

AIAF

RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

2018/1

Approfondimenti sul processo familiare



G. Giappichelli Editore

Rivista trimestrale - 1 - 2018

www.aiaf-avvocati.it

AIAF

RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI
AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

© Copyright 1995 - AIAF
RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI
AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI
Trimestrale - reg. Trib. Milano 24 settembre 2013, n. 288

Anno XXII, n. 1

Direttore Responsabile

Giulia Sarnari

Comitato di redazione

Gabriella de Strobel, Alberto Figone, Marta Rovacchi, Maria Carla Serafini, Valeria Vezzosi

Comitato scientifico

Maria Caterina Baruffi, Gilda Ferrando, Beatrice Ficarelli, Giovanni Francesco Basini, Massimo Dogliotti, Andrea Graziosi, Leonardo Lenti, Paolo Morozzo della Rocca, Lorenzo Picotti, Alberto Tedoldi

Redazione

Galleria Buenos Aires n. 1, 20124 Milano - tel. e fax 02 29535945
segreteria@aiavvocati.it www.aiavvocati.it

La pubblicazione di ogni scritto è subordinata alla valutazione positiva di blind referees

Stefania Bandinelli, Paola Bardi, Massimo Benoit Torsegno, Francesca Caporale, Ethel Carri, Giuliana Castelletti, Elisa Chiaretto, Federica Di Benedetto, Chiara Favilli, Federica Fuggetti, Rossana Lo Monaco, Barbara Manganelli, Stefania Mendicino, Luciano Olivero, Anna Pacciarini, Alessandra Poli, Maria Rita Salvatore, Giulia Sapi, Fausta Scia, Elisa Tosini

G. Giappichelli Editore - 10124 Torino
via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111 - Fax 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISSN 2240-7243

Stampa

Stampatre s.r.l., via Bologna 220, 10123 Torino
Finito di stampare nel mese di marzo 2018

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

	Editoriale
5	<i>Giulia Sarnari</i>
Focus	
	I procedimenti di separazione, divorzio, scioglimento di unione civile e di affidamento di figli di coppie non coniugate: problemi e criticità
6	<i>Alberto Figone</i>
	L'attività istruttoria nel diritto di famiglia: luci e ombre nei giudizi di separazione e divorzio
12	<i>Gabriella de Strobel</i>
	La consulenza tecnica d'ufficio in materia psicologica: dal <i>iudex peritus peritorum</i> al <i>peritus iudex</i>?
22	<i>Alberto Tedoldi</i>
	La consulenza tecnica d'ufficio: il punto di vista della difesa
33	<i>Gabriella de Strobel</i>
	La consulenza tecnica d'ufficio per la determinazione degli obblighi di mantenimento
40	<i>Alessandro Piras</i>
	Il procedimento ex art. 709 <i>ter</i> c.p.c.: l'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare
49	<i>Federica Fuggetti</i>
	Le garanzie degli obblighi di mantenimento e misure cautelari
63	<i>Giulia Sapi</i>
	Riflessioni sulla coesistenza dei processi di separazione e divorzio tra le stesse parti
68	<i>Vincenzo Vitalone</i>

L'ATTIVITÀ ISTRUTTORIA NEL DIRITTO DI FAMIGLIA: LUCI E OMBRE NEI GIUDIZI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

Gabriella de Strobel

Avvocata in Verona

Responsabile AIAF Verona

Segretario Nazionale AIAF

Abstract: L'attività istruttoria rappresenta un elemento chiave dei processi di famiglia: le decisioni si basano principalmente su elementi di fatto, che le parti processuali devono allegare e dimostrare offrendo prove valide e rilevanti.

L'art. 706 c.p.c. prescrive l'obbligatoria produzione delle dichiarazioni dei redditi dei coniugi degli ultimi tre anni e il codice di procedura disciplina le altre prove tipiche (documenti, giuramento, confessione, testimonianza, ...), ma l'evoluzione tecnologica e i *social network* hanno attribuito crescente e decisiva importanza alle prove atipiche. È innegabile che moltissimi giudizi siano oggi decisi o profondamente condizionati da *e-mails*, SMS o profili Facebook; i rapporti investigativi, le riprese audiovisive e il *tracking* elettronico (GPS) stanno diventando di uso comune.

L'acquisizione di prove atipiche in assenza di disciplina legislativa determina inevitabili conflitti con il diritto alla riservatezza e gli altri diritti fondamentali protetti dalla Costituzione, quali la libertà personale (artt. 2 e 3), la libertà di espressione e manifestazione del pensiero (art. 21), della corrispondenza e del domicilio (artt. 14 e 15).

