

CAPITOLO I

PROVA ILLECITA
E «COMPIUTEZZA»¹ DELL'ORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. Premesse. – 1.1. Oggetto dell'indagine. – 1.2. Ragioni dell'indagine. – 1.3. Metodo dell'indagine. – 1.4. Limiti dell'indagine. – 1.5. Ipotesi di lavoro e scopi dell'indagine. – 2. Prova illecita e «incompiutezza» dell'ordinamento. – 2.1. Lacune normative e lacune assiologiche. – 2.2. Prova illecita e lacune normative. – 2.3. Prova illecita e lacune assiologiche. – 2.4. La prova illecita presa sul serio: un *hard case* (processuale) da risolvere tra regole e principi. – 2.5. Prova illecita e antinomie. – 3. Prova illecita e sovra- / sotto-inclusività delle regole sulle prove. – 4. Conclusioni provvisorie.

1. *Premesse*

1.1. *Oggetto dell'indagine*

L'oggetto del presente studio è costituito da quel fenomeno che nella letteratura processualciviltistica viene comunemente denominato “prova illecita”. Tale locuzione, tuttavia, non esprime un significato univoco, sicché è opportuno svolgere fin da subito qualche considerazione preliminare al fine di evitare possibili equivoci: gli studi in materia, in effetti, rendono manifesta – come si vedrà più analiticamente oltre² – una sorta di discordia cronica, sovente occulta e trascurata, circa il significato da dare a questa espressio-

¹ Si utilizza qui il termine «compiutezza» dell'ordinamento nella sua (duplice) accezione carneltuttiana: «il problema della compiutezza presenta due facce, diritto e rovescio della medaglia: la sua espressione *positiva* riguarda l'*esuberanza*; la sua espressione *negativa* riguarda invece la *deficienza* di comandi nell'ordinamento» (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, II ed., Soc. ed. del Foro Italiano, Roma, 1946, p. 76 ss., corsivi dell'a.). Il problema dell'*esuberanza* si traduce nella presenza di *antinomie*, quello della *deficienza* nella presenza di *lacune*. In termini analoghi cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Veit und Comp., Berlin, 1840, pp. 262-296 e spec. pp. 263-264, di cui v. la versione italiana (trad. it. di V. Scialoja), *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Unione Tipografica Torinese, Torino, 1886, pp. 262-302 e spec. p. 268.

² In particolare, saranno dedicati alla ricostruzione dei significati attribuiti dalla dottrina alla locuzione “prova illecita” i parr. da 1.1 a 1.4 del cap. II.

ne³. Anticipandosi qui, in estrema sintesi, i termini di un problema articolato e complesso – che, essendo rimasto a lungo irrisolto, alimenta il diffuso e fondato senso di insoddisfazione e di disorientamento che si prova non appena ci si addentri un poco nel tema –, si deve segnalare una distinzione tra le posizioni di coloro che ritengono di accomunare sotto l'unica etichetta di “prova illecita” tanto le prove inammissibili comunque ammesse ed assunte, quanto le prove di cui la parte sia entrata in possesso o che abbia materialmente formato in modo illecito e quelle di chi, invece, ritiene di includere nella categoria solo queste ultime. È altrettanto importante avvertire fin da subito che nell'opinione di chi scrive – con la riserva di giustificare l'assunto in seguito – la nozione di “prova illecita” da accreditare sia la seconda, ossia quella più ristretta. Ci si occuperà, quindi, della *prova acquisita materialmente o formata in modo illecito, cioè con violazione di norme di diritto sostanziale* e non anche, invece, delle prove ammesse ed assunte in contrasto con disposizioni del codice di rito o comunque di diritto processuale, che pure talvolta in letteratura vengono incluse – a nostro avviso impropriamente, per le ragioni che saranno esposte a tempo debito – tra le “prove illecite”⁴.

1.2. Ragioni dell'indagine

La letteratura degli ultimi anni⁵ e l'esperienza giurisprudenziale più recente⁶ hanno riportato alla luce il tema della c.d. “prova illecita” nel processo ci-

³ Gli equivoci concettuali e terminologici sono opportunamente evidenziati anche da A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 693.

⁴ Il profilo terminologico, gravido di implicazioni che si riflettono inevitabilmente sul modo di porre il tema della prova illecita e sulle soluzioni proposte alle diverse e complesse questioni che solleva, merita senz'altro un più adeguato approfondimento, per il quale si rinvia ai successivi capp. da II a V.

⁵ Ci si riferisce, in particolare, a: A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, p. 693 ss.; L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 30-46 (prevalentemente riferito al processo penale, ma con ricadute di ordine generale), nonché, specie con riguardo ai rapporti con il tema del diritto alla riservatezza, F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 348 ss.; A. PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 51 ss.; e, con specifico riferimento ad alcune recenti e notissime vicende giurisprudenziali legate alla giustizia tributaria, C. BESSO, *Procedimento tributario. Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1610 ss.

⁶ Devono essere anzitutto ricordate le seguenti decisioni, molte delle quali in materia tributaria: Cass., 16 giugno 2006, n. 14058, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Tributi in genere*, n. 1060; Cass., 13 aprile 2007, n. 8940, *ivi*, 2007, n. 1283; Cass., 14 novembre 2012, n. 19870, in *Riv. dir. trib.*, 2013, II, p. 46, con nota di COLLI VIGNARELLI; Cass., 25 marzo 2013, n. 7466, in *Rep. Foro it.*, voce *Prova civile in genere*, n. 34; Cass., 27 febbraio 2015, n. 4066, *ivi*, voce *Tributi in genere*, 2015, n. 467; Cass., 28 aprile 2015, n. 8605, in *Giur. it.*, 2015, p. 1610 ss.; Cass., 28 aprile 2015, n. 8606, inedita;

vile, che, dopo aver riscosso nei decenni passati una viva attenzione⁷, era poi rimasto per un certo tempo nell'ombra o addirittura caduto in oblio. La scelta di farne oggetto di uno studio monografico non è, però, dovuta solo all'attualità del tema, ma è riconducibile ad una serie di ragioni, meno superficiali e meno contingenti, di cui pare opportuno dare, pur sommariamente, conto.

Al di là degli auspici manifestati dalla dottrina più autorevole già negli anni Sessanta del secolo scorso⁸, è indubbio che tuttora il fenomeno della prova illecita si presenti come bisognoso di un'indagine approfondita⁹, apparendo, fin da un primo approccio, "lacunoso" e "divisivo": sotto il primo profilo si deve considerare che non solo, come si avrà modo di vedere più diffusamente, esso manca nel nostro ordinamento – come, per la verità, in molti altri¹⁰ – di una disciplina positiva *ad hoc*, ma esso soffre altresì di una

Cass., 19 agosto 2015, n. 16950, in *Dir. e pratica trib.*, 2015, II, p. 1120 e in *Corriere trib.*, 2016, p. 697, nonché, da ultimo, Cass., 23 dicembre 2015, n. 25951 e Cass., 1 settembre 2016, n. 17503, entrambe inedite. Una delle vicende giurisprudenziali più note e recenti che hanno occasionato il ritorno "alla ribalta" del tema della prova illecita è legata alla c.d. lista Falciani, un elenco di clienti di una nota banca svizzera trafugato da un ex dipendente – Hervé Falciani –, sulla scorta del quale sono state irrogate sanzioni tributarie a contribuenti (oltre che nel nostro Paese anche in molti altri Paesi d'Europa e del Mondo) da cui è scaturito un ampio contenzioso, prima in sede di giustizia tributaria territoriale, poi approdato alla Corte di cassazione. Ad esse si riferiscono molte delle pronunce appena citate. Sulla lista Falciani si tornerà più diffusamente *infra* nel cap. VII. Nella giurisprudenza di legittimità in materia di diritto del lavoro v. Cass., 7 dicembre 2004, n. 22923, in *Riv. critica dir. lav.*, 2005, p. 223; Cass., 29 dicembre 2014, n. 27424, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 266; Cass. 8 agosto 2016, n. 16629, in *Rep. foro it.*, 2016, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 805; in quella di merito v., in materie diverse, Trib. Bari, 16 febbraio 2007, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Prova civile*, nn. 12-15; Trib. Torino, ord. 17 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino, 8 marzo 2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 2480 ss.; Trib. Milano, sez. spec. impr., 27 luglio 2016, n. 9431, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*. Di altra giurisprudenza di merito si darà adeguatamente conto altrove (oltre che *infra* in questo paragrafo, testo e nt. 17, cfr. *amplius* capp. VII e VIII).

⁷V. *infra* testo e nt. 18.

⁸E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contratto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, I, 2, 1960, c. 867 ss. e spec. c. 872 ed in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 213-221 e spec. p. 220, nt. 7, già evidenziava l'opportunità che «la materia formasse oggetto di vasto e sistematico studio», «in una monografia a ciò *ex professo* dedicata».

