

Data di pubblicazione: 28 agosto 2024

NICOLA DI MODUGNO*

*Le prove acquisite in violazione di diritti fondamentali tra
procedimento e processo amministrativo*

ABSTRACT: A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 170/2023 che ha ritenuto che il diritto fondamentale alla libertà e alla segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 Cost. si estende anche ai messaggi informatici inviati a mezzo di posta elettronica, le *chat* appunto, ha indotto il Consiglio di Stato a statuire che la illegittima acquisizione di tali messaggi informatici al procedimento amministrativo infici, in via derivata, per violazione di legge il provvedimento che su dette acquisizioni probatorie si fonda. Il lavoro approfondisce tale questione estendendo l'indagine anche alle prove illegittimamente acquisite prodotte direttamente nel processo amministrativo dalle parti interessate affermandone l'inammissibilità.

* Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Sannio – Benevento.

ABSTRACT: *Following the Constitutional Court's ruling No. 170/2023, which held that the fundamental right to freedom and secrecy of correspondence under Article 15 of the Italian Constitution also extends to computer messages sent by e-mail, i.e. chats, led the Council of State to rule that the unlawful acquisition of such computer messages in the administrative procedure infringes, derivatively, the provision based on such evidentiary acquisitions. The essay deepens this issue by extending the investigation also to illegally acquired evidence produced directly in the administrative process by the parties concerned, affirming its inadmissibility.*

PAROLE CHIAVE: prova; processo amministrativo; procedimento amministrativo

KEYWORDS: *evidence; administrative process; administrative procedure*

SOMMARIO: 1. Il problema dell'utilizzo delle prove illegittimamente acquisite è rimasto sin'ora irrisolto. – 2. L'inapplicabilità in via analogica dell'art. 191 c.p.p. al procedimento e al processo amministrativo non preclude il diritto dell'interessato di far valere in sede giurisdizionale l'illegittimità derivata del provvedimento che su tali prove si fonda. – 3. Tale soluzione è l'unica percorribile alla luce degli artt. 24 e 113 Cost. sulla base del riconoscimento, da parte della Repubblica, dei diritti inviolabili dell'Uomo (art. 2 Cost.). – 4. Inammissibilità nel processo amministrativo delle prove acquisite in violazione di diritti fondamentali.

1. Il problema dell'utilizzo delle prove illegittimamente acquisite è rimasto sin'ora irrisolto

Il problema delle prove illegittimamente acquisite non ha ricevuto fino ad oggi, nel procedimento e nel processo amministrativo, una soluzione soddisfacente neppure per quanto concerne le prove acquisite in violazione di diritti fondamentali della persona.

In giurisprudenza, finora, è sempre prevalsa l'arcaica impostazione secondo cui nel procedimento amministrativo erano ammissibili prove comunque¹ acquisite in violazione di divieti derivanti dalla lesione di diritti fondamentali in quanto la Pubblica amministrazione avrebbe potuto utilizzare, in ogni caso, qualsiasi fonte di prova² ancorché la relativa acquisizione fosse avvenuta *contra ius*.

Questo stato di cose, del tutto insoddisfacente, ha comportato, di recente, la lesione di diritti inviolabili in danno ad es. di magistrati ordinari in servizio che sono stati rimossi con procedimenti di incompatibilità

¹ Cfr., fra le tante, TAR Sicilia (Palermo) Sez. 1[^], 15/01/2003 n. 22, secondo cui «...la categoria dell'inutilizzabilità "nasce" nel procedimento penale, e si articola in tale perimetro». Prosegue il TAR Sicilia: «E' escluso che il divieto di utilizzazione possa valere nell'ambito del procedimento disciplinare. Il sistema sanzionatorio sconosce il principio della tipicità dei mezzi di prova: ogni dato idoneo ma fondare un convincimento è utilizzabile in sede disciplinare, purché esso sia ab intrinseco legittimo».

² In tal senso, TAR Abruzzo (Pescara), Sez. 1[^], 28/04/2008 n. 449, che così statuisce: «Il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, riguarda i procedimenti penali diversi, ma non già i procedimenti disciplinari, per i quali – come detto – deve ritenersi valida l'acquisizione, comunque avvenga, di ogni notizia rilevante sotto il profilo della responsabilità disciplinare».

ambientale dall'ufficio direttivo ricoperto sulla base dell'utilizzo di *chat* illegittimamente acquisite al relativo procedimento amministrativo.

In altri casi il CSM ha annullato d'ufficio³ nomine ad uffici direttivi sulla base esclusivamente di prove rappresentate da *chat* acquisite in violazione dell'art. 15 Cost.⁴ *Chat*, peraltro, utilizzate in danno di magistrati estranei a qualsiasi procedimento penale.

2. L'inapplicabilità in via analogica dell'art. 191 c.p.p. al procedimento e al processo amministrativo non preclude il diritto dell'interessato di far valere in sede giurisdizionale l'illegittimità derivata del provvedimento che su tali prove si fonda

Prima facie de iure condito il problema sembrerebbe insolubile in quanto nel nostro ordinamento l'unica norma che prevede l'inutilizzabilità delle prove illecitamente acquisite è rappresentato dall'art. 191 c.p.p. che, come è noto,

³ Sull'annullamento d'ufficio sia consentito il rinvio a di N. DI MODUGNO, *Annullamento d'ufficio, affidamento e termine di dodici mesi*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, n. 1/2024.

