

Ferruccio Auletta

RECENSIONE A
**LUCA PASSANANTE, *LA PROVA
ILLECITA NEL PROCESSO CIVILE***

Estratto

RECENSIONI

LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Giappichelli, 2017, pp. IX-448.

Sono stato indotto a leggere questo libro per l'incontro di due sensazioni: per prima l'avevo ricevuta dalla narrazione dell'a. che, con cortesia, aveva voluto personalmente espormi le sue più mature idee riguardo al tema della monografia; l'altra — in contrasto — avevo poi derivato dal racconto di tali idee che (non) avevo (più) ritrovato leggendo la recensione del volume, non priva di cenni divergenti dalle idee (da me) supposte oltre che di riserve (per me) sorprendenti sopra la loro conclusione (cfr. G. Basilico, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 252). Come sempre accade, due forze agenti l'una contro l'altra generano energia e moto nuovi, ed eccone il risultato: il bisogno di chiarirmi le idee scrivendo io del bel libro di Luca Passanante.

Devo anticipare — infatti — che, a mio giudizio, si tratta di un'opera di estremo interesse, di sicura levatura culturale e di evidente maturità scientifica dell'a., un sano positivista che dà occasione di tornare all'impiego di categorie basilari non sempre usate avvertitamente dagli autori (a cominciare da *illecito - illegittimo*): egli interviene in un dibattito, sì riacceso anche per via di vicende assai note (quella della *Lista Falciani* è una di queste, tra le più risonanti nei *media*, mentre erano state per lo più piccole storie di fedifraghi ad aver alimentato la giurisprudenza civile anteriore: pp. 305 s. nota 34; 367 nota 52) e però in una babele di voci.

Sì: il dialogo — che pur sarebbe favorito finanche da una situazione di anomia sostanzialmente comune a molti altri grandi paesi (v. p. 3 nota 10; p. 217 s. nota 3), con la indotta fertilità di un campo da arare coi più ampi movimenti circolari del pensiero) è divenuto improduttivo, arrestato su alcune e gravi pregiudiziali. La prima (i) è di metodo, e (ii) la seconda (di definizione) oggettiva: (i) se *a priori* nell'*iter* di soluzione circa la questione della prova illecita dev'essere la scelta nel processo civile di uno tra la « tensione verso il vero » o gli « altri valori altrettanto rilevanti ed incompressibili » (A. Graziosi); (ii) cosa si intende veramente per *prova illecita* (conio, a quanto pare [p. 174 nota 86], di L.P. Comoglio), specialmente in rapporto a quella c.d. atipica, illegittima o altrimenti inutilizzabile.

Premesso che il merito principale dell'a. è quello proprio di chi ha un'idea forte, che propugna chiaramente e, con argomenti nuovi, riesce a sostenere in risalita della corrente, *i.e.* « nonostante l'opinione della dottrina prevalente » (p. 353), a entrambi quegli interrogativi — che si sollevano a osservare un dibattito tanto acceso quanto ancora incapace di secernere il nucleo di un'opinione comune — egli offre un principio di risposta, coerente senz'altro e comunque in grado di far progredire seriamente lo stato delle cose.

Per prima cosa, la trattazione rinuncia alla necessarietà della prospettiva assiologica, e « mette in discussione che questa prospettiva sia l'unica in grado di fornire risposte attendibili e, soprattutto, che il discorso debba cominciare da qui »

(p. 9), cioè dai valori e dal ruolo da assegnare alla *verità nel processo* (tornata di moda coi più recenti contributi di M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, e A. Mengali, *Preclusioni e verità nel processo civile*: entrambi per i tipi 2018 di Giappichelli). Poi, con argomenti accurati, sceglie una definizione dichiaratamente *stipulativa* di « prova illecita » (pp. 149-155), che non collima con la definizione (il più delle volte apodittica) alla quale va invece il favore della manualistica (cfr., per es., C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 2017, p. 302 s.), ma ha certo il pregio della nettezza.