Mancando una disposizione civilistica che vieti l'utilizzo di prove illegittimamente acquisite (conformemente a quanto prevede l'art. 191 c.p.p.) la decisione finale spetta al giudice, che dovrà bilanciare gli interessi in gioco per decidere se una prova possa essere legittimamente utilizzata o meno. In tale prospettiva l'articolo analizza condizioni e limiti delle prove atipiche, soffermandosi su alcuni nuovi tipi di prova ed evidenziando i diversi orientamenti giurisprudenziali emersi nella recente casistica.

Abstract: Evidence is a key aspect of family law trials: decisions are mostly based on facts, that the claimant and the defendant must allege and prove offering valid and relevant proves to the court.

Art. 706 of the Civil Procedural Code prescribes to lodge the last three tax declarations of spouses and civil procedural law regulates other typical evidence (documents, oath, confession, witness, ...), but technology evolution and social networks have given growing and decisive importance to atypical evidence. As a matter of fact, nowadays court cases are often determined or deeply conditioned by emails, SMS or Facebook profile; investigative reports, audiovisual footage and electronic tracking (GPS) are becoming of everyday use.

The acquisition of atypical evidence in lack of any legislative provision causes unavoidable conflicts with right of privacy and other fundamental rights protected by Italian Constitution, such as personal freedom (artt. 2 and 3), as well as freedom of expression (art. 21), of correspondence and domicile (artt. 14 and 15).

In absence of a disposition of the Civil Procedural Code that forbids the use of illegally obtained evidence (in correspondence with art. 191 of Criminal Procedural Code) the final decision is up to the judge, who will have to balance interests to decide whether or not proves are legally usable. In this perspective the article examines conditions and limits of atypical evidence, focusing on some new types of proof and pointing out different judicial interpretations.

In absence of a disposition of the Civil Procedural Code that forbids the use of illegally obtained evidence (in correspondence with art. 191 of Criminal Procedural Code) the final decision is up to the judge, who will have to balance interests to decide whether or not proves are legally usable. In this perspective the article examines conditions and limits of atypical evidence, focusing on some new types of proof and pointing out different judicial interpretations.

Sommario: 1. Le prove come strumento processuale fondamentale nel diritto di famiglia. – 2. Prove tipiche e prove atipiche: il limite delle prove illecite. – 3. Il difficile rapporto tra l'attività istruttoria in materia di diritto di famiglia e la tutela della *privacy*. – 4. Le nuove tecnologie: strumenti tanto problematici quanto indispensabili. – 5. Le riprese audiovisive come mezzi di prova nel diritto di famiglia. – 6. Il *tracking* elettronico (GPS): gli interventi della giurisprudenza. – 7. L'utilizzabilità della prova atipica data dalle relazioni investigative.

1. Le prove come strumento processuale fondamentale nel diritto di famiglia

L'attività istruttoria, nel processo civile in generale – ma non solo – e, più nello specifico, nei procedimenti di separazione e divorzio, assume particolare rilevanza: le prove, infatti, spesso costituiscono l'ago della bilancia per determinare l'esito del procedimento. È, difatti, fondamentale per il difensore sostenere le ragioni della parte suffragando la propria tesi con elementi di prova quanto più specifici e tra loro coordinati, idonei pertanto a costruire un quadro probatorio complessivo coerente e che non lasci spazio alle eccezioni di controparte.

In particolare nei procedimenti di separazione e divorzio e, più in generale, nei procedimenti di diritto di famiglia, in cui fatto e diritto spesso sono un tutt'uno, gli aspetti in cui l'attività istruttoria si dimostra determinante sono quelli in cui la prova del fatto implica di per sé la prova della sussistenza del diritto. Così, diventa fondamentale la prova delle reali ed effettive condizioni economiche delle parti ai fini della determinazione dell'ammontare dell'assegno, o ancora la prova della capacità genitoriale così da orientare il giudizio del giudice a favore dell'uno piuttosto che dell'altro genitore in merito a controversie sull'affidamento dei figli minori e, infine, la prova di pretese condotte contrarie ai doveri coniugali così da sostenere eventuali domande di addebito.