⁹G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, IV ed., Cacucci, Bari, 2015, p. 190, il quale dà giustamente atto che il tema è assai più trascurato dalla dottrina di quello (invece più frequentato ed oggetto di maggiori approfondimenti) della prova atipica. Sulla distinzione tra i due concetti si rinvia a quanto si dirà *infra*, cap. V, par. 2.1 e 2.2.

¹⁰Oltre all'Italia, tra gli altri Paesi europei, privi di una disciplina positiva generale *ad hoc* in materia di prova illecita nell'ambito del processo civile, meritano di essere segnalati: la Germania (si vedano, infatti, le ricostruzioni proposte in dottrina, ma con ampi riscontri giurisprudenziali, da J. WEICHBRODT, *Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, *passim*, in una prospettiva ricostruttiva unitaria che accomuna il processo civile e quello penale, nonché, in chiave più schiettamente civilistica, S.B. REICHENBACH, § 1004 BGB als Grundlage von Beweisverboten, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, *passim*); l'Austria (v., W. H. RECHBERGER, D.A. SIMOTTA, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, VIII ed., Manz, Wien, 2010, p. 772 ss.; H. W. FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*, II ed., Manz, Wien, 1990, p. 934 ss.); l'Olanda (ove, al momento di riformare

certa scarsità di studi che ne abbiamo tentato un soddisfacente approfondimento teorico o che abbiano anche solo, più limitatamente, cercato di definirne in modo chiaro i contorni ¹¹.

Sotto il secondo profilo, vanno fin da subito richiamati i risvolti etici – sui quali si tornerà più volte nel corso dell'indagine – che costituiscono inseparabili accoliti del tema della prova illecita ¹² e che, per loro natura, finiscono col dividere gli interpreti, in una contrapposizione che spesso appare insanabile proprio perché figlia di differenti sensibilità etiche, prima ancora che giuridiche ¹³. Si può, infatti, coerentemente con queste premes-

il codice nel 1988, il legislatore ha scelto consapevolmente di non dettare una disciplina positiva della prova illecita: v. C.H. VAN RHEE, *Evidence in Civil Procedure in the Netherlands: Tradition and Modernity*, in C.H. VAN RHEE, A. UZELAC (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 257 ss., nonché, sulla scelta del legislatore del 1988 di non regolare la materia, G.R. RUTGERS, R.J.C. FLACH, G.J. BOON (eds.), *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken: Parlementaire stukken systematisch gerangschikt*, Deventer, 1988); la Francia (cfr. L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, II ed., PUF, Paris, 2013, p. 640; E. VERGÈS-G. VIAL-O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, Paris, 2015, p. 350 ss.) e il Regno Unito (in argomento v. V. BREDA-M. VRICELLA, *English Pragmatism and Italian Virtue: A Comparative Analysis of the Regime of Illegally Obtained Evidence in Civil Proceedings between Italy and England*, in 21 *Maast. Jour. of Comp. Law*, 2014, p. 3 ss.). Spicca, tra gli ordinamenti extraeuropei che non hanno una disciplina positiva della prova illecita, quello Statunitense, ove non è dato rinvenire alcuna disposizione che si occupi di regolarla, né nelle *Federal Rules of Civil Procedure*, né nelle *Federal Rules of Evidence*, sul quale v., per un quadro aggiornato, M.E. CAMMACK, *The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule*, in S.C. THAMAN (a cura di), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, Dordrecht, 2013, p. 3 ss. Per un interessante quadro comparatistico, ancorché ormai datato, v. M. CAPPELLETTI, *General report*, in M. CAPPELLETTI-D. TALLON, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè-Oceana Inc., Milano-New York, 1973, p. 759 ss.

¹¹ Domina in questa materia, come si è detto, una indesiderabile confusione terminologica che si cercherà di superare nei capp. che seguono.

¹² È comune, nella letteratura anglosassone, la considerazione che quello della prova illecita sia, in fondo, un problema di *political morality* (cfr. W. TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 259-261 e spec. p. 269, nt. 93; P. ROBERTS-A. ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, II ed., 2010, Oxford University Press, Oxford, p. 181). Meno frequente è, invece, questa presa di coscienza nella nostra dottrina.

¹³ Lo rileva, con sintetica lucidità, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, cit., p. 190, il quale condensa in poche parole uno dei punti di vista che ci appaiono più chiari e meritevoli di accoglimento, affermando che la prova illecita, «stando ad un'opinione autorevole [...], sarebbe semplicemente inutilizzabile; ma si tratta di una conclusione che, pur essendo chiaramente dettata da ragioni di ordine etico, appare piuttosto debole sul piano del diritto positivo». Questo punto è centrale nella prospettiva che si intende assumere nel corso dell'indagine: non si vuole, infatti, certo negare la rilevanza della dimensione etica del processo, ma piuttosto sottolineare come essa debba pur sempre «fare i conti» con il diritto positivo. La dimensione etica, al contrario, – se ne è ben consapevoli – interessa tutti gli attori del processo, anche se è indagata soprattutto con riferimento agli avvocati (oltre ai saggi raccolti in AA.VV., *Etica del processo e doveri delle parti. Atti del Convegno nazionale dell'Associazione italiana del processo civile (Genova, 20-21 settembre 2013)*, BUP, Bologna, 2015,

se, riscontrare una cesura piuttosto netta tra, da un lato, la posizione della giurisprudenza prevalente che, malgrado le professioni di sensibilità verso il problema della prova illecita¹⁴, finisce quasi sempre con l'ammetterla e con il ritenerla pienamente utilizzabile ai fini della decisione¹⁵ e, dall'altro lato, la posizione della dottrina prevalente che, invece, tende ad osteggiarne l'utilizzo nel processo civile¹⁶.

Il tema della prova illecita nel processo civile, in effetti, è stato a

passim, cfr. specialmente gli approfonditi studi di A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 261-285; ID., *Etica sociale e processo civile*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, Nuova serie A, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 321-332; A. DONDI, G.C. HAZARD, *Etiche della professione legale. Un approccio comparato*, il Mulino, Bologna, 2005, *passim*; ID., *Responsabilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Law-suits*, 39 *Cornell int. law jour.*, pp. 59-70; A. DONDI-A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, in *Foro it.*, 2008, cc. 272-276; A. DONDI, *Economia, etica e avvocatura. Implicazioni di fairness*, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, pp. 13-17; *Etica dell'avvocatura. Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Coesanti*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 543-554, nonché, con specifico, ancorché incidentale, rilievo sul tema qui oggetto di indagine, ID., *Segreti ed etica dell'avvocatura. Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 651-665). Nella letteratura nordamericana più in generale sul tema dei rapporti tra morale e diritto v., da ultimo, G.C. JR. HAZARD- D.W. JR. PINTO, *Moral Foundations of American Law: Faith, Virtue and Mores*, UC Hastings Faculty Books, 2013, *passim*).

¹⁴ Sono emblematiche in questo senso le motivazioni ampie, articolate e ricche anche di riferimenti ad ordinamenti stranieri, delle già citate sentenze Cass., 28 aprile 2015, n. 8605; Cass., 28 aprile 2015, n. 8606 e Cass., 19 agosto 2015, n. 16950.

¹⁵ V., più analiticamente, *infra*, nt. 17 e capp. VII e VIII.

¹⁶ Le opinioni della dottrina sono piuttosto articolate e compiere un'operazione di sintesi non solo non è facile, ma soprattutto espone al rischio concreto di indulgere in eccessive semplificazioni. Le varie posizioni dottrinali saranno, allora, esaminate a tempo debito; tuttavia, in via di prima approssimazione, è possibile con buon grado di certezza affermare che l'orientamento oggi di gran lunga prevalente esclude che la prova illecita possa essere ammessa ed utilizzata nel processo civile, al più concedendosi che tale esclusione debba aver luogo volta per volta, sulla scorta di una valutazione discrezionale da parte del giudice (C. BESSO, *Procedimento tributario. Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, cit., p. 1610 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Utet, Torino, 2010, p. 64 ss.). Resta, invece, minoritaria e potrebbe forse dirsi – se non fosse per qualche autorevole voce di segno opposto, tra cui v. senz'altro G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, cit., p. 190 – ormai consegnata al passato l'opinione secondo la quale la prova illecita nel processo civile dovrebbe essere ammessa e utilizzata dai giudici ai fini della decisione tutte le volte in cui essa sia rilevante e non vietata dalla legge per altre ragioni. In tal ultimo senso nella dottrina anteriore v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III ed., vol. II, Jovene, Napoli, 1956, p. 134 (poi, però, ricredutosi in V. ANDRIOLI, voce *Prova. Diritto processuale civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 291, ove abbracciò la tesi opposta); V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 64 ss.; R. BITONTE, *Sulla validità delle prove illecitamente acquisite*, in *Processi civili*, 1968, p. 473 ss.; E. ONDEI, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 421 ss.; V. VIGORITI, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 322 ss. e G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, pp. 34-87.

