanzionato.

Ciò non vuol dire però che tali messaggi, por ottenuti in modo illecito (e dunque esponendosi alle conseguenze penali che ne derivano), siano pure non utilizzabili, ai fini probatori, in ambito civile, in un procedimento di separazione o di divorzio.

In dottrina, si segnalano, al riguardo, due posizioni diametralmente contrapposte.

Per un orientamento, le prove acquisite in modo illecito (nel senso sopra enucleato) non potrebbero essere utilizzate in un processo proprio per non dare rilievo a materiali ottenuti integrando fattispecie illecite.

Per contro, un altro orientamento ritiene che, in mancanza di una norma espressa che sanzioni tale utilizzo, anche prove ottenute in modo illecito potrebbero essere utilizzate nel processo civile, senza alcun limite. In sostanza, la parte che utilizza in giudizio tali prove si espone al rischio di una denuncia penale e della relativa condanna ma può bilanciare tale rischio con i vantaggi che ritiene di ottenere rispetto alla decisione del giudice nel giudizio civile. In altre parole, sta alla parte compiere un bilanciamento costi-benefici prima di porre in essere determinate attività processuali.

La giurisprudenza civile di merito, dal canto suo, sembra in via maggioritaria aperta all'utilizzo di prove anche illecitamente acquisite.

Si può citare, ad esempio, un provvedimento del Tribunale di Torino che ha ritenuto legittima la produzione, nel giudizio civile, di prove acquisite in modo illecito - ossia commettendo un reato - e, in particolare, in violazione alle norme sulla *privacy*.

Nella fattispecie, ci si trovava di fronte ad uno scenario abbastanza "classico", ovvero la produzione, in un giudizio di separazione di *email* e SMS trafugati e sottratti da un coniuge all'altro, per acquisire prove circa l'infedeltà di quest'ultimo. Prendendo posizione al riguardo, il Tribunale piemontese ha ammesso e fondato il proprio giudizio proprio su tali documenti, sul rilievo che non esistano norme esplicite, nel codice di rito, che vietino l'ingresso di prove acquisite commettendo un reato.

Secondo il Tribunale di Torino, non sarebbe sufficiente, a rendere inutilizzabile la prova acquisita in violazione della *privacy*, il semplice fatto che tale azione sia punita con il codice penale, né che la stessa Costituzione sancisca il principio di segretezza della corrispondenza.

Nello stesso senso si è pronunciato il Tribunale di Roma^[33], sempre in materia di addebito della separazione: nella fattispecie, in particolare, si è ritenuto di fondare la prova dell'adulterio del marito su messaggi sms estratti dal telefono cellulare dell'uomo, di cui la moglie era entrata in possesso. Afferma, al riguardo, il Tribunale di Roma che è recessivo, rispetto al diritto di difesa in giudizio, quello alla inviolabilità della corrispondenza.

Alle stesse conclusioni, ma in contesto diverso, è giunto il Tribunale di Milano^[34]. Nella fattispecie, una società aveva citato alcuni ex-dipendenti assegnati alla propria sezione "Ricerca e Sviluppo", per asserita sottrazione di segreti aziendali e concorrenza sleale. La prova di tali atti di concorrenza sleale era costituita da corrispondenza personale dei dipendenti comprovante, oltre alla sottrazione di informazioni

riservate, l'esistenza di un progetto avanzato di costituzione di una società concorrente, nella quale travasare il *know-how* dell'attrice allo scopo di cannibalizzarne il mercato. I convenuti avevano eccepito l'inutilizzabilità delle *email* in questione, argomentando che si trattasse di corrispondenza privata cui la controparte aveva avuto accesso abusivamente, ma senza disconoscerle come proprie; l'attrice, d'altra parte, non aveva fornito prova di esserne entrata legittimamente in possesso. Il Tribunale di Milano si è così espresso nel senso di considerare le prove in questione utilizzabili. Anche qui, viene evidenziato che il codice di procedura civile non contiene, a differenza di quello di procedura penale, alcuna norma che sancisca un principio di inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite in violazione di legge. Se ne desumerebbe la volontà del legislatore di separare, nel processo civile, la questione processuale della produzione dei documenti, connessa al diritto di difesa, dalla questione sostanziale relativa alle modalità di acquisizione della documentazione, che può essere oggetto di separata controversia civile o, ricorrendone i presupposti, procedimento penale; e lasciare all'apprezzamento del giudice nel caso concreto l'utilizzabilità di prove di cui pure sia dubbia la liceità.