L'attività istruttoria, quale momento processuale connotato da grande rilevanza, è inevitabilmente sottoposta ad un giudizio di **ammissibilità**, atto a valutare la legalità delle prove, e di **rilevanza**, atto a valutarne invece l'utilità: ebbene, va da sé che solo prove non in violazione di disposizioni di legge e utili ai fini della tutela delle proprie ragioni potranno entrare nel procedimento e incidere sulla libera valutazione del giudice. Quindi, la regola generale è che l'attività istruttoria è “nelle mani” delle parti, in ossequio a quanto disposto dall'art. 115 c.p.c., norma generale e principio fondante dell'attività istruttoria¹ che costituisce applicazione del principio dispositivo in forza del quale spetta alle parti, e solo alle parti, il compito di indicare gli elementi di prova utili ai fini della decisione. Il giudice non può, quindi attingere al di fuori del processo per avere conoscenza dei fatti da accertare, né liberamente scegliere di prescindere dalla valutazione delle prove acquisite nel corso dello stesso. D'altro canto, il canone di valutazione dell'istruttoria è dato dall'art. 116 c.p.c., norma che fissa il principio del libero convincimento del giudice in ordine alla valutazione delle prove.

Tale principio non troverà applicazione, come noto, solo nel caso in cui sussistano delle prove legali il cui valore è, invece, attribuito dalla legge.

¹ Art. 115 c.p.c.: «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza».

2. Prove tipiche e prove atipiche: il limite delle prove illecite

Anche nel diritto di famiglia, e non potrebbe essere diversamente, le prove come tali vanno distinte in prove legali tipiche e atipiche: le prime, previste dalla legge, e le seconde, non previste dalla legge, decisamente tanto problematiche quanto dotate di grande rilevanza.

Tra le **prove tipiche**, sintetizzabili nella prova documentale, la prova testimoniale, il giuramento decisorio, la confessione e la prova delle simulazioni, va detto che l'unico obbligo specifico in merito al regime delle prove è sancito all'art. 706, 3° comma, c.p.c. nonché nell'art. 4, 6° comma, l. divorzio, che prevedono come «al ricorso e alla prima memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi presentate». Dalla disposizione in esame si desume, innanzitutto, che la parte che produce documentazione attinente ai redditi di controparte non commette una violazione della sua *privacy* (che, come si vedrà più compiutamente in seguito, costituisce invece problematica molto sentita e che spesso offre un'apertura a censure di legalità della prova stessa). Dalla disposizione in esame si deduce, inoltre, che la mancata produzione di detta documentazione, riferibile secondo opinione costante, quantomeno agli ultimi tre esercizi e concernente i patrimoni personali e comuni, sarà un elemento che il Presidente, nella fase presidenziale² – quindi in quella fase non propriamente istruttoria – potrà/dovrà tenere in considerazione in sede di emanazione dei provvedimenti provvisori ed urgenti. Non solo: eventualmente, sarà elemento che consentirà al giudice di scegliere se disporre indagini sui redditi e sul patrimonio delle parti o di assegnare termine alle parti per produrre brevi note.

Complesso è il tema riguardante le **prove atipiche**, connotate dal duplice elemento dell'essere **non previste dalla legge e dell'essere acquisite tramite iter differente** rispetto a quelle tipiche (ad es.: l'ispezione non verbalizzata). Esse sono ben note a Dottrina e Giurisprudenza per i numerosi dibattiti cui danno luogo e, soprattutto, per le questioni attinenti all'**ammissibilità** delle stesse (in cui, tradizionalmente, si contrappongono la tesi del principio di tassatività e della mancanza di una norma di chiusura) e all'**efficacia**.

Un forte limite al libero utilizzo delle prove emerge con riferimento alle **prove illecite**, vale a dire quelle **prove assunte in violazione delle disposizioni di legge o dei fondamentali principi costituzionali ovvero acquisite illegittimamente**. Più in generale, si ritiene sussista l'illeceità ogni qualvolta il mezzo istruttorio tenda ad aggirare, superare o pretermettere indebitamente norme di legge adibite a regolare l'acquisizione e l'assunzione delle prove.

² Art. 111 Cost.: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertare impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione [360 c.p.c.; 606 c.p.p.].»

Va detto che, per quanto attiene all'utilizzabilità delle **prove illecite**, nel processo civile e, quindi, per quanto qui d'interesse, anche nei processi di separazione e divorzio, manca la specifica disposizione contemplata, invece, nel codice di procedura penale (art. 191 c.p.p.) che ne vieta l'utilizzo; pertanto, l'ultima parola è rimessa al giudice. Tuttavia la giurisprudenza ha, in alcune ipotesi, ampliato e, in altre, ristretto l'interpretazione seguita in merito.