più riprese affrontato dalla giurisprudenza¹⁷ ed indagato in letteratu-

¹⁷Il problema della prova illecita iniziò a manifestarsi già nella vigenza del codice di procedura civile del 1865: App. Torino, 17 giugno 1871, in *Giur. tor.*, VIII, p. 601, cit. da C. BALDI, *Prove civili. Manuale pratico-alfabetico sulla loro ammissibilità e valore probatorio*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1908, p. 532; Cass. Torino, 8 maggio 1884, in *Foro it.*, 1884, I, c. 1072 ss.; App. Milano, 25 febbraio 1920, in *Mon. Trib.*, 1920, p. 533 ss.; Cass. Torino, 22 marzo, 1921, in *Mon. Trib.*, 1921, p. 522 ss.; App. Milano, 5 aprile 1934, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 63 ss., e Cass. Regno, 8 febbraio 1935, in *Foro it.*, 1935, I, c. 1083 ss. In questa prima fase la giurisprudenza era piuttosto omogenea nell'escludere la prova illecita dal processo civile sulla scorta del generale principio *nemo ex delicto meliorem condicionem suam facere potest*, fatta salva l'eccezione rappresentata dalla prova che il marito si fosse procurato illecitamente ai danni della moglie nell'esercizio della potestà maritale.

La giurisprudenza tornò ad occuparsi di prova illecita nella vigenza del codice di rito del 1940-42 con alcune pronunce (Cass., 16 giugno 1959, n. 1850, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Previdenza sociale*, n. 796, cui si aggiunsero App. Perugia, ord. 25 gennaio 1960, in *Giur. it.*, I, 2, 1960, c. 864 ss., nonché Cass., 20 luglio 1960, n. 2032, in *Foro it.*, 1961, c. 311 ss.), che, tuttavia, si riferivano alla prova illecita intesa in un'accezione – quella di prova assunta in contrasto con divieti processuali: segnatamente, nei casi di specie, giuramento decisorio e confessione resi da soggetti non legittimati – che qui non si intende condividere: cfr. *infra* capp. II e III. Tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta il dibattito giurisprudenziale sul tema della prova illecita si riaccese e si infittì grazie a Trib. Torino, 6 dicembre 1967, in *Processi civili*, 1968, p. 409 ss.; App. Milano, 9 luglio 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 193 ss.; Trib. Roma, ord. 14 marzo 1973, in *Foro it.*, 1973, I c. 953 ss. e, di lì a poco, trovò nuovo vigore, elevandosi ad un confronto anche con i precetti costituzionali, in seguito a due sentenze della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla q.l.c. avente ad oggetto alcune norme del vecchio codice di procedura penale (mi riferisco a Corte cost., 2 dicembre 1970, n. 175, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 322 ss., con nota di V. VIGORNI, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite, ibidem*, nonché a Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973 p. 316 ss., con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche, ibi*, pp. 317-342, entrambe pronunce interpretative di rigetto, che ebbero un'ampia eco sia in ambito processualpenalistico, sia – forse, per le ragioni che si vedranno, non del tutto giustificata – in ambito processualcivilistico). Questa seconda fase, che va dall'entrata in vigore del nuovo codice fino agli anni Settanta, si caratterizzava per la coesistenza di un orientamento più conservatore, nell'alveo del quale continuava a manifestarsi un atteggiamento ostile verso la prova illecita (App. Milano, 9 luglio 1971, cit. e spec. Trib. Roma, ord. 14 marzo 1973, cit.), con un opposto orientamento certamente ancora minoritario, ma di assai maggiore apertura, che tendeva invece ad ammettere e ad utilizzare le prove di provenienza illecita (in questo senso emblematicamente v. Trib. Torino, 6 dicembre 1967, cit.).

Nei decenni successivi il tema della prova illecita in giurisprudenza fu scarsamente frequentato – poche sono le pronunce al riguardo, tra le quali spicca Pret. Trapani, sez. dist. Alcamo, 20 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2575 ss. – fino a quando, in tempi più recenti, si è invece imposto nuovamente all'attenzione dei giudici, ma anche dell'opinione pubblica, vuoi con riferimento alla tutela della riservatezza – sempre più presente nelle pronunce giudiziali e nelle riflessioni della dottrina – (si vedano *ex multis* Trib. Bari, 16 febbraio, 2007, cit.; Cass., 11 febbraio 2009, n. 3358, in *Giust. civ.*, 2009, 6, I, p. 1287 ed in *Foro it.*, 2010, I, c. 209; Cass., 8 febbraio 2011, n. 3034, in *Dir. inf.*, 2011, p. 525 ss.; Trib. Torino, ord. 17 novembre 2011, in *www.ilcaso.it* e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 13 giugno 2013, *ivi*), vuoi con riferimento alla tutela del contribuente a fronte di pratiche dell'amministrazione finanziaria ritenute illegali o illegittime (cfr. Cass., 16 giugno 2006, n. 14058, cit.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8940, cit.; Cass., 27 febbraio 2015, n. 4066, cit.; Cass., 28 aprile 2015, n. 8605, cit.; Cass., 28 aprile 2015, n. 8606, cit. e Cass., 19 agosto 2015, n. 16950, cit.); vuoi, infine, nell'ambito del diritto del lavoro (cfr. Cass., 7 dicembre 2004, n. 22923, cit.; Cass., 29 dicembre 2014, n. 27424, cit.; Cass. 8 agosto 2016, n.

ra¹⁸, senza tuttavia che – per stessa ammissione della dottrina – si siano conseguiti approdi appaganti, in grado di offrire una sistemazione complessiva e ordinata della materia¹⁹ e senza che – ma questa è una mera ipo-

16629, cit.). In questa ulteriore fase, che copre l'ultimo ventennio, si è assistito ad una sempre maggiore apertura della giurisprudenza verso l'ammissibilità e l'utilizzabilità della prova illecita nel processo civile, contraddetta solo dalle sentenze di alcune Commissioni tributarie territoriali, particolarmente sensibili alla tutela del contribuente, ma poi – salvo mio errore – tutte cassate dalla Suprema Corte di Roma. Di questi temi ci si occuperà più analiticamente nel cap. VII, cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

¹⁸Nella dottrina italiana si rinviene una sola opera monografica interamente dedicata al tema in esame nella prospettiva di diritto interno: F. ANGELONI, *Le prove illecite*, Cedam, Padova, 1992, *passim*, nella quale, però, l'argomento viene trattato, pur con un dichiarato approccio interdisciplinare, da un punto di vista fortemente influenzato dal diritto civile sostanziale. A questa deve aggiungersi lo studio monografico a carattere comparatistico del L.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, pp. 259-372. Merita, poi, una menzione a parte l'ampio studio, in forma di lungo articolo, del G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, cit., pp. 34-87.

Si indicano, inoltre, alcuni tra i contributi più significativi sul tema, cui andranno aggiunte le opere che saranno citate *infra* nel corso dell'intero lavoro: uno dei primi ad occuparsi del problema delle prove illecite, in occasione di una pronuncia giurisprudenziale, fu il F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 63 ss., cui fece seguito – in replica a V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., p. 134 – F. CARNELUTTI, *Ancora sulla inefficacia dei documenti dolosamente sottratti*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, pp. 337-339 (si osservi, peraltro, che l'avversità del Carnelutti per la prova illecita non era limitata al processo civile, se nel suo personale progetto di codice di procedura penale poteva leggersi, all'art. 65, c. 2, «quando una prova è formata mediante atti vietati dalla legge il giudice non può tenerne alcun conto» (Id. *Verso la riforma del processo penale*, Morano, Napoli, 1963). Il dibattito dottrinale si infittì negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso: V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, I, 2, 1960, c. 863 ss.; S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile. Libro II. Processo di cognizione*, pt. I, Vallardi, Milano, 1959-60, pp. 128-130; E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, c. 867 ss. ed in AA.VV., *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. IV, Milano, 1965, p. 213 ss.; M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 556 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Prova. Diritto processuale civile*, cit., p. 291; V. VIGORITI, *Prove illecite e Costituzione*, cit., p. 64 ss.; R. BITONTE, *Sulla validità delle prove illecitamente acquisite*, cit., p. 473 ss.; E. ONDEI, *Utilizzazione di prove acquisite con mezzi illeciti*, cit., c. 421 ss.; V. VIGORITI, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite*, cit., 1972, p. 322 ss.

In tempi più recenti meritano di essere segnalati alcuni altri contributi che hanno riportato in luce il problema delle prove illecite nel processo civile: A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 693 ss.; F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, cit., p. 348 ss.; A. PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, cit., p. 51 ss.; C. BESSO, *Procedimento tributario. Illiceità della prova, segreto bancario e giusto processo*, cit., p. 1610 ss.