⁴ Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. Settima, 28/10/2022, n. 9343, che, malgrado l'avvenuta scadenza del termine di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* nel testo novellato dalla L. n. 124/2015, allora vigente *ratione temporis*, ha ritenuto che: «*Nel caso di specie, risulta di intuitiva evidenza che il termine di cui sopra non può farsi decorrere che dalla data di trasmissione del contenuto delle chat al Consiglio Superiore della Magistratura da parte della Procura della Repubblica di Perugia (ossia dalla data del 6 maggio 2020) dal momento che prima di tale data l'Organo di autogoverno non aveva consapevolezza del fatto posto alla base dell'esercizio del potere di autotutela; ne discende che risulta rispettato il termine previsto dal legislatore per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela dei propri provvedimenti*».

stabilisce: «Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. L'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

Come è noto, infatti, tale norma prevede l'inutilizzabilità delle prove illecitamente acquisite nel solo processo penale e fin'ora, malgrado vi sia una acuta dottrina⁵ favorevole alla configurabilità di tale categoria anche nel processo civile. Tale posizione però non è stata seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente.

Nel diritto e nel processo amministrativo la situazione fin'ora era ancora più insoddisfacente in quanto l'impossibilità di applicare analogicamente l'art. 191 c.p.p. è stata sovente utilizzata, sul piano argomentativo, per sostenere che, siccome l'inutilizzabilità è prevista nel solo procedimento penale, nel procedimento e nel processo amministrativo le stesse prove avrebbero potuto essere legittimamente acquisite in danno delle persone interessate.

⁵ Sul punto è essenziale il saggio di A. GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Il giusto processo civile*, 2016, Vol. 4, 945-977, che soffermandosi sull'inutilizzabilità ritiene che «...la categoria appartiene anche al diritto processuale civile, che ad essa fa testualmente riferimento l'art. 222 c.p.c., con riguardo al documento oggetto di querela di falso cui la parte dichiara di non volersi avvalere, e, più di recente, vi ha fatto espresso riferimento anche l'art. 10 del D. Lgs. 28/2010 in relazione al divieto di utilizzare nel processo civile le dichiarazioni o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione, confermando così *expressis verbis*, se mai ce ne fosse bisogno, che una prova può essere "inutilizzabile" anche dal giudice civile e non solo dal giudice penale».

Tale orientamento, in passato affermato dalla Corte di cassazione⁶ per quanto concerne i procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati ordinari, è stato seguito anche dalla giurisprudenza amministrativa⁷ che riteneva che nel procedimento amministrativo, vigendo il principio inquisitorio⁸, la P.A. avrebbe potuto utilizzare qualsiasi prova comunque acquisita in danno della persona interessata.

Tale indirizzo consolidato è stato superato soltanto con la recente sentenza della Settima Sezione del Consiglio di Stato n. 2413 pubblicata il 12/03/2024.

⁶ Cass. Civ. SU 12/02/2013, n. 3271, secondo cui non vi ostano, all'utilizzo delle intercettazioni nei procedimenti disciplinari riguardanti magistrati ordinari «...i limiti previsti dall'art. 270 c.p.p. norma quest'ultima riferibile al solo procedimento penale Cass. S.U. 24 giugno 2010, n. 15314».

⁷ Cfr. Cons. Stato (Settima) 18/10/2022 n. 9343 che ha ritenuto utilizzabili i messaggi *WhatsApp* sull'erroneo presupposto che essi fossero stati legittimamente acquisiti nel procedimento amministrativo.

⁸ In tal senso cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 5^a Ed., Bologna, 2022, 240, che scrive: «L'istruttoria è retta dal principio inquisitorio... Al contrario di quanto accade nell'istruttoria processuale, caratterizzata da una tipizzazione per legge dei mezzi istruttori, nel procedimento amministrativo l'amministrazione può compiere tutti gli accertamenti necessari con le modalità ritenute più idonee...». Precisa, altresì, M. CLARICH, *op. cit.*, p. 240, che: «Il responsabile del procedimento deve compiere le verifiche della documentazione prodotta dalle parti e, in particolare, della veridicità dei dati autocertificati dall'interessato».

A nostro avviso non vi è dubbio che tale potere-dovere del responsabile del procedimento di verifica della documentazione si estende anche alla verifica della legittimità delle prove da acquisire al procedimento stesso anche di quelle raccolte dagli uffici della stessa amministrazione precedente.

Tale verifica si impone in applicazione del principio di imparzialità della P.A. (art. 97, 2° comma, Cost.) in quanto pacificamente la verifica deve estendersi non solo agli apporti documentali delle parti private ma anche alla legittimità delle prove raccolte dalla stessa amministrazione.

Con essa, infatti, la Settima Sezione, in riforma della sentenza del TAR Lazio Roma del 28/09/2023 di rigetto dell'impugnativa del ricorrente, ha accolto il ricorso proposto da un Procuratore Generale di Corte d'Appello illegittimamente trasferito per incompatibilità ambientale con una Deliberazione del CSM. Orbene, tale sentenza ha annullato detta deliberazione per invalidità derivata proprio dall'atto istruttorio di acquisizione delle *chat*. Acquisizione che era stata disposta in violazione del combinato disposto di cui agli artt. 15 e 68 Cost.

I principi di diritto affermati dal Consiglio di Stato vanno integralmente condivisi.

La soluzione su cui si fonda la sentenza n. 2413/2024 è, sul piano giuridico, da considerarsi antica e, al tempo stesso, nuovissima.

Prima facie, può dirsi, in sintesi, che nel processo di annullamento, quanto meno nelle ipotesi in cui la prova, illegittimamente acquisita, sia stata posta a fondamento del provvedimento lesivo del soggetto titolare del diritto fondamentale, ad esempio, alla libertà e alla segretezza della corrispondenza (art. 15, 1° e 2° comma, Cost.), detta acquisizione si risolve in un vizio di violazione di legge. Vizio che inficia sia l'atto istruttorio che ne ha disposto l'acquisizione nel procedimento amministrativo sia il provvedimento emanato sulla base della prova in tal modo illegittimamente acquisita.