La regola generale, in ogni caso, per escludere l'ammissibilità della **prova illecita** è sancita all'art. 111 Cost., dal quale discende il principio per cui il mezzo di prova potrà essere tipico o atipico, ma se il mezzo di prova atipico viola i principi che regolano il giusto processo deve considerarsi illecito. Seguendo poi l'interpretazione predominante, il metodo per rilevare la nullità sarà quello dell'art. 157 c.p.c., per cui, per l'effetto, prevale la tesi del carattere relativo. Da ciò discende che la contestazione dovrà essere **immediata**, pena la **definitiva acquisizione** al processo della prova per quanto illecita.

Interessante è stata la recente decisione del Tribunale di Roma del 20 gennaio 2017³; il giudice di merito ha consentito l'uso di una prova illecita all'interno di un procedimento relativo all'affidamento di un minore. Il caso di specie è stato quello di alcune riprese nell'abitazione di un padre tossicodipendente, utili ai fini di provare che egli assumeva sostanze stupefacenti in presenza della figlia. Di fatto, il Tribunale di Roma ha ritenuto di poter derogare ai principi generali a fronte di un giudizio di bilanciamento di interessi in cui viene considerato prevalente l'interesse di tutela della figlia minore.

D'altro canto, in altre occasioni i giudici si sono dimostrati meno inclini a consentire l'uso di prove acquisite non lecitamente; in questo senso di recente si è mostrata la Corte di Cassazione⁴, che ha ritenuto che il materiale probatorio sottratto in maniera fraudolenta alla controparte che ne era in possesso non poteva essere utilizzato. Il caso era proprio quello di un giudizio di separazione, nel corso del quale uno dei coniugi aveva prodotto *file* audio, con relativa traduzione giurata, già di proprietà dell'altro coniuge ma che fornivano la prova del condizionamento che il coniuge – nello specifico il marito – esercitava sui figli. La parte, per giustificare la modalità di ricerca della prova, aveva addotto che le fossero stati inviati "anonimamente", portando la Suprema Corte a ritenere tali elementi probatori inammissibili. In questo caso, quindi, gli ermellini hanno evidentemente ritenuto mancante quell'interesse predominante (che invece avevano rinvenuto i giudici di merito) dato dalla tutela del minore, ma al contrario hanno ritenuto più pregnante la garanzia di liceità del procedimento istruttorio.

3. Il difficile rapporto tra l'attività istruttoria in materia di diritto di famiglia e la tutela della *privacy*

Nei giudizi di separazione e divorzio l'attività istruttoria deve fare i conti con un tema dai confini piuttosto incerti che apre le porte a tutta una serie di problematiche specifiche: la tutela della *privacy* dei soggetti coinvolti.

È, difatti, inevitabile che l'attività istruttoria coinvolga soggetti i quali sono garantiti, in primo luogo, dal d.lgs. n. 196/2003 e in esso, più specificamente, dalla disciplina concernente il trattamento di dati personali. In secondo luogo, va pur sempre tenuto conto dei principi costituzionali in materia, garanzie fondamentali che rimangono sempre sullo sfondo del procedimento tanto penale quanto civile.

³ Trib. Roma 20 gennaio 2017, Est. Monica Velletti.

⁴ Cass., Sez. VI, ord. 8 novembre 2016, n. 22677.

Così, la prova di un fatto, per quanto rilevante, dovrà rispettare sia i diritti inviolabili dell'uomo garantiti ex artt. 2 e 3 Cost.⁵ sia la fondamentale tutela della libertà personale riconosciuta ex art. 13 Cost.⁶ e, infine, dovrà pur sempre essere riconosciuto il principio di libera manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. Non solo; in termini più specifici l'attività istruttoria incontra i limiti delle garanzie sancite agli artt. 14 e 15 Cost. vale a dire, segnatamente, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità della corrispondenza.

Per quanto attiene al codice della *privacy* specifiche garanzie sono offerte all'art. 13 del d.lgs. n. 196/2003 nella parte in cui prevede che «l'interessato deve essere preventivamente informato sulle finalità e modalità di trattamento dei dati, sulla natura obbligatoria o facoltativa del loro conferimento e sulle conseguenze del rifiuto di rispondere»; ancora, come già anticipato, l'art. 23 ammette il trattamento dei dati personali *soltanto previo consenso dell'interessato*, consenso scritto nel caso dei c.d. dati sensibili e, comunque, previa autorizzazione del garante. La garanzia offerta dal codice incontra, tuttavia, un limite scriminante, cui è anche dedicato l'art. 7: l'obbligo non si applica «qualora i dati siano trattati ai fini dello svolgimento di investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria». Quindi, se è vero che la *privacy* viene tutelata in maniera sempre più stringente, è una tutela che può venire sacrificata di fronte a esigenze di giustizia.