¹⁹Si tratta di una constatazione che risale ad E. ALLORIO, *op. ult. cit.*, (p. 220, nt. 7), recentemente confermata da B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, V ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 295 e G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, cit., p. 190, nonché più esplicitamente da A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 693, il quale lamenta, anche con riguardo alle prove atipiche, una certa confusione sia concettuale, che di ordine definitorio.

tesi che si cercherà di trasformare in tesi nel corso di questo contributo – le soluzioni che nel merito sono state elaborate risultino convincenti fino in fondo.

Le ragioni di questa giustificata insoddisfazione sono diverse: una prima, già accennata, ha carattere essenzialmente contingente e consiste, ad avviso di chi scrive, nella mancanza nel diritto processuale civile di studi che si siano soffermati in modo approfondito sul tema²⁰, essendo i contributi della dottrina – salvo alcune infrequenti eccezioni – per lo più stati occasionati da pronunce giurisprudenziali ed avendo, perciò, quasi sempre inevitabilmente carattere estemporaneo. Una seconda ragione deriva, invece, dal fatto che la dottrina, nell'intento di risolvere la questione, certamente cruciale, dell'ammissibilità o meno della prova illecita, ha talvolta trascurato alcuni profili preliminari che sono, pertanto, rimasti per lo più irrisolti.

1.3. Metodo dell'indagine

Come si è detto, le modalità con cui il tema è stato sovente affrontato ha comportato che sia stata quasi sempre avvertita – e assecondata – l'urgenza di dare anzitutto una soluzione al problema di consentire o di sbarrare l'ingresso alla prova illecita nel processo. È pur vero che, in fin dei conti, si tratterà di dare una risposta a questo quesito, che è poi quello di fronte al quale sempre si trova la giurisprudenza nella decisione dei casi concreti, ma spendersi fin da subito in questa impresa finisce col precludere qualche più meditata riflessione teorica. Si cercherà, allora, di tenere distinti i profili definitivi, quelli logici e quelli assiologici, apparendo la discussione su questi ultimi più come un punto di arrivo, che non di partenza²¹. Ciò perché, molto banalmente, prima di dedicarsi alla soluzione del problema, è indispensabile riflettere sul modo di porlo.

Si tratta di una proposta, che si pone per certi versi in controtendenza, poiché non di rado la dottrina, per pervenire ad una conclusione su questo tema fa ricorso in fin dei conti a giudizi di valore²² e, talvolta, solo

²⁰ Come si è detto, infatti, l'unica opera monografica dedicata interamente al problema delle prove illecite è quella di F. ANGELONI, *Le prove illecite*, cit., *passim*, il quale, però, pur senza trascurarne le ricadute sul processo, ha affrontato il tema privilegiando una impostazione basata sul diritto civile sostanziale.

²¹ Cfr. F. CORDERO, *Prove illecite nel processo penale*, in *Jus*, 1961, p. 68 ss., ed in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 32 ss., nonché in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 147 ss. *Id.*, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 613.

²² In questa prospettiva si pone, ad es., chiaramente L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 64 ss., il quale fa discendere la soluzione del problema dell'ammissibilità delle prove illecite nel processo da una valutazione comparativa degli interessi in gioco, che richiederebbe, in

ad essi²³. Non si intende intraprendere questo lavoro negando in radice che per risolvere la problematica relazione tra l'illecito e l'ammissibile nel campo delle prove civili possa esservi la necessità, in ultima istanza, di formulare un giudizio di prevalenza/soccombenza tra valori in conflitto, e di prendere una posizione, eventualmente anche ideologica, sul punto, ma ci si limita, per ora, a mettere in discussione che questa prospettiva sia l'unica in grado di fornire risposte attendibili e, soprattutto, che il discorso debba cominciare da qui. Essa, infatti, a chi scrive – quando non si risolve in un'apodittica presa di posizione – sembra comunque dare per scontati, al contempo trascurandoli, alcuni presupposti che, in verità, richiedereb-

ipotesi, al giudicante di scegliere bilanciando tra l'accertamento della verità da un lato e la tutela di diritti o valori inviolabili dotati di copertura costituzionale dall'altro lato. In termini analoghi, pur optando per una automatica esclusione della prova illecita, v. A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., che sottolinea come «il valore essenziale della tensione verso il vero, nella dinamica del processo, deve inevitabilmente convivere con altri valori altrettanto rilevanti ed incompressibili, che per forza di cose ne determinano delle contrazioni, variabili nel tempo e nello spazio (ma non certo eliminabili) in funzione del punto di equilibrio che il legislatore o l'interprete scelgono di privilegiare».

²³ Al di là delle apparenze, alla base della posizione di ostilità verso la prova illecita manifestata da F. CARNELUTTI, *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, p. 63 ss. (se non si temesse di essere troppo irriverenti, si direbbe forse non del tutto disinteressata, dato che il Maestro era, nella causa conclusasi con la sentenza commentata, patrono di una delle parti) paiono esservi ragioni che dovremmo in fin dei conti qualificare come morali alla luce del Suo stesso pensiero: è pur vero, infatti, che la predicata inutilizzabilità nel processo civile della prova sottratta illecitamente si fondava sul principio *nemo ex delicto meliorem conditionem suam facere potest*, di cui la giurisprudenza si era sforzata di affermare la giuridicità; ma è altrettanto vero che – come un recente contributo ha messo in luce (v. A. PANZAROLA, *I principi nella riflessione di Francesco Carnelutti*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 313 ss.) – in quell'epoca Carnelutti aderiva ad una concezione imperativistica (e soprattutto positivistica) del diritto, nel contesto della quale i principi si collocavano sopra il diritto e «ciò che sta sopra il diritto non è e non può essere diritto» (F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova 1939, p. 30; v. anche ID., *Diritto naturale?*, in *Nuova antologia*, 1939, p. 147 ss.). Di là a poco, tuttavia, la posizione di Carnelutti doveva mutare, se è vero che – come lo stesso A. PANZAROLA, *op. ult. cit.*, p. 315 fa osservare – nella seconda edizione della *Teoria generale* (del 1946) affermava: «l'ordine, inafferrabile o inconcepibile in sé, cioè nella sua infinitezza, si scompone, al fine di poter essere conosciuto, in un complesso di leggi o regole, che prende il nome di diritto naturale; questa mi sembra ora, a differenza da quanto ritenni altre volte, una corretta denominazione a patto, s'intende, di non trascurare le differenze, che se ne chiariranno più tardi, in confronto con il diritto positivo; non si può negare che queste regole siano diritto poiché servono a comporre dei conflitti di interessi e, perciò, a procurare la pace; ed è pure corretto che il carattere di tale diritto si denoti con l'aggettivo naturale per contrapporlo al diritto positivo nel senso che le regole, che lo formano, sono ricavate dalla natura ossia dall'ordine in quanto man mano nasce sotto i nostri occhi all'attenta osservazione del mondo» (F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 17-18, corsivi dell'a.; cfr. anche ID., *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, il 1951, p. 288 ss. e spec. pp. 298-299). Sulla ambiguità della posizione carneluttiana che – a costo di una semplificazione – oscillò tra positivismo e giusnaturalismo cfr. C. MORTATI, in AA.VV., *Funzioni ordinamento dello Stato moderno* (rel. al III convegno di studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani, Roma 12-14 novembre 1951, in *Iustitia*, 1952, p. 396; G. BETTIOL, *Il positivismo di Carnelutti*, in *Arch. pen.*, 1948, p. 281; F. VIOLA, *Metodologia, teoria e ideologia del diritto in F. Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 12-55.

bero la soluzione di problemi preliminari che appaiono lasciati quasi sempre nell'ombra.

1.4. Limiti dell'indagine

Un'ultima avvertenza si rende necessaria. Il tema, avendo potenzialmente carattere generale, si presta, in astratto, ad essere studiato sia con riferimento al processo civile, sia con riferimento al processo penale. Tuttavia, l'estensione della presente indagine anche al processo penale è sconsigliata da una serie di ragioni – che si esamineranno più diffusamente nel prossimo capitolo²⁴ – di cui qui appare opportuno almeno anticipare sinteticamente le due principali. In primo luogo, sotto un profilo strettamente normativo, il problema della prova illecita nel processo penale si pone diversamente, essendovi una disposizione nel codice di rito potenzialmente idonea a disciplinarla: si tratta dell'art. 191 c.p.p., il quale, sotto la rubrica «Prove illegittimamente acquisite», testualmente prevede che «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». A prescindere dal significato che viene attribuito correntemente a questa disposizione²⁵, essa offre in astratto un aggancio testuale per ritenere nel processo penale inutilizzabile la prova illecita²⁶. Una simile norma nel processo civile manca²⁷. In secondo luogo, mentre nel processo civile l'attività di acquisizione illecita della prova si svolge di regola su un terreno

²⁴ Cfr. *infra*, cap. II, par. 2.