Si legge, significativamente, sul punto, nella motivazione della su richiamata sentenza n. 2413/2024: «...*l'utilizzo di conversazioni o corrispondenze intercorse tra un indagato e un parlamentare contro un magistrato estraneo alle indagini*

penali nell'ambito di procedimenti amministrativi che invece investono o modificano il suo status deve soddisfare anzitutto nell'ordinamento interno rigorosi criteri di legalità procedurale i quali, a maggior ragione dopo la pronuncia n. 170 del 2023 della Corte Costituzionale, vanno assicurati».

In tal senso, il Consiglio di Stato ha richiamato e condiviso i principi sul punto affermati dalle Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione con la sentenza 08/04/2021 n. 9390 secondo cui anche nei procedimenti disciplinari riguardanti magistrati ordinari devono ritenersi inutilizzabili le intercettazioni non legalmente disposte ed effettuate nel giudizio.

Tale orientamento, come precisa la sentenza del Consiglio di Stato n. 2413/2024, è stato ribadito anche dalla Corte costituzionale che con sentenza 04/04/2023 n. 157 ha statuito che «...anche nel procedimento disciplinare debbono ritenersi inutilizzabili intercettazioni non legalmente disposte ed effettuate nel giudizio a quo».

Osserva a tal proposito la Settima Sezione «...questo principio è tanto più valido in presenza di acquisizione di corrispondenza illegittimamente disposta».

Ed infatti, proprio sulla base dei “rigorosi criteri di legalità procedurale”, innanzi richiamati, la Settima Sezione ha esteso il principio della portata invalidante dell’illegittima acquisizione delle prove, dall’originario ambito dei procedimenti disciplinari, in cui era stato affermato nel 2021 con la su richiamata sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a tutti i procedimenti amministrativi, anche con valenza non disciplinare che, però, comportino la rimozione o il trasferimento d’ufficio di un magistrato sulla base della convinzione che il magistrato, come qualsiasi altro

cittadino, abbia il diritto di difendersi nel procedimento amministrativo eccependo l'illegittimità di detta acquisizione probatoria.

È significativo, peraltro, che proprio il cenno contenuto nella sentenza n. 2413/2024 a «...*qualsiasi altro cittadino*» implica la generalità riconosciuta a detto principio che, pertanto, riveste una portata ben più ampia.

Appare chiaro, infatti, che, poste tali premesse di fondo, qualsiasi cittadino, nei cui confronti venga promosso un procedimento amministrativo limitativo della propria sfera giuridica, potrà far valere il proprio interesse oppositivo deducendo quale vizio di legittimità, l'invalida acquisizione di prove avvenuta in violazione di divieti derivanti sia dalla nostra Costituzione sia dall'ordinamento dell'Unione Europea.

Come del resto già è stato rilevato da una illuminata dottrina processuale civile, sovente, l'illiceità della acquisizione delle prove deriva dalla violazione di alcuni dei fondamentali diritti di libertà sanciti dalla nostra Costituzione e dalla Carta dei Diritti dell'Unione Europea.

In tal senso è orientata anche la Cassazione Civile che, pur avendo escluso la possibilità di applicare analogicamente nel processo civile l'art. 191 c.p.p., con sentenza n. 8459 del 05/05/2020 ha così statuito: «...*deve ritenersi errata l'affermazione della Corte d'Appello secondo cui, in assenza di norme espressamente limitative dell'utilizzo nel giudizio civile di prove acquisite illecitamente, si ricaverebbe il principio di una generale ammissibilità di tali fonti di prova, dovendo al contrario affermarsi il principio secondo cui rimane precluso l'accesso a quelle prove la cui acquisizione concreti una diretta lesione di interessi costituzionalmente riferibili alla parte contro cui la prova viene utilizzata*».

La Corte di cassazione ha, infatti, escluso che, una volta acclarata l'inapplicabilità nel processo civile dell'art. 191 c.p.c., ne possa conseguire una diminuzione della tutela giuridica della parte interessata che “a monte” può sempre invocare la violazione del divieto di acquisizione della prova prescritto dalla norma di diritto sostanziale di cui la stessa parte lamenta la violazione.

La su richiamata sentenza n. 8459/2020, in particolare, si riferisce alla violazione del diritto assoluto alla protezione dei dati personali ricompreso tra le “libertà fondamentali della persona”.

Come è noto, l'art. 11, 2° comma, del D.Lgs. n. 296/2003, prevede, sul punto, il divieto di utilizzabilità dei “*dati personali trattati in violazione della disciplina*”.

Orbene, a nostro avviso, se la norma di diritto sostanziale è stata violata, ciò implica, in ogni caso, l'illegittimità dell'acquisizione della relativa prova nel processo civile anche in assenza di una norma corrispondente all'art. 191 c.p.p.

Particolarmente significativo, sul tema, appare il contributo recato dalla più recente dottrina⁹ del processo civile che ha approfondito il tema.

Prima, però, va ricordato un molto autorevole non recente insegnamento¹⁰, formatosi sotto il vigore del Codice di procedura civile

⁹ Il riferimento è, innanzitutto, alla monografia di N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020.

¹⁰ Intendiamo riferirci al pensiero di F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, 728-729, che osservava: «...se la controparte, in luogo di domandare che il giudice ne ordini la produzione, prenda possesso *contra ius* del documento e lo produce, ottiene con ciò una *melior condicio* di quella che le spetterebbe se avesse agito *secundum ius*. Ne deriva che, a prescindere da ogni

del 1865, che pure non prevedeva alcuna norma in materia di prove illecite, che riteneva fermamente che le prove ottenute *contra ius*, ad esempio i documenti rubati alla controparte, non potessero, in alcun caso, formare oggetto di acquisizione nel processo civile.

A maggior ragione tale insegnamento, tutt'ora quanto mai attuale, va affermato oggi¹¹ di fronte all'impiego nel processo di prove che si pongono in aperta violazione di diritti fondamentali dell'Uomo in evidente contrasto con divieti previsti dalla costituzione ed anche dall'ordinamento dell'Unione Europea.