Ciò che assume rilevanza, al di là dei dibattiti dogmatici e scientifici sul limite che i diversi interessi incontrano e sul loro giusto temperamento, è che il mancato rispetto della *privacy* dei soggetti coinvolti nel procedimento istruttorio, ad es. eventuali violazioni del trattamento dei dati personali, **impedisce l'utilizzo della prova** ma la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di eventuali atti e documenti, così come i successivi provvedimenti giudiziari basati sugli stessi, rimangono disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali in materia civile e penale⁷.

⁵ Art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Art. 3 Cost.: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

⁶ Art. 13 Cost.: «La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

⁷ Interessante è il recente sviluppo della giurisprudenza di merito in ordine al corretto utilizzo dei dati personali, che tempera con un loro utilizzo processuale. Proprio il Tribunale Civile di Verona, nella sent. n. 1026/2017, ha fatto un rilievo decisamente incisivo. Il Caso è quello di un forte contenzioso in ordine all'affidamento dei figli. Una parte – nello specifico il padre – deposita per suffragare la propria tesi di incapacità genitoriale della madre una serie di perizie psicologiche effettuate da una dott.ssa che mai aveva avuto contatti professionali con la madre stessa. Pertanto il tribunale non solo ha in parte accolto la domanda attorea ma, soprattutto, ha censurato tale condotta e, in particolare, nonostante l'uso di dati – esperienze di vita, attitudini, sfumature caratteriali, ecc. – particolarmente delicati, data la finalità degli elaborati «redatti allo scopo di far valere un diritto in sede giudiziaria» ha ritenuto che non fosse necessario il consenso della sig.ra a mente del disposto di cui all'art. 24, d.lgs. n. 196/2003. Così Trib. Verona, Sez. civ. I, n. 1026/2017.

4. Le nuove tecnologie: strumenti tanto problematici quanto indispensabili

Come già in parte anticipato, le prove, nei procedimenti in materia di diritto di famiglia, consentono di dare atto di condotte censurabili quali infedeltà e gravi violazioni degli obblighi matrimoniali, rilevanti in specie ai fini di un potenziale addebito, nonché di reperire notizie in merito al patrimonio e allo stile di vita reale delle parti, eventualmente utilizzabili per determinare l'ammontare degli assegni di mantenimento. Si tratta di aspetti difficili da documentare poiché si collocano sulla linea di confine tra prove lecite e prove illecite. In questi aspetti, inoltre, cresce l'incidenza della tecnologia; in particolare la crescita sconvolgente dell'importanza e dell'uso dei *social network* e dei nuovi mezzi di comunicazione, come la messaggistica istantanea che hanno, di fatto, preso il posto dei "tradizionali" mezzi di prova.

Non sono ancora state del tutto soppiantate le tradizionali fotografie, che ancora giocano un ruolo fondamentale. Se è vero che, di regola, per quanto attiene all'uso di fotografie, potrà essere documentato tutto ciò che è visibile senza dover ricorrere a "stratagemmi", vi sono alcune osservazioni imprescindibili da fare, anche in forza degli orientamenti dei Tribunali di merito che, sempre più spesso, adottato un atteggiamento di apertura per quanto attiene a questa tipologia di mezzi di prova; è il caso del Tribunale di Milano⁸ che ha ammesso le foto che documentavano un tradimento statuendo come esse siano ammissibili nella misura in cui non siano contestate da controparte. Un'apertura, quindi, verso un giudizio più elastico di ammissibilità delle prove.

Ma nel nuovo millennio, nell'era digitale, il ruolo di protagonista lo svolgono le **nuove tecnologie**. Ad oggi, infatti, la personalità degli individui ha assunto una connotazione fortemente digitale; accanto alla vita reale molti vivono una vita parallela virtuale, attraverso i *social network* e *Facebook* in particolare. Soprattutto la dinamica del *social network* – condivisione di informazioni personali con altri utenti – e il ruolo centrale che ha per la vita (anche coniugale) di ognuno, lo rende non solo un mezzo di prova semplice ma soprattutto un vero e proprio bacino di informazioni personali via via sempre più accessibili alle parti. Grazie a questo strumento, in estrema sintesi, sarà possibile per il difensore della parte provare dove, quando e con chi si trovava la controparte. Straordinario è l'apporto che il *social network* ha dato per quanto concerne la prova dell'infedeltà del coniuge.