La Cassazione, peraltro, di recente, si è espressa in senso difforme¹³⁵¹, proprio in una fattispecie di separazione. La Corte, rispetto alla lamentata non utilizzazione da parte del giudice di merito, ai fini probatori, di alcuni *files* audio con relativa traduzione giurata, già di "proprietà" del marito e a lui sottratti e inviati anonimamente al difensore della moglie, condivide, infatti, l'implicita conclusione di inutilizzabilità di materiale probatorio raccolto illecitamente.

A mio parere, l'indiscriminato utilizzo di prove illecite nel processo civile qualche problema lo pone. Ritengo anzi che, di regola, le prove illecite dovrebbero essere considerate inammissibili (o comunque non utilizzabili)¹³⁶¹. A prescindere, infatti, da una norma che esplicitamente escluda l'utilizzo di tali prove nel processo civile, resta il fatto che tale divieto costituisce, in qualche modo, un corollario del sistema di tutela costituzionale di determinate posizioni giuridiche. Ha poco senso, in effetti, sul piano della effettività, riconoscere i diritti di ognuno alla riservatezza, alla *privacy* e alla segretezza della propria corrispondenza e di ogni altra comunicazione se poi prove acquisite in pacifica violazione di tali diritti potessero essere liberamente utilizzate dal giudice civile come fondamento della propria decisione.

Rispetto a quanto precede, si obietta che, nel bilanciamento tra questi diritti costituzionali e l'obiettivo dell'accertamento della verità, sia quest'ultimo a dovere prevalere. Ho qualche riserva rispetto a tale conclusione. Su un piano più filosofico, si potrebbe dubitare che l'obiettivo del processo civile sia effettivamente l'accertamento della verità; a livello più procedurale, d'altro canto, l'esistenza di precisi

limiti di ammissibilità e di requisiti formali di acquisizione di una prova al processo (anche sul piano delle relative preclusioni) costituiscono di per sé un ostacolo all'accertamento della verità nel contesto processuale. In altre parole, se l'ordinamento tollera di escludere dal processo una prova lecita prodotta tardivamente, come può poi ammettere, nell'interesse all'accertamento della verità, l'utilizzo di prove illecite depositate tempestivamente senza cadere in un'intrinseca contraddizione? Forse che, nel primo caso, l'interesse all'accertamento della verità sia meno pressante?

Ciò detto, si possono però operare dei distinguo rispetto alla possibilità di utilizzare prove illecite, nel contenzioso matrimonial-genitoriale, a supporto di allegazioni di violenze, abusi o maltrattamenti nei confronti dell'altro coniuge / genitore o della prole.

Si è, in effetti, visto come le soluzioni al problema passino attraverso il bilanciamento tra contrapposti diritti. In particolare, chi ritiene che le prove illecite non siano utilizzabili, afferma che la tutela dei diritti lesi dal comportamento illecito debbano prevalere sul diritto alla prova della parte. Un conto, però, è parlare di concorrenza sleale o di addebito della separazione, altro affrontare il problema della prova di abusi e maltrattamenti in ambito familiare, in particolare laddove le vittime siano i figli minorenni delle parti. Qui, infatti, come si è visto, non opera il tradizionale principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e il giudice svolge un ruolo inquisitorio ai fini dell'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione.

In un simile contesto, dunque, il bilanciamento di interessi contrapposti non riguarda tanto e soltanto il tradizionale diritto alla prova della parte, quanto la tutela della prole esposta a situazioni di pericolo, rispetto alla cui piena ed efficace attuazione il diritto alla *post* del soggetto accusato di porre in essere i lamentati addebiti si pone su posizioni del tutto recessive.

E dunque si potranno utilizzare anche prove acquisite in violazione di divieti di legge o addirittura commettendo reati se funzionali all'accertamento dei fatti rilevanti per la decisione in materia di violenza in famiglia.