²⁵ Secondo la tesi prevalente, l'art. 191 c.p.p. dovrebbe riferirsi solo a divieti derivanti da norme processuali: v. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 613 ss.; V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 304; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, tomo I, Giappichelli, Torino, 2013, p. 440; F.M. GRIFANTINI, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 278 ss.; N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. I ann., Giuffrè, Milano, 1997, p. 700; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 177 ss.; *contra* M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 156; F. ANGELONI, *Le prove illecite*, cit., p. 148 ss. In giurisprudenza recentemente si è affermato che anche la violazione di una norma penale posta in essere da un privato comporti l'inutilizzabilità della prova v. Cass. pen., 30 maggio 2014, n. 35681, in *Cass. pen.*, 2015, 4, p. 1547, la quale ha stabilito che sono inutilizzabili, in quanto acquisite in violazione della norma dell'art. 615-bis c.p., le prove ottenute attraverso una interferenza illecita nella vita privata, ritenendo inutilizzabile, in applicazione del predetto principio, una registrazione illegittimamente effettuata da un coniuge delle conversazioni intrattenute, in ambito domestico, dall'altro coniuge con un terzo.

²⁶ V., infatti, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, cit., p. 156; F. ANGELONI, *Le prove illecite*, cit., p. 148 ss. e Cass. pen., 30 maggio 2014, n. 35681, cit.

²⁷ La mancanza di una norma come l'art. 191 c.p.p. nel processo civile determina alcune rilevanti conseguenze che sono state messe in risalto con lucidità da L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, cit., p. 30 ss. e spec. p. 41, cui si rinvia. Di ciò, inoltre, ci si occuperà nei prossimi paragrafi di questo capitolo.

del tutto estraneo al processo, al contrario, nel processo penale, laddove sia la pubblica autorità ad acquisire prove a carico dell'indagato in violazione di norme sostanziali, si pone un problema che normalmente – fatta eccezione per alcuni casi specifici, come ad es. nel contenzioso tributario – non si riscontra nell'esperienza del processo civile, ossia il problema della legalità dell'estrinsecarsi del pubblico potere, che agisce in sede di indagini preliminari sempre nell'alveo di un'attività che, pur non ancora *processuale*, è tuttavia già *procedimentale*.

1.5. Ipotesi di lavoro e scopi dell'indagine

Il problema fondamentale che l'interprete e lo studioso sono chiamati a risolvere di fronte al fenomeno qui fatto oggetto di studio, si riduce in fin dei conti allo stabilire se una prova illecitamente ottenuta, genuina e rilevante, debba essere ammessa e utilizzata dal giudice ai fini della decisione, o meno.

L'analisi della dottrina e della giurisprudenza restituiscono l'impressione che la mancanza nel nostro ordinamento di una disposizione dedicata espressamente al fenomeno della prova illecita spesso consenta di collocare quest'ultimo tra i c.d. casi non regolati dal diritto processuale civile e che, quindi, si debba ragionare come se ci trovassimo di fronte ad una lacuna; come se lo *ius positum* in materia avesse lasciato un vuoto più o meno liberamente colmabile. In realtà, la tesi che si andrà sviluppando nel corso di questo lavoro assume – per ragioni che si espliciteranno a tempo debito – che il diritto vigente, proprio per il fatto di non contenere alcuna disposizione espressamente dedicata alla prova illecita, imponga al giudice di ammetterla e di utilizzarla ai fini della decisione nella misura in cui la stessa sia rilevante. Il che implica che la tesi della inammissibilità della prova illecita possa certamente essere sostenuta, ma vada argomentata non già sulla base di una regola chiamata a colmare un vuoto, ma come una deroga alla regola (generale) dell'ammissibilità delle prove rilevanti. Come coniugare la tesi, qui accreditata, secondo cui la prova illecita, sulla base delle disposizioni vigenti, sia ammissibile con la circostanza che voci anche assai autorevoli ritengono preferibile (e possibile *de iure condito*) dare al problema una soluzione di segno contrario? Ci si potrebbe facilmente liberare dall'imbarazzo sostenendo, con ragione, che ciò è banalmente il frutto di due diverse interpretazioni delle disposizioni vigenti. Tuttavia, noi riteniamo che il tema possa essere più proficuamente posto in una prospettiva differente: pur prendendo atto che il legislatore, non avendo disciplinato la prova illecita, ne ha sancito l'ammissibilità, è possibile continuare legittimamente a discutere della sua ammissibilità/inammissibilità nel processo civile, collocando la lacuna *de qua* non già su un piano normativo (come si è detto si assume che il caso sia regolato), ma piuttosto su un piano assiologico. Ricostruire il problema in questi termini ha un duplice vantaggio: per un verso consente di beneficiare degli studi di teoria generale che hanno valorizzato il ricorso ai principi per elaborare risposte (assiologiche) a lacu-

ne (assiologiche) dell'ordinamento, senza, però, uscire dai confini del diritto positivo; per altro verso impone di compiere queste operazioni di "creazione" del diritto – che pure possono portare a interpretare le norme contro il loro (apparente) significato letterale – entro certi limiti e a determinate condizioni.

Lo svolgimento dell'indagine che qui si intraprende ci porterà, infine, a sostenere che, anche collocando il problema nell'ambito delle cc.dd. lacune assiologiche e pur facendo ampio ricorso ai principi – secondo i dettami non solo della teoria generale, ma anche della dottrina processualcivilistica più evoluta – si debba comunque concludere *de iure condito* nel senso della generale ammissibilità della prova illecita nel processo civile. Si perverrà a questa conclusione attraverso un percorso argomentativo che passa attraverso i principi e i valori del processo e che aspira a tenerli in massima considerazione, non già ad escluderli. Ciò – si potrà certamente obiettare – è il frutto di scelte assiologiche, ma, anziché negare una simile evidenza, qui si cercherà, piuttosto, di dimostrare la necessità che queste ultime rispondano pur sempre al diritto positivo.

Fatte queste premesse, appare inevitabile, per poter dare un contributo di qualche significato allo studio della prova illecita, affrontare preliminarmente – così parzialmente invertendo l'ordine delle questioni, trattando per ultima quella che normalmente viene discussa per prima – alcuni aspetti spesso trascurati o, quantomeno, forse non fatti oggetto di adeguati approfondimenti. Per far questo si dovrà (cercare di) rispondere nel corso di questo lavoro alle seguenti domande, che, ad avviso di chi scrive, enucleano in sintesi i problemi più rilevanti connessi al fenomeno che s'intende studiare: *a) per quali ragioni* si è discusso (ed, eventualmente, è opportuno che si continui a discutere) di prova illecita²⁸; *b) che cosa si intende* (o, meglio, che cosa si debba intendere) per "prova illecita"²⁹; *c) se e, se sì, come si debba "sanzionare" nel processo civile* la prova illecita, tenendo conto del diritto positivo di cui disponiamo³⁰.

2. Prova illecita e «incompiutezza» dell'ordinamento³¹

Per rispondere alla prima domanda, cioè per comprendere – guardando al passato – le ragioni dell'esistenza di un vivace dibattito sulla prova

²⁸ La risposta a questo quesito dovrebbe a nostro avviso emergere dall'indagine condotta nel presente capitolo.

²⁹ Cfr. capp. II-V.

³⁰ Su quest'ultimo profilo, si vedano, in particolare, i capp. VI-X.

³¹ Si utilizza qui il termine «incompiutezza» dell'ordinamento, volgendo in negativo la «compiutezza» nella sua accezione carneltuttiana: v. *supra*, nt. 1. Nella terminologia del von Savigny si discorre, invece, di «unità» dell'ordinamento: v. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, cit., pp. 263-264 nella versione italiana (trad. it. di V. Scialoja), *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, cit., p. 268.

illecita e per acclarare – guardando al futuro – se e perché il tema meriti di continuare ad essere indagato e approfondito, ci si accinge a svolgere alcune considerazioni di carattere metodologico, che si propongono, come punto di partenza, di verificare: 1) se la circostanza che il fenomeno della prova illecita non trova una disciplina *ad hoc* nel diritto positivo determina la presenza di una *lacuna*; o, piuttosto, 2) se, assumendo la vigenza nel nostro ordinamento della regola della sua ammissibilità, il fenomeno possa ritenersi in qualche modo regolato da disposizioni in conflitto tra loro³², sì da potersi configurare, al contrario, una *antinomia*³³.

Il discorso sulla prova illecita, nonostante, come si è anticipato, spesso si trovi iscritto in una cornice dai contorni più o meno vagamente morali, non si esaurisce quasi mai sulla base di considerazioni etiche o di valore³⁴, anche se non di rado si ha la sensazione che esse finiscano con l'essere decisive: è possibile, infatti, affermare con un buon grado di certezza che la grande maggioranza dei contributi in materia³⁵ si

³² Il contrasto potrebbe rinvenirsi tra disposizioni sostanziali di divieto (ad es. quelle che puniscono il furto) e disposizioni processuali di permesso (ad es. quelle che disciplinano la produzione dei documenti). È assai dubbio sia che un simile contrasto sussista, sia – soprattutto – che esso dia effettivamente vita ad un'antinomia. V. *infra*, par. 2.5.