Se, quindi, i *social network* sono una vera e propria miniera di informazioni sulle parti in causa in grado di ordinare la decisione del giudice a favore dell'uno piuttosto che dell'altro, il problema principale che si pone, nel momento di reperire queste informazioni, è quello del rispetto delle regole generali.

Tra le regole cui è subordinata la legalità della prova, problematico è il rispetto della *privacy* dei soggetti coinvolti nonché le modalità con le quali si reperiscono le prove stesse; relativamente all'accesso abusivo nel profilo altrui, ad esempio il rischio è che la condotta assuma rilevanza sotto il profilo penale. Pertanto, la produzione in giudizio di fotografie ed informazioni personali tratte, ad esempio, dai **profili Facebook**, sarà ammissibile solo se il materiale è stato reperito attraverso un semplice e legittimo accesso alla rete. In ogni caso, il contenuto delle conversazioni su *Facebook* non costituisce una prova certa circa la provenienza delle stesse e la loro riconducibilità al presunto attore: difatti, non sono presenti firme elettroniche e la parte potrebbe tranquillamente eccepire che qualcun altro è entrato nel suo profilo e ha agito a suo nome.

Se l'importanza dei *social network* cresce a dismisura, la giurisprudenza di merito inizia a dover

⁸ Trib. Milano, Sez. civ. IX, sent. 1° luglio 2015 (Pres. G. Servetti, Est. Giuseppe Buffone).

fare i conti con numerose problematiche, specie con riferimento alla tutela da garantire ai minori. Problema che ha affrontato, ad esempio, il Tribunale di Mantova⁹, il quale ha riconosciuto che l'inserimento di foto di minori sui *social network* costituisce un comportamento potenzialmente pregiudizievole per essi, determinando la circolazione di immagini tra un numero indeterminato di utenti, conosciuti e non conosciuti. I giudici hanno infatti riconosciuto che siffatta condotta, espone il minore al rischio di finire oggetto dell'interesse dei predatori sessuali del *web* ovvero di divenire oggetto di sofisticati montaggi digitali. Infatti, se dotati delle competenze informatiche, questi individui possono agevolmente trarre da immagini di minori postate dagli stessi genitori su *Facebook* e trasformarle in vero e proprio materiale pedopornografico messo in circolazione *online*.

* * *

Problematiche analoghe a quelle concernenti l'accesso ai profili *Facebook* delle parti si pongono con riferimento alla **messaggistica istantanea e la posta elettronica**; se la corrispondenza è diretta ad entrambi i coniugi ciascuna parte potrà tranquillamente produrla in giudizio, altrimenti nuovamente si apre la strada ad una possibile rilevanza penale della condotta (ad es.: violazione di corrispondenza *ex art. 616 c.p.*). Resta, in ogni caso, il problema dell'autenticità, della genuinità e della riconducibilità della corrispondenza elettronica al presunto autore che si può in parte risolvere, ad es., con la produzione della cronologia delle conversazioni.

È appena il caso di aggiungere che anche gli SMS sono diventati mezzi di prova fondamentali in un processo di diritto di famiglia; non sempre è, però, possibile reperire il materiale. Una valida soluzione può essere l'ordine dell'Autorità Giudiziaria diretto alla compagnia telefonica di esibire i tabulati e, eventualmente, la trascrizione dei messaggi SMS. Tuttavia, quest'ultimo rilievo aprirebbe le porte al tema relativo alla problematica data da strumenti di difesa particolarmente elaborati e possibili intrusioni, principale limite alla possibilità di reperire la cronologia delle conversazioni.

5. Le riprese audiovisive come mezzi di prova nel diritto di famiglia

Una delle prove forse più problematiche in termini di ammissibilità ma capace di determinare l'esito del procedimento è la ripresa audiovisiva. La norma di riferimento è l'art. 2712 c.c., il quale sancisce che le riproduzioni audiovisive formano piena prova dei fatti se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti e alle cose medesime. Pertanto, il limite è il disconoscimento da parte di colui contro il quale sono prodotte. Tuttavia, se la parte disconosce il documento prodotto, il giudice può comunque nell'ambito del proprio libero convincimento valutare il fatto, sostanzialmente come provato.