Ripete l'a. che « decidere se una prova illecita sia o meno ammissibile esige il compimento di una scelta morale, esattamente come accade quando lo Stato deve scegliere se legalizzare la prostituzione, le scommesse, l'aborto o se applicare o meno imposte sulla pornografia, sulle droghe, sull'alcool o sul tabacco: si tratterebbe quindi di un problema di *political morality* » (p. 219, dove si riprendono le parole di W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*², Cambridge, 2006, p. 269), e il Nostro esclude che questa scelta possa compiersi dall'interprete comune per l'insufficienza dei dati normativi essenziali, servendo allo scopo l'impegno almeno di *una* corte costituzionale, come negli Stati Uniti e in Germania (cfr. p. 344 s.). Ed è rimarchevole che, in questi tempi di *déravage* del diritto giurisprudenziale, la proposizione finale del volume torni a ricercare il conforto del « principio di legalità cui è soggetto il processo secondo l'attuale formulazione dell'art.111, c. 1 Cost. » (p. 368).

Ora, vorrei confrontare i miei personali convincimenti coi modi di porsi dell'a. rispetto all'indagine, e a tal fine domando provocatoriamente: se è *bene* la rinuncia al manicheismo della posizione assiologica (che indubbiamente restringe lo spettro delle opzioni risolutive), perché dovrebbe essere *meglio* rinunciare anche alla teoria generale del processo e ai suoi benefici?

Sono difatti i limiti dell'indagine, consapevolmente scelti e già annunciati in apertura dell'opera (pp. 10 s.; 76 ss.), che non mi convincono del tutto: escludere il processo penale dall'ipotesi di lavoro — a parte il sacrificio di una normativa contemporanea puntuale quanto illuminante, come ammette l'a. stesso (p. 177) — non mi persuade. La giustificazione sta(rebbe) sostanzialmente nella circostanza per la quale ove si discuta di « acquisire prove a carico dell'indagato in violazione di norme sostanziali », in effetti si sta discutendo di « legalità dell'estrinsecarsi del pubblico potere » (p. 11), ciò che non appartiene regolarmente al processo civile.

Tuttavia, a parer mio, non può essere tralasciato il più nutrito campo disponibile di disposizioni pertinenti (artt. 188, 189, 190, 191 c.p.p.) quando già l'origine del problema giuridico moderno della prova illecita insiste proprio nel diritto criminale (*Commonwealth v. Dana* del 1841 viene ricordata quale prima manifestazione della dimensione costituzionale del problema nella giurisprudenza Usa sul processo penale, sebbene con orientamenti poi abbandonati: pp. 196 nota 54 e 332 nota 136). Per di più, le soluzioni a tale problema vanno adesso praticate in un ambiente totalmente permeato ormai dal lessico normativo e concettuale del nuovo c.p.p. (come in tema di « inutilizzabilità »: pp. 127 ss., 192, 271 ss.; anzi, l'a. stesso è tornato su uno di questi *topoi* in *Prova e privacy nell'era di internet e dei social network*, in questa rivista, 2018, p. 535). E (fin)anche le soluzioni alle quali L.P. aspira — pur rigettando istanze classiche di « unificazione », da lui svilite a « espediente retorico » o « mito » vero e proprio: p. 325 ss. — comunque vengono ricercate « in consonanza con l'orientamento della dottrina penalistica » (p. 181: altrove, p. 327) ancorché l'aspirazione di consonanza retroceda a esigenza di pura *consistency* o, meglio, di meno stringente *coherence*.

Sta di fatto che tali soluzioni fanno ricorso alla tecnica che, nella scia di Dworkin (*I diritti presi sul serio*, Bologna [trad. it.], 1982), intende estrarre dai

principi le regole delle fattispecie da governare, senza fare a queste diretta applicazione dei primi (ancor più quando « del tutto irrelati »: p. 363). Sennonché, i principi di riferimento del processo civile, nel nostro punto focale, distillano regole probatorie talora applicabili anche là dove il tema della « legalità dell'estrinsecarsi del pubblico potere » si ripropone tal quale al processo penale, ossia — per es. — nel contenzioso tributario (cui sono dedicate le pp. 241-258 del libro). Qui, preso atto che « la giurisprudenza non ha avuto il coraggio di affermare apertamente che la illiceità della prova è irrilevante nel processo, almeno quando il soggetto (per di più privato), che ha posto in essere l'illecito per impossessarsi materialmente del mezzo di prova, è diverso da colui che intende avvalersene in giudizio », l'argomento offerto in replica dell'obiezione non (mi) appare irresistibile (cfr. p. 333 nota 140): che un processo sarebbe solo *formalmente* civile se poi non è anche un *processo fra privati* tant'è che la sola sensibilità mostrata dalla giustizia tributaria (sulla cui natura attuale v. da ultimo G. Moschetti, *Se il processo tributario diventa pubblicistico*, in *Sole 24 ore*, 10 settembre 2018, p. 16) avrebbe sinora riguardato l'illiceità della prova formata per abuso dello stesso pubblico potere (qual è il caso della perquisizione illegittima).