³³ È comune la constatazione che il nesso tra lacune e antinomie dell'ordinamento – quali espressioni, rispettivamente, del problema della completezza e dell'unità dell'ordinamento – sia stato per lo più trascurato (N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, (1959-60), in *Id.*, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 238, il quale distingue così i due problemi: «diremmo "incoerente" un sistema in cui esistono tanto la norma che vieta un certo comportamento quanto quella che lo permette; "incompleto", un sistema in cui non esistono nella norma che vieta un certo comportamento è quella che lo permette»). Si rinvergono però, oltre a quella di Bobbio, almeno altre due autorevoli eccezioni: F.C. VON SAVIGNY, *op. loc. ultt. citt.* (secondo il quale «manca la unità, e allora si tratta di rimuovere una *contraddizione*; manca la completezza, e allora si tratta di colmare una *lacuna*. In realtà però queste due cose possono ridursi ad un unico concetto fondamentale. Infatti quello che noi cerchiamo di stabilire, è sempre l'unità: l'unità negativa col togliere di mezzo di contraddizioni; l'unica positiva col riempire le lacune») e F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 76, sul quale v. *infra* nel testo. Alcune interessanti riflessioni sul problema di decidere in assenza di una «norma giuridica adatta» svolte dalla dottrina francese nell'ambito del diritto processuale (v. É. VERGÈS, *Les principes de la procédure civile: Notion, fonctions, évolution*, in L. FLISE-E. JEULAND (dir.), *Les principes essentiels du procès à l'épreuve des réformes récentes du droit judiciaire privé*, IRJS Éditions, Paris, 2014, p. 7 ss. e spec. p. 22.) rimandano, per un verso, al tema delle lacune e delle antinomie e valorizzano, per altro verso, l'ampio ricorso ai principi.

³⁴ Si dovrebbe parlare in questi casi, secondo la terminologia del Carnelutti (v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 83 ss.), di "eterointegrazione", contrapposta alla "autointegrazione", che si verifica quando l'ipotetica lacuna viene colmata, ad es., con i metodi dell'*analogia legis* o dell'*analogia iuris*, così come codificati nel nostro ordinamento dall'art. 12 prel. c.c. Su questi profili v. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 262-265.

³⁵ Giustificare compiutamente a questo punto del lavoro detta affermazione potrebbe rivelarsi particolarmente oneroso in ragione dei numerosissimi richiami a cui costringerebbe. Ci si limita, quindi, a due esempi autorevoli e (anche cronologicamente) emblematici rinviando, quanto ai numerosi altri contributi, al resto della trattazione: nella dottrina più risalente l'e-

caratterizza per il tentativo di proporre una sistemazione del fenomeno fondata sulla combinazione di argomenti giuridici³⁶ e di argomenti metagiuridici³⁷.

Soprattutto, sovente accade che gli argomenti di carattere etico – un tempo si sarebbe detto di diritto naturale³⁸ – restino sullo sfondo, per lasciare – almeno apparentemente – il posto di maggior rilievo ad argomenti tratti dal diritto positivo nel senso più stretto e volti, nella maggior parte dei casi, a ricavare in via interpretativa un divieto probatorio che escluda l'ammissibilità o la utilizzabilità³⁹ della prova illecita nel processo civile⁴⁰. La prevalenza, almeno quantitativa, degli argomenti di diritto positivo può essere interpretata come una tendenza a dissimulare posizioni morali o addirittura moralistiche. Oppure, volendo evitare quella che qualcuno potrebbe definire una lettura dietrologica, il frequente ricorrere di argomenti tratti dal diritto positivo può rivelare la convinzione (non dichiarata) che dare una risposta ai problemi che il fenomeno della prova illecita pone derivi dalla necessità di colmare una lacuna o di risolvere un'antinomia.

Non risulta che il problema sia mai stato apertamente posto in questi

sempio più evidente della commistione tra etica e diritto è offerto dal F. CARNELUTTI, *Ancora sull'inefficacia dei documenti dolosamente sottratti*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 337 ss., di cui conviene riportare le Sue stesse parole: «quando c'è di mezzo un atto illecito, che questo non deve profittare al suo autore, è una di quelle verità, che hanno radice nel profondo senso di giustizia, senza il quale non si può fare del diritto». Nella letteratura più recente, ancorché con assai maggior consapevolezza e chiarezza teorica, v. L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit. 64 ss.

³⁶ Il ricorso ad argomenti giuridici al fine di colmare un'ipotetica lacuna integra un'ipotesi di "autointegrazione" (v. nt. precedente).

³⁷ V. *supra*, nt. 23.

³⁸ Sul diritto naturale come sistema privo di lacune (sia normative, che ideologiche, per la cui distinzione v. *infra* par. 2.1) e come classica fonte cui attingere per colmare le lacune dell'ordinamento positivo v. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 257 ss.

³⁹ Si utilizzano qui i due termini "(in)ammissibilità" e "(in)utilizzabilità" secondo l'uso corrente e diffuso, che li riferisce, in genere, rispettivamente alle prove costituenti ed alle prove precostituite. Anche in tal caso, tuttavia, si ritiene che il linguaggio presenti un indesiderabile tasso di imprecisione, sicché si ritiene utile – come si farà *infra*, nel cap. VI – svolgere alcune riflessioni critiche sul tema, alle quali si rinvia.

⁴⁰ La necessità di procedere su un piano interpretativo, è messa in luce chiaramente da L.P. COMOGGIO, *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, cit., p. 30 ss. e spec. p. 41, di cui vale la pena riportare le esatte parole: «se è vero che talvolta si proponga anche oggi di considerare, a rigore, come "illecite" le prove acquisite od assunte con atti posti in violazione di specifiche norme penali (e, quindi, con la commissione di taluni reati tipici), è altrettanto vero che – nel silenzio di quelle norme – l'eventuale "inutilizzabilità" processuale di siffatte prove debba essere forzatamente (ed opinabilmente) ricavata, per via interpretativa, da una sorta di *fictio juris*, identificabile nella postulata esistenza di corrispondenti "divieti probatori", implicitamente sottesi alle stesse norme incriminatrici».

termini e, tuttavia, proprio tale prospettiva appare in grado di dare una plausibile spiegazione al modo in cui il problema della prova illecita è correntemente affrontato e discusso, nonché di offrire utili spunti intorno a come il dibattito su questo tema debba evolvere.

I due problemi – quello delle lacune e quello delle antinomie – vanno per così dire “a braccetto”⁴¹, non perché siano espressione di identiche istanze, ma piuttosto per la ragione contraria, ossia perché, a onor del vero, sono espressione di istanze contrapposte e tuttavia simmetriche. Fu, del resto, come si è detto, lo stesso Carnelutti a ricondurre lacune e antinomie al fenomeno comune della *incompiutezza* dell'ordinamento, distinguendo un'incompiutezza per *deficienza*, che si verifica nel primo caso, da un'incompiutezza per *esuberanza*, che si verifica nel secondo⁴². In quest'ottica, si vede bene – come fa osservare con la consueta lucidità Bobbio – che, nel caso della lacuna, nell'ordinamento vi sono meno norme di quelle che dovrebbero esserci, sicché il compito dell'interprete è di «aggiungere quello che manca», mentre, nel caso dell'antinomia, vi sono più norme di quelle che dovrebbero esserci, sicché il compito dell'interprete consiste nel «sopprimere quello che vi è di troppo»⁴³. In realtà, volendo andare oltre, mentre le lacune hanno a che vedere con il dogma della *completezza* dell'ordinamento, le antinomie sollevano il diverso problema della *coerenza* dell'ordinamento⁴⁴. Ciononostante, entrambi i profili appaiono di una certa utilità nel condurre una riflessione più meditata sul modo di porre, prima, e di risolvere, poi, il problema della prova illecita. Tuttavia, mentre i rapporti tra prova illecita e antinomie appaiono più agevoli da chiarire – nel senso che, come si vedrà, è piuttosto evidente che il tal caso un'antinomia (pur talvolta ipotizzata in termini più o meno espliciti) non ricorra – un poco più complesso si fa il discorso con riferimento alle lacune. Per tale ragione si sceglie di discutere prima di queste ultime, lasciando ad un momento successivo la trattazione dei rapporti tra prova illecita e antinomie.