Inevitabilmente, la produzione di riprese audiovisive espone la parte richiedete al rischio di integrare, con la propria condotta, gli estremi di un reato connesso alla tutela della riservatezza, dell'immagine o del domicilio della persona. Pur nella complessità della materia, si può sintetizzare il concetto nel senso che non è illecito registrare una conversazione tra presenti per cui sarà legittima l'utilizzazione, nel processo, del contenuto di una conversazione privata registra-

⁹ Trib. Mantova, 19 settembre 2017, Pres., Rel. Mauro Bernardi. Nello stesso senso anche il Provvedimento del Tribunale di Roma del 23 gennaio 2017.

ta su nastro magnetico da parte di uno degli interlocutori. La materia richiama, concettualmente, la disciplina delle intercettazioni penalmente rilevanti.

Alcune precisazioni meritano di essere fatte, fondate sulla tradizionale distinzione tra luogo pubblico e luogo privato (inteso quale luogo nel quale si svolgono le riprese): in estrema sintesi, sono ammissibili fotografie e registrazioni in luoghi aperti al pubblico e utilizzabili sotto forma di «documenti», inammissibili invece quelle effettuate in luoghi privati.

Ecco che, va detto, il confine tra pubblico e privato è tutt'altro che chiaro; se, infatti, l'attività di ripresa o registrazione è effettuata in un luogo privato ma liberamente osservabile dagli estranei senza ricorrere a particolari accorgimenti, non può essere invocata una pretesa tutela della riservatezza. Classico esempio è il cortile della propria abitazione, luogo inevitabilmente visibile agli estranei e che, per l'effetto, non rientra nell'ambito di tutela della *privacy*.

Tali rilievi vanno però temperati con il concetto di «quasi domicilio», ossia del domicilio, penalmente tutelato, inteso come luogo destinato all'esplicazione anche di un solo atto della vita privata, in cui la persona detiene *lo ius excludendi alios*: le videoregistrazioni ivi effettuate saranno ammissibili soltanto se precedentemente autorizzate con decreto motivato dell'autorità giudiziaria, in modo da soddisfare il livello minimo di garanzie costituzionali.

6. Il tracking elettronico (GPS): gli interventi della giurisprudenza

Altro rilevante mezzo di prova riguarda l'uso della **localizzazione satellitare**; difatti, la localizzazione satellitare ha aperto numerosi dibattiti, trattandosi di un nuovo strumento che, spesso, viene assimilato a mezzi di prova.

Anzitutto non manca chi ritiene che la geolocalizzazione andrebbe concepita come una particolare tipologia di intercettazione, peraltro in potenziale contrasto con la *privacy* del soggetto localizzato.

Tuttavia, secondo l'interpretazione prevalente, va esclusa l'analogia con l'art. 266 c.p.p. dovendosi discostare dall'idea che il *tracking* consista nella captazione clandestina da parte di un terzo del contenuto di una comunicazione riservata tra due o più persone. L'elemento di discriminare non può che essere individuato nel fatto che con il *tracking* elettronico si apprende unicamente la posizione nello spazio dell'oggetto su cui il congegno viene collocato.

Altra problematica posta all'attenzione degli interpreti da attenta dottrina concerne la possibilità di assimilare l'attività di localizzazione con una vera e propria «ispezione personale» per la sua intrinseca caratteristica di «osservare elettronicamente», e pertanto potenzialmente lesiva della garanzia fornita dall'art. 13 Cost. Anche sotto questo profilo, l'interpretazione prevalente propende per una visione elastica della questione in oggetto, in grado di consentirne l'utilizzo in processo. In particolare, si ritiene che essendo l'operazione ispettiva volta ad accertare «le tracce e gli altri effetti materiali del reato», o al massimo a descrivere lo stato attuale o preesistente dei luoghi, il pedinamento satellitare non può presentare tali elementi.

A sostegno di tale interpretazione è anche il rilievo per cui, in caso contrario, dovendosi comunque la localizzazione svolgere all'insaputa dell'indagato (altrimenti perderebbe la sua ragion d'essere) determinerebbe l'impossibilità di concepire un «previo avviso a farsi assistere da una persona di fiducia» come invece richiesto in materia di ispezione (art. 245, 1° comma, c.p.p.).