In ultima analisi, tale conclusione pare compatibile con quanto affermato dalla Cassazione nel caso menzionato più sopra. Nel chiudere la sua motivazione, infatti, la Corte afferma: "*Quanto alla utilizzabilità della consulenza P. la Corte di appello ha rilevato che la relazione P. è stata allegata a quella dei Servizi Sociali e come tale era comunque acquisibile alla valutazione del giudice ai fini di una decisione connotata dal rilievo pubblicistico perchè diretta alla realizzazione della miglior tutela nel superiore interesse dei*

minori coinvolti nella controversia."

Il riferimento alla "diretta alla realizzazione della miglior tutela nel superiore interesse dei minori coinvolti nella controversia" pare, infatti, andare proprio nella direzione da me indicata: ovvero che la miglior tutela nel superiore interesse dei minori possa giustificare una deroga alla inammissibilità delle prove illecite.

Michele Angelo Lupoi

¹²⁰¹ In materia, di recente, Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 945 ss.

¹²¹¹ Si è occupato di questa tematica di recente, Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017.

¹²²¹ Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, tomo 1, Torino, 1994, p. 193, che fa riferimento alle prove costituenti il risultato di un'attività penalmente rilevante; v. anche G. F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 30 ss.

¹²³¹ Civinini, *op. cit.*, p. 194; *amplius*, sul punto, Passanante, *op. cit.*, p. 85 ss.

¹²⁴¹ Su questi profili, v. Passanante, *op. cit.*, p. 127.

¹²⁵¹ Taruffo, *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Taruffo, Milano, 2012, p. 75.

¹²⁶¹ Come osserva Passanante, *op. cit.*, p. 104 ss., assumere una prova nel rispetto delle regole processuali all'uopo previste non costituisce per la parte un obbligo, ma un onere, dal cui mancato assolvimento deriva il mancato conseguimento del risultato auspicato (e l'illegittimità della prova così assunta) ma non una sanzione.

¹²⁷¹ V. pure A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit., p. 946 ss. Appare convincente la tesi di Passanante, *op. cit.*, p. 85 ss., per il quale, p. 155, è illecito il mezzo di prova preconstituito per acquisire materialmente il quale, fuori dal processo, la parte abbia violato norme di diritto sostanziale munite di sanzione o di quel mezzo di prova costituendo, nell'assumere il quale al

processo si violino norme di diritto sostanziale munite di sanzione.

¹²⁸¹ Per Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 147, proprio la sanzione è l'elemento distintivo in grado di tracciare il discrimine tra ciò che è illecito e ciò che non lo è.

¹²⁹¹ *Contra*, G. F. Ricci, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale. Cagliari, 7-8 ottobre 2005*, Milano, 2007, p. 178, include nel novero delle prove illecite anche quelle formate in violazione di un divieto normativo, come nel caso della testimonianza stragiudiziale resa da un soggetto incapace di testimoniare ai sensi dell'art. 246 c. p. c. L'a., dunque, conclude che non possono gabellarsi per prove atipiche prove che sono di per sé vietate e quindi illecite: così.

¹³⁰¹ V. ampiamente A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit. p. 954 ss.

¹³¹¹ In questo senso anche Passanante, *op. cit.*, p. 155 ss.

¹³²¹ In questo senso, di recente, Cass., 8 novembre 2016, n. 22677, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1689, rispetto alla produzione in un giudizio di separazione di un *file* audio che il marito aveva depositato dopo averlo sottratto in maniera fraudolenta alla moglie. Per una diversa opinione, v. Passanante, *op. cit.*, *passim*, per il quale, p. 403, per escludere la prova illecita dal processo sia necessaria una disposizione espressa (la cui introduzione dovrebbe peraltro avvenire a determinate condizioni, per essere conforme al principio del giusto processo e al diritto alla prova costituzionalmente garantiti).

¹³³¹ 17 maggio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2206.

¹³⁴¹ Sez. spec. in materia di impresa, sent. n. 9431 del 2016.

¹³⁵¹ 8 novembre 2016, n. 22677, ord.

¹³⁶¹ V. ampiamente A. Graziosi, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, cit. p. 954 ss.

<https://www.diritto.it/la-prova-delladdebito-nel-procedimento-di-separazione/>