Tornando alla dottrina contemporanea, una volta acclarata l'incompatibilità delle prove illecite con l'attuale processo civile, sul piano sistematico vi sono quattro possibilità.

Una prima tesi è imperniata sulla convinzione che, pur in difetto di una norma generale che la preveda, sia possibile configurare, anche nel

altra conseguenza della iniuria, la produzione deve essere considerata inefficace cioè l'ufficio non può prendere conoscenza della prova; questa è la reazione elementare dell'ordine giuridico contro la iniuria e precisamente una forma di restituzione».

Tale posizione giustamente intransigente, che l'insigne Maestro aveva assunto già con il precedente scritto *Illecita produzione di documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, II Vol., 63, fu ribadita anche dopo l'entrata in vigore del c.p.c., del 1940, tuttora vigente, in F. CARNELUTTI, *Ancora sull'inefficacia dei documenti dolosamente sottratti*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 337.

¹¹ Nello stesso senso va richiamato il saggio di A. GRAZIOSI, *op. cit.*, 945-977, che proprio sulla base dell'insegnamento di Carnelutti, afferma: «...ad un soggetto non può essere concesso di assicurarsi, tramite il compimento di un atto illecito (cioè la illegale sottrazione della prova), maggiori benefici giuridici (cioè l'utilizzo in causa della prova) di quelli che gli sarebbero consentiti, facendo ricorso ai mezzi legali (cioè la richiesta al giudice di un ordine di esibizione), e ciò a fortiori, viene da dire, se quelle illecità dipendono, anche, dalla violazione di precetti costituzionali».

processo civile, la categoria della inutilizzabilità¹² attraverso la generalizzazione di specifiche norme che prevedono divieti di utilizzazione delle prove illecite.

Potrebbe, invece, ritenersi che le prove illecitamente vadano inquadrare nell'ambito delle nullità¹³ degli atti processuali.

Vi è anche la possibilità di configurare le prove illecite ritenendo che la loro produzione nel processo sia inefficace¹⁴.

Vi è un ulteriore indirizzo che è il frutto di una approfondita ricerca monografica¹⁵ che inquadra le prove illecite nell'ambito della categoria dell'inammissibilità.

Tornando alla giurisprudenza, va precisato che la sentenza della Cassazione Civile n. 8059/2020 si ricollega all'orientamento della Sezione Tributaria della stessa Corte di cassazione formatasi in tema di perquisizioni illegittime effettuate dalla Guardia di Finanza in sede di verifica fiscale. Secondo tale indirizzo, qualora, infatti, il PVC redatto dalla Guardia di Finanza a seguito della perquisizione illegittima si ponga in violazione del diritto fondamentale della persona all'inviolabilità del

¹² Il riferimento è allo scritto di A. GRAZIOSI, *op. cit.*, 945-977.

¹³ Sul punto, v. A. GRAZIOSI, *op. cit.*, che osserva: «...si può tranquillamente affermare che la prova costituenda, se assunta in modo non conforme alla legge è illecita, e perciò inutilizzabile dal giudice per formare il proprio convincimento in punto di fatto, in quanto gli atti processuali che l'hanno generata sono nulli».

¹⁴ In tal senso, va ricordato il pensiero di F. CARNELUTTI, *Sistema*, Vol. 1°, cit., 728, che osservava: «Ne deriva che, a prescindere da ogni altra conseguenza della iniuria, la produzione deve essere considerata inefficace cioè l'ufficio non può prendere conoscenza della prova».

¹⁵ Il riferimento è alla monografia di N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, 356 ss.

domicilio (art. 14, 1° e 2° comma, Cost.) l'illegittimità della perquisizione inficia, a sua volta, in via derivata, l'avviso di accertamento che su detto verbale di constatazione si fonda.

Sul punto, è essenziale il riferimento alla sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione del 21/11/2002, n. 16424¹⁶ che dichiarò l'illegittimità derivata dell'avviso di accertamento impugnato dinanzi al giudice tributario che si fondava su un verbale di perquisizione domiciliare redatto dalla Guardia di Finanza, a sua volta, viziato, in via derivata, dall'illegittimità del provvedimento di autorizzazione a detta perquisizione rilasciato dalla competente Procura della Repubblica.

Osservarono significativamente, sul punto, in tale occasione, le Sezioni Unite che nonostante l'inapplicabilità, in via analogica, al processo tributario, dell'art. 191 c.p.p.: *«Irrinunciabili ragioni di coerenza del sistema richiedono l'operatività di analoghe regole nel processo civile, quando l'esigenza di ricerca della prova, ancorchè correlata a finalità di tipo pubblicistico (quali quelle coinvolte dall'accertamento di debiti d'imposta), debba essere temperata e conciliata con la protezione di un bene di rilevanza costituzionale»*.

Precisava, inoltre, il Supremo Collegio che l'inutilizzabilità del verbale dell'illegittima perquisizione non derivava da una specifica disposizione sanzionatoria bensì *«...dalla regola generale secondo cui l'assenza del presupposto di un procedimento amministrativo, informa tutti gli atti nei quali si articola»*.

¹⁶ Su tale fondamentale pronuncia della Corte di cassazione, v. l'ampia trattazione di N. MINAFRA, *op. cit.*, 428 ss.

Aggiungevano, inoltre, le Sezioni Unite che il compito del giudice di valutare le prove è circoscritto a quelle di cui abbia, preventivamente, riscontrato la rituale assunzione e, infine, statuirono che l'acquisizione di un documento in violazione di legge non poteva risolversi a vantaggio del detentore che era stato l'autore di tale violazione ovvero ne sia stato, comunque, direttamente o indirettamente, responsabile.

Questa giurisprudenza formatasi nel processo tributario è stata la prima ad elaborare il principio di inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di diritti fondamentali nell'ambito del procedimento amministrativo relativo all'avviso di accertamento.