Ad ogni modo, le conclusioni di L.P. sono univoche: nessuna combinazione legislativa disciplina *oggi* nel senso della rilevanza in giudizio (e quindi dell'inammissibilità della prova che se ne ricava) i « fatti verificatisi all'esterno del processo e, in quanto tali, bisognosi di accertamento » (p. 378). Sicché, « in assenza di divieti espressi, dovrebbe determinarsi la piena ammissibilità della prova illecita » (p. 360).

A mio avviso, il tema merita qualche ulteriore considerazione di tono costituzionale, prima di eventualmente condividere l'univocità e la costanza di un simile convincimento.

Se — come mi è stato insegnato (Verde, *Diritto processuale civile*⁵, Bologna, 2017, p. 97) — il modello probatorio del processo civile rimane indifferente alla Costituzione, non è certo questa la sorte pure del processo penale: per quest'ultimo, aver dettato in Costituzione (art. 111) che « il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova » e che « la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio [...] per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita », implica già logicamente che quei « fatti verificatisi all'esterno del processo e, in quanto tali, bisognosi di accertamento » trovino *regolarmente* accesso e rilevanza « davanti al giudice », non prima né senza del quale la prova si « forma ». A quel giudice sono, cioè, *naturalmente* devolubili (anche) tutti quei fatti, ed egli ne presidia l'accertamento in funzione *costitutiva* della prova stessa. Si può dire che quei fatti sono immanenti all'accertamento penale, e « sempre » può dunque ricorrere il tema di « prova [della] condotta illecita » per apprezzare le risultanze di un mezzo in corso di formazione.

A me pare, allora, che la conclusione di L.P., pur scientemente avulsa dai temi intimi al giudizio penale (dove si può ammettere senza difficoltà che sono la Costituzione e la legge a dissodare, ma anche recintare il campo), non possa non considerare come al giudice di « ogni processo » la Costituzione affidi comunque il compito residuale di conformare a giustizia il processo, di per sé soltanto legittimo: altrimenti, cosa vorrebbe dire che « la giurisdizione si attua mediante il *giusto* processo regolato dalla legge »? Che anche il giudice civile — senz'altro il giudice istruttore a norma dell'art. 175 c.p.c. (« Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e *leale* svolgimento del procedimento ») — è destinatario della missione di conformare a giustizia il processo di per sé (già e però soltanto) legittimo.

Come ho già avuto modo di dire a proposito di un altro volume (T. Arruda Alvim Wambier, *Nulidades do processo e da sentença*⁷, São Paulo, 2014, in questa rivista, 2014, p. 1540), « al giudice, certo deve sempre riconoscersi il potere di conformare a giustizia un processo di per sé (soltanto) legittimo per l'accidente che, nonostante tutto, non sia anche "giusto", e questo per via della soggezione del giudice (non alla legge e basta, ma anche) alla Costituzione »; se è così, quel giudice dev'essere allora stabilmente dotato del potere di svolgere tutti quegli accertamenti funzionali a tale scopo, riguardassero pure l'impiego di fonti di conoscenza acquisite o assunte « viola[ndo] norme sostanziali munite di sanzione » (stando alla definizione *stipulativa* di illiceità della prova).