Si deve, a tal proposito, avvertire che l'inquadramento teorico della prova illecita che qui si propone rende inevitabile dedicare un po' di attenzione ad alcuni degli studi più autorevoli che, nell'ambito della teoria generale, hanno affrontato il tema della completezza e della coerenza dell'ordinamento giuridico. Si tratta di una digressione che rappresenta un indispensabile – ma riteniamo ragionevole – prezzo da pagare, se si vuole seriamente perseguire l'intento di andare oltre la tralatizia logica “pendolare”, che da sempre contrappone “favorevoli” e “contrari” all'ammissibilità della prova

⁴¹ In argomento cfr. anche L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 199.

⁴² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 76.

⁴³ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 239.

⁴⁴ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 238 e *Id.*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 89.

illecita nel processo civile, al fine di poter affrontare il tema in una prospettiva differente e – forse – più matura.

2.1. *Lacune normative e lacune assiologiche*

Il tema delle lacune nella teoria generale del diritto è ampio, articolato e piuttosto complesso⁴⁵, ed ha costituito, almeno in passato, terreno di duro scontro tra fazioni contrapposte di teorici del diritto, che hanno lottato ora perché ne fosse decretata l'inesistenza⁴⁶, ora affinché ne

⁴⁵ Oltre alle opere che saranno citate *infra*, sulle lacune si possono indicare, quali testi fondamentali: A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1960, *passim*; C.A. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien-New York, 1971, *passim*; *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, (trad. it. di P. Chiassoni e G. Ratti), Giappichelli, Torino, 2005, *passim* e spec. p. 121 ss.; CH. PERELMAN (a cura di), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1968, *passim*; P. CHIASSONI, *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, pp. 321-363; ID., *Lacune nel diritto. Appunti per una tipologia realistica*, in L. TRIOLO (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 37-89; R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. X, Utet, Torino, 1993, p. 268 ss.; ID., *La sintassi del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 393 ss.; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 223 ss.

⁴⁶ Vanno in questa direzione coloro che hanno difeso il c.d. “dogma della completezza” (su cui v. A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit.) – che viene tradizionalmente considerato uno degli aspetti salienti del positivismo giuridico e vera e propria parte integrante della concezione statualistica del diritto – fino a dar luogo a un vero e proprio *feticismo della legge* (N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 241-243), di fronte alla quale il giudice non poteva che essere mera *bouche de la loi*. Di lacune, secondo una concezione simile, nel diritto non possono esservene (v., però, oltre alle critiche del Bobbio a questa tesi, anche quelle più recenti di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 328, secondo il quale il problema reale non è quello della completezza del diritto, ma quello della completezza della legge). Sul dogma della completezza nella dottrina tedesca si vedano C. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1892 e E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1903. La tesi del Bergbohm fu poi accolta in Italia dal S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925; quella dello Zitelmann, pur con qualche differenza, dal D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società editrice libraria, Milano, 1910. Per un quadro completo del problema della lacune sul piano teorico e comparatistico A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 328, nt. 53, segnala opportunamente i saggi raccolti in CH. PERELMAN (a cura di), *Le problème des lacunes en droit*, cit., *passim*.

Le tesi sulle quali si fonda il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico sono essenzialmente due: secondo la prima – che Bobbio chiama teoria dello *spazio giuridico vuoto* – ciò che non è regolato dal diritto appartarrebbe alla sfera del *giuridicamente irrilevante*: vi sarebbe, quindi, uno “spazio giuridico pieno” e uno “spazio giuridico vuoto”, sicché o c'è il vincolo giuridico o c'è assoluta libertà, *tertium non datur* (v. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 247 ss. e ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 94-95). Nella dottrina tedesca la tesi dello *spazio giuridico vuoto* è sostenuta da Bergbohm e, nella dottrina italiana, da Santi Romano (cfr. *opp. citt. supra*

fosse, invece, riconosciuta l'(inevitabile) esistenza⁴⁷.

Risulta oggettivamente difficile padroneggiare una simile materia e sarebbe fuor di luogo avventurarsi in un suo approfondimento in questa sede, il quale, se per un verso porterebbe ad una digressione eccessiva rispetto agli scopi di questo lavoro, per altro verso rischierebbe di eccedere le capacità e le conoscenze di chi scrive.

Tuttavia, poiché non è possibile ignorare del tutto i termini in cui il problema si pone, si cercherà di contenere negli stretti limiti del necessario quelle premesse, che dovrebbero consentire di rivelare il senso della proposta metodologica – che qui si formula – di accostare il problema della prova illecita al fenomeno delle lacune del (o nel) diritto. Ciò forse comporterà qualche eccessiva semplificazione o qualche omissione, ma eviterà di appesantire troppo il discorso.

Considerando superato il dibattito sulla possibilità di riconoscere all'ordinamento un certo grado di incompletezza e dando per assodato che le lacune nell'ordinamento esistono⁴⁸, gli aspetti ai quali vale la pena di dedi-

in questa nt.). La seconda tesi a difesa del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico viene correntemente denominata teoria della *norma generale esclusiva*, secondo la quale, in sintesi estrema, ciò che non è né vietato, né comandato dal diritto sarebbe permesso. Questa tesi è stata sostenuta in Germania dallo Zitelmann e recepita in Italia dal Donati (cfr. *opp. cit. supra* in questa nt.). Mentre della prima tesi non ci occuperemo ulteriormente, *infra* nel testo si tornerà a discutere della seconda, pur sempre limitatamente ai fini che qui interessano.

⁴⁷ Come reazione al *feticismo della legge* e al dogma della completezza, tipici delle varie scuole dell'esegesi, nacquero nei primi decenni del Novecento alcune correnti di pensiero, quali emblematicamente la *giurisprudenza sociologica* e la *scuola del diritto libero*, i cui sostenitori – in netto contrasto con i propri avversari, ossia i positivisti di stretta osservanza – affermavano che in realtà il diritto costituito è pieno di lacune, per colmare le quali «bisogna affidarsi principalmente al potere creativo del giudice, cioè di colui che è chiamato a risolvere gli infiniti casi che i rapporti sociali generano, al di là e al di fuori di ogni regola precostituita» (N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 243-244). Quale rappresentante più autorevole della *giurisprudenza sociologica* possiamo ricordare lo Ehrlich (di cui v. E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, Mohr, Tübingen, 1918) e, quale principale esponente della *scuola del diritto libero*, Hermann Kantorowicz (di cui si veda H. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Carl Winter's, Heidelberg, 1906, pubblicato sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius, anche in trad. it., *La lotta per la scienza del diritto*, Palermo, 1908). In generale la dottrina processualcivilistica italiana non si mostrò favorevole a queste correnti, come emblematicamente dimostrano le dure critiche del G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1923, rist. anast. 1965, p. 75 ss., il quale, in consonanza con la quasi unanime letteratura italiana dell'epoca, non esitava a definire «pericolose» le dottrine propuginate dalla scuola del diritto libero, «che si ispirano al principio della maggior libertà del giudicante [...] e che questa libertà esagerano fino al potere di correzione della legge. Che simili poteri, come contrarii alla legge, e propizii all'arbitrio e alla confusione, si debbano negare al giudice nostro, basti aver energicamente affermato».

⁴⁸ D'altro canto, come è stato di recente esattamente osservato, in realtà lo stesso «dogma della completezza dell'ordinamento, giustamente ritenuto essenziale alla concezione positivista, non disconosce l'esistenza di lacune nei diritti positivi, da intendere nel senso di mancanza di una precisa disposizione: nella legge scritta o, quando e finché ammesso,

care ai nostri fini alcune riflessioni sono due: in primo luogo è opportuno soffermarsi sulla tassonomia elaborata dalla teoria generale per distinguere i diversi tipi di lacuna. In secondo luogo risulta rilevante svolgere qualche minima considerazione circa le relazioni che intercorrono tra le lacune e l'interpretazione, con riferimento ai profili che attengono al prevenire, creare e colmare le lacune⁴⁹.

È opportuno, anzitutto, cominciare col precisare che di lacune si può parlare almeno in quattro sensi diversi: oltre alle lacune normative, vi sono, infatti, lacune tecniche⁵⁰, lacune istituzionali⁵¹ e lacune assiologiche⁵²

nel diritto consuetudinario» (A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit. p. 329, il quale insiste sull'importanza della "completabilità del diritto", piuttosto che della "completezza della legge"). In effetti, lo stesso Bobbio precisa che «meglio che di *completezza*, si dovrebbe parlare in questo caso di *autosufficienza* dell'ordinamento giuridico. Completo può dirsi un insieme di norme che non ha lacune; autosufficiente, un insieme di norme le cui lacune possono essere sempre colmate mediante interpretazione o integrazione, e quindi senza bisogno di ricorrere al potere creativo del giudice» (N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 101). Oggi la discussione sulle lacune sembra aver superato la vecchia, apparentemente irriducibile, contrapposizione tra positivisti ad oltranza e sostenitori del diritto libero – una contrapposizione tutta incentrata sul dibattito relativo alla stessa possibilità di riconoscere l'esistenza delle lacune nell'ordinamento giuridico – e pare essersi spostata, invece, su un terreno differente e, per certi versi, più sofisticato, in cui a diverse teorie del diritto continuano a corrispondere differenti teorie delle lacune, nel condiviso presupposto, però, della loro esistenza.