Tali principi sono stati recepiti in sede legislativa con la novella dello Statuto dei diritti del contribuente di cui al D.Lgs. del 30/12/2023 n. 319 che ha introdotto l'art. 7 *quinquies* (vizi dell'attività istruttoria). Tale norma, entrata in vigore il 19/01/2024 stabilisce: «*Non sono utilizzabili ai fini dell'accertamento amministrativo o giudiziale del tributo gli elementi di prova acquisiti oltre i termini di cui all'articolo 12, comma 5, o in violazione di legge*».

Con tale norma è stata introdotta anche nel diritto e nel processo tributario la categoria dell'inutilizzabilità allargandone l'ambito, rispetto alla su richiamata giurisprudenza, a tutte le prove acquisite in violazione di legge. Tornando al processo amministrativo, a maggior ragione, in esso valgono tali principi anche se, allo stato, il concetto di inutilizzabilità non è stato recepito dal legislatore. Ed infatti, come puntualmente precisa la Settima Sezione con la su richiamata sentenza n. 2413/2024, tali principi valgono nel procedimento amministrativo anche alla luce della recente sentenza del

04/04/2023 n. 157 della Corte costituzionale che ha così statuito: «...*anche nel procedimento disciplinare debbono ritenersi inutilizzabili intercettazioni non legalmente disposte ed effettuate nel giudizio a quo*».

Osserva, pertanto, la Settima Sezione: «...*questo principio è tanto più valido in presenza di acquisizione di corrispondenza illegittimamente disposta*».

Orbene, il Consiglio di Stato, sulla base dei “*rigorosi criteri di legalità procedurale*”, innanzi richiamati, ha riconosciuto una portata generale al principio del carattere invalidante dell’illegittima acquisizione delle prove dall’originario ambito dei procedimenti disciplinari a tutti gli altri procedimenti amministrativi, anche di carattere non disciplinare, che, però, comportino la rimozione o il trasferimento d’ufficio di un magistrato. Tanto sulla base dell’idea di fondo che questi, come qualsiasi altro cittadino, abbia il diritto di difendersi nel relativo procedimento amministrativo eccependo l’illegittimità di detta acquisizione probatoria in quanto avvenuta in violazione della libertà e della segretezza della corrispondenza.

È chiaro, peraltro, che il riferimento contenuto nella sentenza “*a qualsiasi altro cittadino*” implica la generalità del principio affermato.

E ciò in quanto, poste tali premesse di fondo, qualsiasi cittadino, nei cui confronti viene promosso un procedimento amministrativo limitativo della propria sfera giuridica, può far valere il proprio interesse legittimo oppositivo deducendo, dinanzi al competente giudice amministrativo, l’illegittimità dell’acquisizione di prove avvenuta in violazione dei divieti

previsti dalla nostra Costituzione e/o dall'ordinamento dell'Unione Europea ovvero dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

3. Tale soluzione è l'unica percorribile alla luce degli artt. 24 e 113 Cost. sulla base del riconoscimento, da parte della Repubblica, dei diritti inviolabili dell'Uomo (art. 2 Cost.)

A nostro avviso, la soluzione del problema va individuata, innanzitutto, nell'ambito del diritto sostanziale in quanto l'acquisizione delle prove in contravvenzione ai predetti divieti costituisce un vizio di violazione di legge deducibile dall'interessato titolare del diritto fondamentale leso dalla loro inosservanza.

Violazione di legge che inficia l'atto procedimentale istruttorio di acquisizione di tali prove e, a titolo di illegittimità derivata, il provvedimento emanato sulla base dell'erroneo presupposto della legittimità della loro acquisizione al procedimento amministrativo.

Certo, come si è visto, nel procedimento e nel processo amministrativo, come del resto nello stesso processo civile italiano, manca una norma analoga all'art. 191 c.p.p. che, come è noto, stabilisce la inutilizzabilità, rilevabile in ogni stato e grado del processo, delle prove illecitamente acquisite.

L'applicazione analogica di tale norma processuale penale nel procedimento e nel processo amministrativo va pacificamente esclusa in

quanto l'art. 39 c.p.a. prevede che le lacune della normativa processuale amministrativa possano colmarsi con il rinvio generale alle norme del Codice di procedura civile, in quanto compatibili o in quanto espressione di principi generali.

Tale norma, al contrario, come è noto, non prevede alcun rinvio al codice di procedura penale.

Esclusa, pertanto, l'applicazione per analogia dell'art. 191 c.p.p., va ritenuto che la violazione dei divieti costituzionali, convenzionali e comunitari di acquisizione di prove in contrasto con diritti fondamentali della persona sia da considerarsi quale vizio di legittimità del provvedimento emanato sulla base dell'utilizzo di tali prove.

Alla luce di tali premesse di fondo può dirsi che l'illegittimità dell'atto stesso di acquisizione delle prove nel procedimento amministrativo, raccolte in violazione di divieti posti a protezione di diritti fondamentali della persona, derivi dalla stessa fondamentale norma di cui all'art. 2 della Costituzione secondo cui: *«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...»*.

Da tale fondamentale norma derivano l'inviolabilità del diritto di difesa sancito dall'art. 24, 2° co., Cost., nonché la previsione della generalità della tutela giuridica dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della Pubblica amministrazione sancita dall'art. 113 Cost. che, al 2° comma, stabilisce: *«Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti»*.

Alla luce di tali principi fondamentali, appare evidente che l'illegittimità dell'acquisizione delle prove in violazione di tali divieti non richieda una espressa disposizione sanzionatoria derivando dalla su indicata regola generale secondo cui la mancanza di un presupposto di diritto, che vizia l'atto istruttorio acquisitivo della prova raccolta in violazione dei predetti divieti, determina l'invalidità derivata del consequenziale provvedimento amministrativo che si fonda su tali prove.