Del resto, perché il cantiere del giudizio dovrebbe rimanere assolutamente privo di ogni barriera d'ingresso se poi il suo unico edificio durevole, la regiodicata, deve comunque venir giù per il successivo accertamento di alcuni di quei « fatti verificatisi all'esterno del processo » e che certo lasciano inferire la qualificazione di *illicita* della prova? A me pare che — mentre non trarrei (diversamente da come fa l'a.: p. 368 nota 57) dalla disciplina del giuramento decisorio alcun dato, né a favore né contro, ché invero si sta al cospetto di un mezzo di *Adr* e non già di prova, se a qualcosa di epistemico esso ancora rimanda — si rinvergono indizi normativi già nell'ordito legislativo della revocazione o nella trama sistematica della querela di falso per ammettere che l'accertamento di fatti del genere non rimanga inibito sin dal corso del giudizio di primo grado. Lì, rispettivamente, il fatto della « scoperta della falsità » della prova (anche priva di ogni anteriore accertamento) ne fa presumere soltanto una diversa rilevanza « dopo » quegli eventi processuali che solo vengono ad alterare la tecnica di accertamento, ma non sembrano conferire rilevanza *tout court* alla falsità in parola (artt. 395, n. 2, 396, 398, comma 2°, c.p.c.); e la stessa falsità dell'atto pubblico, in particolare, può a certe condizioni sottrarsi all'accertamento in senso proprio e pieno reclamando una delibazione incidentale orientata ad altro (cfr., se vuoi, il mio *Querela di falso e giudizio cautelare*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 550; Di Meglio, *Gli incidenti di falso nel procedimento arbitrale riformato*, in *Riv. arbitrato*, 2009, p. 170), del tipo che invece L.P. vorrebbe invariabilmente inibire al giudice assumendo che « manca nel nostro processo civile una sede istituzionalmente preposta all'accertamento della illiceità della prova » (p. 378, ove secondo me riescono un po' maltrattati il concetto di *prova contraria* e la letteratura *ad hoc*: v. A. Palmieri, *La prova contraria nei giudizi civili: lo stato delle questioni*, in questa rivista, 2014, p. 1195).

Si badi: qui non si intende delegare a « qualsiasi giudice ordinario » un bilanciamento assiologico tra principi — dove convengo sopra la posizione dell'a., restio « ad attribuirgli un ruolo che non gli appartiene e affidargli il compito di compiere una vera e propria operazione di politica del diritto e del processo » (p. 364 s.) —, ma soltanto riconoscere al giudice un potere (implicito) di accertamento incidentale su fatti e che rimane rigorosamente funzionale alla produzione dei dati giudiziari di cui servirsi per la decisione di un « giusto processo » (concetto qui invocato diversamente da quanto è talora fatto per *liquidarlo* nell'opera), e non soltanto di un « processo regolato dalla legge ».

In questa prospettiva, potrebbe avvertirsi il bisogno di tornare a declinare la soluzione inerente alla categoria della prova illecita (anche stipulativamente definita al modo dell'a.) per tipi, verificando di nuovo la natura del bene protetto dalla sanzione, la sua relazione con lo scopo del processo, l'imputazione soggettiva della condotta e la sua relazione con la parte onerata della prova, la qualità ed effettività dell'afflizione conseguente al comportamento donde il mezzo risultasse infine acquisito o assunto (per es.: è forse indifferente la recente abrogazione dei reati degli artt. 485 s. c.p., *Falsità in scrittura privata e in foglio firmato in bianco* e la

soggezione di tali condotte alla sanzione pecuniaria civile a norma del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7? È pregiudizialmente da ricusare l'effetto di ogni negozio sopra l'utilizzabilità di una prova? Per es., la *Rule of Evidence* n. 502, *Attorney-Client Privilege*, consente alle parti di accordarsi rinunciando all'eccezione, accordo « binding on the judge »: R. Marcus, *The « Rulemakers » Laments*, in *Fordham Law Review*, 2013, 81, p. 1644): non si potrebbe consegnare così al giudice una pluralità di elementi in base ai quali esercitare in misura (fin)anche predittibile il potere in questione?

Certo, all'intelligenza e alla cultura di Luca Passanante non mancano risorse adeguate a togliermi anche questi residui dubbi, l'averne generato consapevolezza — e il seguente bisogno di chiarir(me)ne l'essenza — trovo ineguagliabile merito di una vera opera di ingegno (giuridico) e di un docente degno di questo nome: « The one real object of education is to have a man in the condition of continually asking questions » (Mandell Creighton, professore nell'università di Cambridge, vescovo di Londra). [FERRUCCIO AULETTA]

* *