⁴⁹ Nel testo ci si affiderà principalmente alla prospettiva di Guastini (di cui v. le *opp. citt.* nelle note che seguono).

⁵⁰ Ricorre una lacuna tecnica quando nell'ordinamento vi è una norma la cui esistenza è condizione necessaria per l'efficacia e/o per l'effettività di un'altra norma (R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, cit., p. 268 ss.; *Id.*, *La sintassi del diritto*, cit., p. 399; *Id.*, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 224; *Id.*, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 127 ss.).

⁵¹ Il concetto di lacuna istituzionale viene fatta risalire a S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, cit., e identifica il seguente fenomeno: in un ordinamento giuridico, inteso come complesso di "istituzioni", per cause di fatto viene meno una delle istituzioni essenziali al suo funzionamento (R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 393, nt. 1; *Id.*, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 227). Un esempio tipico può essere quello di uno Stato monarchico nel quale si estingue la dinastia regnante.

⁵² Esistono diversi modi di classificare le lacune; adottato qui la classificazione proposta da R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 394 ss.; *Id.*, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 223 ss. Per una classificazione differente, v., ad es., il L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. I. Teoria del diritto*, cit., il quale, con riferimento ai vizi che contrassegnano virtualmente il paradigma del costituzionalismo rigido, propone due distinzioni di lacune: una prima «tra *lacune formali* e *lacune sostanziali*, a seconda che l'indebita lacuna riguardi una norma formale o una norma sostanziale sulla produzione» e una seconda «tra *lacune primarie* e *lacune secondarie*, a seconda che esse consistano nella mancata introduzione, a garanzia di una norma sostanziale, rispettivamente di norme primarie o di norme secondarie».

(dette anche lacune ideologiche⁵³ o valutative⁵⁴). Ai fini del presente lavoro interessano soprattutto la prima e l'ultima delle categorie menzionate, sicché possiamo disinteressarci delle altre due. In sintesi davvero estrema, secondo una definizione diffusa, si ha una lacuna normativa quando una determinata fattispecie concreta non può essere decisa per la mancanza nell'ordinamento di una norma che la disciplini⁵⁵. Si ha, invece, una lacuna assiologica, ideologica o valutativa quando, sulla base di considerazioni etico-politiche, manca nell'ordinamento una norma *giusta*, ossia una norma che *dovrebbe esserci*⁵⁶. In tale ultimo caso si danno due ulteriori sotto-ipotesi: può accadere, cioè, che una fattispecie sia disciplinata da una norma, che tuttavia si rivela all'interprete insoddisfacente⁵⁷, oppure che una fattispecie sia disciplinata da una norma

⁵³ Le definisce "lacune ideologiche" N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 257 ss. Sulle lacune nel contesto dell'interpretazione costituzionale, cfr. S.F. REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra "valori" e "principi" in alcuni ordinamenti costituzionali*, Maggioli, Rimini, 1997, p. 55 ss. e spec. p. 71 ss.

⁵⁴ In questo senso usa l'espressione "lacuna valutativa" R. CAPONI, «*Ciò che non fa la legge lo fa il giudice, se capace*»: *l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 223 ss.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Teoria generale dell'ordinamento*, p. 237 ss.; ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 95-96; R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, pp. 394-395.

⁵⁶ Si vedano R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, pp. 400-402; ed anche N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, pp. 257-259 ss.; ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 96-97, che pure, come si è detto, preferisce la denominazione di "lacune ideologiche". Il merito di aver concettualmente distinto le lacune ideologiche da quelle normative nella dottrina italiana spetta al G. BRUNETTI, *Sul valore del problema delle lacune*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1913; ID., *Il senso del problema della dell'ordinamento giuridico*, in *Dir. comm.*, 1917, pp. 17-34; ID., *Ancora sul senso del problema delle lacune. Risposta ad una critica*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1918; ID., *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di nell'ordinamento giuridico*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1918; ID., *Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico*, Tip. Barbera, Firenze, 1924, ora tutti in ID., *Scritti giuridici vari*, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1915-1925, nei voll. I, III e IV. Per una critica polemica alla tesi del Brunetti si veda V. MICELI, *La completezza dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, V, pp. 86-101.

⁵⁷ Un ottimo esempio di lacuna assiologica è (involontariamente) fornito dal Donati nel sostenere la tesi della completezza dell'ordinamento giuridico e, quindi, l'inesistenza di lacune (normative): in uno Stato monarchico non vi è nell'ordinamento una disposizione che disciplini la successione al trono nell'ipotesi in cui la dinastia della famiglia reale si estingua. Nel caso in cui si verifichi effettivamente l'estinzione della dinastia, ci si chiede a chi spetti la corona. Parrebbe di dover riconoscere, a fronte di una tale situazione, l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento, ma il Donati afferma che così non è: la questione ha un'unica soluzione giuridica possibile, e cioè che la corona non spetta a nessuno, restando liberi lo Stato e i sudditi da qualsivoglia limitazione (D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 36-37). Giustamente si afferma: «che poi questa soluzione sia *politicamente* insoddisfacente non vuol dire affatto che essa non sia una soluzione *giuridica*. Si potrà lamentare che uno Stato in cui manchi tale legge sia *male* costituito; ma non si potrà dire che il suo ordinamento sia *incompiuto* o lacunoso» (N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 253).

in modo non conforme a quanto richiesto da un'altra norma di diritto positivo e, in particolare, da una norma (che si ritiene) materialmente o assiologicamente superiore⁵⁸.

Il secondo aspetto rilevante riguarda i rapporti tra le lacune e l'interpretazione: secondo una visione aggiornata del fenomeno, l'interpretazione non è tanto l'attività in grado di colmare le lacune, quanto piuttosto quell'attività che «produce le lacune e, come le produce, così può anche evitarle o prevenirle»⁵⁹. In altre parole, in quest'ottica, le lacune *seguono* e non *precedono* l'interpretazione. Tuttavia, poiché nel nostro ordinamento vige il principio generale del divieto di *non liquet*, che impedisce al giudice di omettere di pronunciarsi⁶⁰, è chiaro che la creazione in via interpretativa di una lacuna anticipa in realtà la costruzione di una norma (inespressa) – che avrà luogo subito dopo⁶¹ – in grado di dare soluzione al caso, sicché, come è stato sostenuto autorevolmente, «la creazione interpretativa di una lacuna da parte di un giurista prelude ad un'operazione di politica del diritto: secondo i casi, una raccomandazione *de lege ferenda* (rivolta al legislatore) o *de sententia ferenda* (rivolta ai giudici)»⁶². Nello stesso senso – si è sostenuto – l'interpretazione non serve a colmare le lacune: a tal fine sarebbe necessaria, infatti, un'attività integrativa e non meramente interpretativa,

⁵⁸ Cfr. ancora R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 400-402. Bellissime, in questo senso, le pagine di E. GARBAGNATI, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*, in *Jus*, 1951, II, pp. 431-450.

⁵⁹ In questi termini R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 397. Si tratta di una concezione dei rapporti tra interpretazione e lacune coerente con l'idea che le norme siano il risultato dell'attività interpretativa – e non il loro oggetto, rappresentato invece da enunciati normativi – che si deve soprattutto all'opera chiarificatrice di Giovanni Tarello, di cui si veda G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, *passim* e spec. pp. 91-67, ma già presente nella dottrina anteriore, nonché piuttosto radicata anche nella cultura processualciviltistica: già chiarissima in questo senso la posizione dell'Andrioli espressa in brevi ma densissime pagine (V. ANDRIOLI, *Intorno ai principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, pp. 254-260 e sepc. pp. 255-256, riferite al vivace dibattito allora articolatosi intorno ai principi generali dell'ordine giuridico fascista). Questa visione dei rapporti tra enunciati legislativi e norme è oggi ampiamente condivisa – spesso per implicito, talvolta espressamente – anche dalla miglior dottrina processualciviltistica: v. ad es., per un riconoscimento espresso, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 7-8. Sulle tecniche per prevenire, creare e colmare le lacune v., per tutti, M. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, cit. pp. 276-278; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 233 ss.

⁶⁰ Mentre nel nostro ordinamento il divieto di *non liquet*, pur essendo unanimemente riconosciuto, non è codificato, esso si trova espressamente enunciato nell'art. 4 del *code civil* francese, il quale senza possibilità di equivoci dispone: «*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*».

⁶¹ Molto efficace, sotto questo profilo, è l'osservazione secondo cui tutte le lacune sono "effimere", in quanto create solo per essere colmate subito dopo (E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 454).

⁶² Così R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, cit., p. 397, nt. 8.