Ne discende il dovere del giudice di circoscrivere l'ambito della propria cognizione e valutazione alle sole prove legittimamente acquisite.

Peraltro, l'acquisizione di un documento in violazione di legge non può risolversi in un vantaggio del detentore del documento che sia l'autore della violazione o che sia comunque, direttamente o indirettamente, responsabile della sua illegittima acquisizione o del suo illegittimo utilizzo. Finora, come si è detto, questi principi non hanno trovato attuazione nella giurisprudenza formatasi sulle prove acquisite nel procedimento e nel processo amministrativo.

Tornando alla giurisprudenza amministrativa va precisato che soltanto con la recente sentenza n. 2413, pubblicata 12/03/2024, della Settima Sezione, il Consiglio di Stato ha recepito i principi posti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 70 del 2023. Conseguentemente la Settima Sezione, in riforma della sentenza del TAR Lazio Roma (Sezione Prima) del 28/09/2023 n. 14336 di rigetto dell'impugnativa, ha accolto il ricorso proposto da un Procuratore Generale di Corte d'Appello illegittimamente trasferito d'ufficio con un provvedimento emanato sulla base dell'utilizzo

di *chat* acquisite dal CSM in violazione del combinato disposto di cui agli artt. 15 e 68 Cost.

In particolare, tale sentenza ha ritenuto l'illegittimità dell'acquisizione delle *chat* conformandosi pienamente all'insegnamento della recente sentenza della Corte Costituzione n. 170 del 27/07/2023 che ha finalmente qualificato come corrispondenza la messaggistica contenuta nell'applicazione *WhatsApp* superando definitivamente la vecchia tesi che la inquadrava, invece, nell'ambito dei documenti.

In tal modo, la Corte ha esteso a tutte le comunicazioni operate tramite posta elettronica, o mediante gli altri servizi di messaggistica istantanea, non soltanto l'applicabilità dell'art. 68 Cost., con la conseguenziale necessità, da parte dell'AGO, di richiedere per i parlamentari l'autorizzazione preventiva a procedere alla Camera di appartenenza, ma, più in generale, ha assicurato la tutela giuridica in favore di qualsiasi persona derivante dall'art. 15 Cost. che, come è a tutti noto, al 1° comma, stabilisce: «*La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili*».

Posti tali principi, non vi può essere più dubbio che l'illegittima acquisizione nel procedimento amministrativo di prove illecite, di tipo esoprocessuale¹⁷, implichi l'annullabilità del provvedimento che le ha recepite per violazione di legge.

¹⁷ La distinzione fra prove illecite esoprocessuali e prove illecite endoprocessuali è riconducibile al pensiero di A. GRAZIOSI, *Contro l'inutilizzabilità*, cit., loco cit. che scrive: «*Se si muove dalla scontata premessa definitoria che è illecita qualsiasi prova formata o acquisita in contrasto con una disposizione di legge, si può tracciare una prima bipartizione di fondo tra prove illecite*

Più complessa è la questione per le prove, ad esempio documentali o informatiche, depositate direttamente nel fascicolo processuale ad iniziativa delle parti.

Si pensi solo all'attività difensiva del contro interessato che può esibire altro materiale probatorio, rispetto a quello già illegittimamente acquisito nel procedimento amministrativo dalla P.A. Materiale che viene depositato direttamente, *omisso medio*, nel processo senza essere stato oggetto di considerazione nel procedimento.

4. Inammissibilità nel processo amministrativo delle prove acquisite in violazione di diritti fondamentali

Collocando nel quadro del processo amministrativo le tre ipotesi ricostruttive, delineate dalla recente dottrina del processo civile, a nostro avviso, va esclusa la possibilità di inquadrare le prove illegittimamente acquisite nell'ambito dell'inutilizzabilità, categoria, come si è visto, tuttora estranea al processo amministrativo. Processo amministrativo in cui, come già abbiamo evidenziato, non è configurabile l'applicabilità, in via analogica, dell'art. 191 c.p.p. in quanto l'art. 39 c.p.a., come si è visto, prevede il rinvio in tutti i casi di lacune alle sole norme processuali civili in quanto compatibili o in quanto espressione di principi generali.

endoprocessuali, quelle cioè formatesi all'interno del processo senza il rispetto delle norme che ne disciplinano la formazione, e prove illecite esoprocessuali ossia quelle che, al di fuori del processo, si sono formate o sono entrate in possesso di chi le utilizza tramite il compimento di un atto illecito».

L'indagine, dunque, va circoscritta alle sole due categorie della nullità e della inammissibilità.

È chiaro, innanzitutto, che anche nel processo amministrativo vi sono rilevanti ipotesi di prove nulle rientranti nell'ambito delle prove costituenti di tipo endoprocessuale.

Il caso più importante è quello della nullità¹⁸ della consulenza tecnica d'ufficio espletata in violazione del principio del contraddittorio essendo mancata la comunicazione dell'avviso di avvio delle operazioni ai difensori delle parti.

Altra ipotesi va configurata con riferimento alla verifica, a nostro avviso, affetta da nullità assoluta, nell'ipotesi in cui sia stata affidata, in violazione dell'art. 19, 2° comma, c.p.a., alla medesima Amministrazione parte in causa¹⁹. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato che, però, in

¹⁸ Come è noto, l'art. 90 disp. att. c.p.c., al 1° comma stabilisce: «consulente tecnico che, a norma dell'art. 194 del Codice, è autorizzato a compiere indagini senza che sia presente il giudice, deve dare comunicazione alle parti del giorno, ora e luogo di inizio delle operazioni, con dichiarazione inserita nel processo verbale d'udienza o con biglietto a mezzo del cancelliere». Tale norma è da ritenersi applicabile anche nel processo amministrativo in virtù del rinvio alle norme del c.p.c. in quanto compatibili o espressioni di principi generali previsto dall'art. 39 c.p.a.