Infine, si è aperta la questione relativa alla problematica per cui il GPS, secondo alcuni rigidi interpreti, rientrerebbe nell'alveo dell'accertamento urgente sui luoghi, sulle cose e sulle persone ex art. 354 c.p.p. Tuttavia, l'interpretazione prevalente ritiene che non si possa dire assimi-

bile mancando l'attività, richiesta dalla fattispecie in esame, concernente la conservazione delle tracce e delle cose pertinenti al reato.

Alcune delle principali problematiche hanno trovato recenti risoluzioni ad opera della Giurisprudenza, anche di legittimità; la Corte di Cassazione¹⁰ ha recentemente affermato che il *tracking* satellitare non è in alcun modo assoggettabile alla disciplina delle conversazioni telefoniche e alle comunicazioni tra presenti, ma è ricompreso nell'ambito delle generiche attività investigative non regolamentate. La Corte ha quindi definito a tutti gli effetti il *tracking* satellitare come una prova atipica, non richiedendo il rispetto della disciplina di cui agli artt. 36 ss. c.p.p. e la sussistenza dei requisiti derogatori alla tutela della riservatezza.

Altre questioni, invece, hanno visto il fortunato intervento del legislatore; l'art. 5 del d.m. n. 269/2010 ha, ad esempio, autorizzato l'utilizzo del GPS, equiparandolo al pedinamento, svolto con strumenti elettronici.

7. L'utilizzabilità della prova atipica data dalle relazioni investigative

Secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante il rapporto investigativo non ha di per sé valore probatorio dei fatti che vengono narrati. I documenti formati dall'investigatore possono essere qualificati come «scritti provenienti da un terzo» e costituiscono una prova atipica. Così si esprime il Tribunale di Milano¹¹.

L'ordinanza del Tribunale di Milano compie un ulteriore passo avanti; essa difatti si esprime nel senso che non è sufficiente la prova orale attraverso la quale confermare in blocco il contenuto del documento, ma è necessario che il terzo investigatore sia in grado di narrare fatti precisi, circostanziati e chiari che abbia appreso con la sua percezione diretta.

Non possono, quindi, essere utilizzate le dichiarazioni testimoniali degli investigatori, ma semmai i fatti precisi, circostanziati e capitolati che il terzo investigatore abbia appreso con la sua percezione diretta, attraverso la prova orale nel processo. È inammissibile la richiesta istruttoria con cui l'istante si limiti a chiedere al giudice che l'investigatore venga a confermare il rapporto investigativo versato in atti, rapporto che contenendo fatti non assunti in giudizio nel contraddittorio non è utilizzabile.

La Corte di Cassazione si è nuovamente pronunciata affrontando il tema della valenza dei rapporti investigativi che utilizzano della prova documentale (tabulati telefonici e fotografie), fornita dal coniuge per dimostrare in concreto la violazione del dovere dell'obbligo fedeltà al fine di ottenere l'addebito della separazione.

In tale caso la Corte ha rigettato il ricorso della moglie a cui era stata addebitata la separazione per violazione dell'obbligo di fedeltà, affrontando, tra i vari motivi, anche quello dell'utilizzo della relazione investigativa redatta da un tecnico di parte. È arrivata, infatti, ad affermare che nel processo di separazione la relazione investigativa redatta dal tecnico incaricato da una delle parti deve considerarsi prova documentale (riferita a tabulati telefonici e fotografie) lecita e idonea a dimostrare la violazione del dovere di fedeltà, con le conseguenti ricadute in tema di domanda di addebito¹².

¹⁰ Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2010, n. 9667.

¹¹ Trib. Milano, Sez. civ. IX, ord. 8 aprile 2013.

¹² Cass. n. 11516/2014.

Preme evidenziare che dalle menzionate pronunce emerge una chiara differenza di approccio sistematico in merito all'uso delle relazioni investigative tra **giudici di merito** (nel caso, il Tribunale di Milano) e **giudice di legittimità**: laddove si trattava di accogliere la domanda di addebito al marito, fondata su un rapporto investigativo non del tutto correttamente "istruito" si è ritenuto di rigettare la domanda considerando il "vizio" inficiante. Laddove, invece, si trattava di accogliere la domanda di addebito alla moglie, in circostanze analoghe, vale a dire fondata su un rapporto investigativo non istruito correttamente, nonostante le gravi conseguenze sostanziali e processuali (come la perdita dell'assegno di mantenimento e dei diritti successori) il giudice ha, in questo caso, ritenuto di non porsi il problema della validità delle relazioni investigative. Lasciando quindi spazio agli interpreti per le opportune valutazioni, c'è da chiedersi se in tali sentenze non vi sia un vero e proprio pregiudizio di genere.