Sul tema nel processo civile è essenziale il saggio di A. ALFIERI, *Riflessioni sulla natura e sugli effetti dei vizi riguardanti la consulenza tecnica*, in *Giusto processo civ.*, 2020, 1182 ss. e, più di recente, A. ALFIERI, *La natura della nullità della consulenza tecnica d'ufficio: il chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Il Foro Italiano*, Cassazione, s.u. 3086/2022.

¹⁹ Sul punto, è essenziale Cons. Stato, Sezione Quarta, 14/02/2022 n. 1040, in cui, significativamente, si legge: «21.2. Per motivi di ordine logico, è necessario a questo punto esaminare il quinto mezzo dell'appello con il quale è stata dedotta la nullità della verifica svolta in primo grado.

21.2.1. Al riguardo, deve darsi atto dell'effettiva violazione da parte del T.a.r. del disposto di cui all'art. 19, comma 2, c.p.a. («La verifica è affidata a un organismo pubblico, estraneo alle parti del

detta controversia ha ritenuto di dover confermare la sentenza di prime cure che aveva pienamente recepito le conclusioni del verificatore, pacificamente inficiate da nullità, attesa l'appartenenza del medesimo alla Regione parte in causa, sulla base di altre prove documentali legittimamente acquisite²⁰.

giudizio, munito di specifiche competenze tecniche”), poiché la verifica è stata affidata ad un dirigente della stessa Regione Puglia, parte in causa. In linea generale, l'esigenza di assicurare che il giudice (ovvero il suo ausiliario) rimanga, ed anche appaia, del tutto estraneo agli interessi oggetto del contenzioso, viene assicurata nel processo civile attraverso gli istituti dell'astensione e della ricusazione, che rinviangono il proprio supporto normativo nella previsione dell'art. 51, n. 4, cod. proc. civ.. Anche nel processo amministrativo, la violazione del dovere di astensione obbligatoria deve essere fatta valere dalla parte interessata esclusivamente con lo speciale procedimento della ricusazione (nella specie non attivato in primo grado), non costituendo ex se causa di nullità della sentenza o diniego di giustizia ai sensi dell'art. 111 della Costituzione (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., nn. 4 e 5 del 2014; Cass. pen., sez. VI, n. 49367 del 2013; Cass. civ., sez. un., n. 12607 del 2012; n. 10071 del 2011; successivamente cfr. anche Cons. Stato, sez. IV n. 3215 del 2017).

Nelle pronunce testé citate è stato tuttavia anche sottolineato che se il motivo ricusatorio consiste nel dolo del giudice (id est dell'ausiliario) ovvero nella assunzione della qualità di parte, allora si prescinde dalla presentazione dell'istanza di ricusazione e si deve esaminare il motivo di gravame incentrato sulla nullità della verifica».

²⁰ Si legge, a tal proposito, nella sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 1040/2022: «Tale nullità è tuttavia irrilevante – come pure affermato in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 5067 del 28/8/2018) – se il ricorso di primo grado risulta ex se inammissibile o infondato e quindi non è necessario avvalersi degli esiti dell'attività dell'ausiliario del giudice». Va, altresì, rilevato che, attesa la funzione di ricerca della prova tipica della verifica, la mancata rinnovazione di tale mezzo di prova, a seguito della declaratoria di nullità, ha definitivamente precluso alla parte ricorrente la possibilità di adempiere al proprio onere probatorio mediante la nomina di un verificatore terzo e imparziale il quale sicuramente si sarebbe avvalso dei propri poteri istruttori per acquisire ulteriori elementi di prova, non noti al ricorrente, che avrebbero potuto contribuire a far conoscere al giudice la verità.

Sul punto, è essenziale l'autorevole insegnamento di L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione*

Va detto, però, che, sul punto, è quanto mai attuale l'antico insegnamento²¹ secondo cui, anche in tali ipotesi, l'avvenuta presa in considerazione, da parte del giudice di prime cure, delle prove illecite, accanto a quelle lecite, è tale da inficiare, comunque, la sentenza in quanto l'apprezzamento delle prove produce sempre risultati inscindibili.

Europa dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in Dir. proc. amm., Fasc. 3-2019, 753-754, che, in modo inequivocabile, afferma: «La tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive - in base agli artt. 24, 111, commi 1 e 2, e 113 Cost. e agli artt. 1 e 2 c.p.a., in collegamento con gli artt. 2 e 3 Cost., in sé considerati e alla luce dell'art. 6 CEDU vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo - ha infatti come suo significato minimo essenziale - come si è evidenziato - la puntuale ricostruzione della specifica, peculiare e circostanziata vicenda oggetto del giudizio. In mancanza non può dirsi che vi sia esercizio della giurisdizione, in riferimento a qualsiasi giudizio e ancor di più al giudizio amministrativo, nell'ambito del quale le situazioni giuridiche soggettive - interessi legittimi e diritti interferenti con l'esercizio di poteri amministrativi - non sono definibili in astratto e a priori, in base alla legge, ma richiedono necessariamente il completamento attraverso la ricostruzione in punto di fatto delle loro peculiari caratteristiche. Pertanto, astenersi o addirittura rifiutare di ricostruire il fatto significa negare aprioristicamente tutela alla situazione soggettiva e quindi denegare la giurisdizione. Richiamando i principi affermati dalle sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 1013 del 20 gennaio 2014 sembra potersi affermare, su un piano generale, che il giudice amministrativo (che non può esimersi dal verificare se le regole, comprese quelle della buona tecnica, sono state o meno violate dall'amministrazione nel caso concreto) non può esimersi ancor prima dal ricostruire il caso concreto, anche attraverso l'esercizio dei mezzi istruttori a tal'uopo attribuitigli che confermano la sussistenza dell'inclusione nella giurisdizione amministrativa del pieno accertamento dei fatti (Cass., 17 febbraio 2012, n. 2312 e Cons. Stato, ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2)».

²¹ Cfr. C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Quinta Edizione, Torino, 1927, Vol. 1°, 498, che, significativamente, afferma: «E in generale noi crediamo che quando una sentenza prenda in esame mezzi illeciti di prova e mezzi leciti, e dagli uni e dagli altri tragga la ragione di decidere, questa sentenza debba essere annullata, anche se i mezzi leciti, da soli, fornirebbero la prova. Nessuna infatti può escludere l'influenza che esercita il mezzo illecito sull'apprezzamento di quello lecito: l'apprezzamento delle prove è un lavoro intellettuale, i cui risultati sono inscindibili perché prodotti da cause che talora non si scorgono e che agiscono persino inconsciamente, ma non per ciò in modo meno efficaci».

Va precisato che l'acquisizione al processo delle prove illecite già costituite, di tipo esoprocessuale, rientra in un ambito diverso da quello delle nullità istruttorie²², quali quelle ora delineate, in quanto il divieto cui ha contravvenuto chi ha inteso utilizzare la prova riguarda, invece, il diritto sostanziale. Normalmente, infatti, la prova illecita è quella formata in violazione di diritti fondamentali della persona, sanciti da norme di ordine pubblico, quali, ad es., quelle dell'ordinamento dell'UE.

Deve ritenersi, pertanto, che l'acquisizione delle prove illecite, in quanto formatesi in violazione di norme di legge sostanziale, vada inquadrata nell'ambito dell'inammissibilità, categoria ben nota nel processo amministrativo che si caratterizza per la generale rilevanza d'ufficio dal giudice.

Va, innanzitutto, ricordato, a tal proposito, che l'art. 35 c.p.a. al primo comma stabilisce: *«Il giudice dichiara, anche d'ufficio, il ricorso: a) irricevibile se accerta la tardività della notificazione o del deposito; b) inammissibile quando è carente l'interesse o sussistono altre ragioni ostative ad una pronuncia sul merito».*

Orbene, anche per quanto concerne le prove è configurabile l'irricevibilità attesa la pacifica perentorietà del termine, previsto dall'art. 73, 1° comma,

²² Sulla nullità degli atti processuali amministrativi è tuttora fondamentale la monografia di C.E. GALLO, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983, 182, che scrive: *«Pure nel processo amministrativo potranno aversi nullità con riferimento agli atti di istruzione probatoria; sia con riferimento ai provvedimenti che dispongono l'assunzione di mezzi istruttori, sia con riferimento alle modalità di assunzione dei medesimi e dal loro contenuto».* Prosegue l'illustre autore: *«L'utilizzazione del termine nullità appare appropriata in quanto si tratta di una imperfezione dell'atto conseguente a violazione di forma; la nullità degli atti istruttori provocherà, peraltro, l'irrelevanza dei medesimi, nel senso che di essi non si potrà tener conto alcuno in sede di decisione, salva la possibilità di rinnovazione».*

c.p.a., per la produzione dei documenti, di quaranta giorni liberi prima dell'udienza.

È configurabile anche l'inammissibilità delle prove.

Come è noto, l'art. 104, 2° comma, c.p.a., stabilisce: «*Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il Collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile*».

È chiaro, dunque, che, ai sensi dell'ora richiamato art. 104, 2° comma, c.p.a., salve le due eccezioni dell'indispensabilità e della impossibilità di produrle, le nuove prove in appello sono inammissibili²³.

²³ Sul tema è essenziale il pensiero di A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, 2^a Ed., Napoli, 2023, 293-294, che osserva: «*Tuttavia la regola del divieto di nuove prove in appello è assoggettata a due vistose eccezioni. In primo luogo, il divieto de quo non si applica se la parte dimostra di non aver potuto proporre i mezzi di prova o produrre i documenti nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile. Inoltre, è attribuito al giudice amministrativo un particolare potere officioso che gli consente l'acquisizione di nuove prove in appello laddove indispensabili. In sostanza, nonostante dall'assetto normativo emerge che il processo di appello è un giudizio di secondo grado classico, il quale si costruisce con le prove che vengono prodotte in primo grado, il Codice riserva al collegio il potere straordinario di acquisire i nuovi mezzi di prova indispensabili ai fini della decisione della causa. Questa soluzione presta il fianco a taluni profili di criticità. Se si costruisce il giudizio d'appello con le caratteristiche proprie del giudizio di impugnazione, lasciar sopravvivere un potere del giudice che, indipendentemente dalla domanda delle parti e dalla domanda istruttoria, consente di ampliare o modificare le acquisizioni probatorie nel giudizio di appello, porta a un risultato utile in termini di accertamento della verità processuale, ma incongruo. Un risultato che, comunque, contraddice l'idea di voler costruire il processo d'appello come un rimedio meramente impugnatorio. Delle due, l'una: o si ritiene che, nel processo di appello, si possa nuovamente svolgere appieno il giudizio e, quindi, si possa in qualche modo arricchirlo rispetto al dato e alla domanda fissata nel primo grado del giudizio, nei limiti propri che hanno sempre caratterizzato il giudizio di impugnazione davanti al Consiglio di Stato, oppure si ritiene che questo non è possibile e, allora, occorre un regime più rigido circa la possibilità di acquisire nuovi elementi di prova da parte di un giudice, peraltro, munito di poteri officiosi*».

Inoltre, attesa l'esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento, ai sensi dell'art. 63, 5° comma, c.p.a., la relativa istanza di ammissione dell'interrogatorio formale, oppure, per avventura, di deferimento del giuramento decisorio alla controparte, è pacificamente inammissibile.

Pertanto, anche per quanto concerne le prove, documentali o informatiche, il concetto di inammissibilità, come prevede il su richiamato art. 35, 1° comma, lett. b), c.p.a., per il ricorso, presuppone la sussistenza di ragioni ostative alla valutazione nel merito della prova da parte del giudice.