

News a cura dell'Ufficio del massimario

La sesta sezione del Consiglio di Stato – rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'ammissibilità dell'appello nei confronti dell'ordinanza con la quale il giudice di primo grado si pronuncia separatamente su di un'istanza di accesso proposta ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. – rimette all'Adunanza plenaria, ex art. 99, comma 1, c.p.a., l'esame della questione, la cui soluzione involge complessi temi di diritto processuale generale; in particolare, in ordine all'idoneità di un provvedimento giurisdizionale ad assumere valenza decisoria e alle garanzie processuali offerte ai terzi nell'ambito dell'attività processuale istruttoria.

[Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 28 settembre 2022, n. 8367 – Pres. Volpe, Est. Simonetti](#)

Giustizia amministrativa – Accesso – Rito in materia di accesso – Ricorso proposto nell'ambito del giudizio principale – Decisione con separata ordinanza – Appellabilità – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Va sottoposto all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato il seguente quesito:

“se, nei confronti delle ordinanze con le quali il giudice di primo grado si pronuncia separatamente su di un'istanza di accesso proposta ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., sia ammesso l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, prima ancora che il giudizio di primo grado sia definito con sentenza”.

(1)

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la sesta Sezione del Consiglio di Stato deferisce all'Adunanza plenaria la questione inerente alla natura dell'ordinanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. che ha diviso e divide, sin dalle modifiche alla legge n. 1034 del 1971 introdotte dalla legge n. 205 del 2000, la giurisprudenza amministrativa. Questione carsica che riemerge in occasione dell'impugnazione di tale ordinanza rimasta irrisolta anche a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

II. – La controversia sulla quale si innesta il suesposto dubbio interpretativo può così riassumersi:

- a) agendo in giudizio dinnanzi al T.a.r. per il Lazio, alcuni avvocati dipendenti della Consob hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, il nuovo regolamento del personale nella parte in cui non sono stati adeguati alla legge di riforma dell'ordinamento forense (legge n. 247 del 2012), né il loro trattamento economico e giuridico né, più in generale, l'ordinamento degli avvocati interni;
- b) in pendenza di tale giudizio, con istanza ritualmente notificata, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., i ricorrenti hanno chiesto al giudice di primo grado l'annullamento

della nota Consob del 1° luglio 2021 di parziale reiezione della richiesta di accesso agli atti avanzata dai predetti in data 7 giugno 2021;

- c) con separata ordinanza ([T.a.r. per il Lazio, sezione II, 15 luglio 2022, n. 10020](#)) emessa, in accoglimento di tale istanza, il T.a.r. ha ordinato l'accesso a tutta la documentazione richiesta reputando recessiva la clausola di esclusione prevista dall'art. 24, comma 1, lett. c), della legge n. 241 del 1990 rispetto alle prevalenti esigenze sottese all'accesso difensivo contemplate dal comma 7 del medesimo articolo;
- d) avverso tale statuizione, l'amministrazione resistente ha interposto appello al Consiglio di Stato chiedendo, in via cautelare, la sospensione degli effetti e, nel merito, la riforma dell'ordinanza adottata dal T.a.r. ai sensi del menzionato art. 116, comma 2, c.p.a. con conseguente rigetto della domanda di accesso;
- e) le parti appellate hanno preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello in ragione del carattere istruttorio dell'ordinanza il cui esito potrebbe essere contestato solo unitamente alla pronuncia di merito;
- f) la VI sezione del Consiglio di Stato, rinvenendo l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale su tale questione pregiudiziale, si interroga sulla natura – puramente istruttorie o decisoria – dell'ordinanza adottata ai sensi del più volte richiamato art. 116, comma 2, c.p.a. e sulla sua conseguente appellabilità rimettendo la risposta al quesito all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a.

III. – La sesta sezione del Consiglio di Stato ha osservato come la soluzione della questione possa incidere:

- g) sull'appellabilità dell'ordinanza ai sensi degli artt. 91 e 100 c.p.a.;
- h) *“sulle modalità della sua esecuzione e, in particolare, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non si conformi spontaneamente” e quindi sulla conseguente “possibilità, per gli interessati, di attivare i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza”;*
- i) *su “temi processuali più generali, quali il rapporto tra l'istanza di accesso di cui all'art. 116, comma 2, c.p.c. e le istanze istruttorie con cui le parti possono arricchire l'istruzione probatoria nel giudizio amministrativo, sollecitando l'ammissione di mezzi di prova, costituite e costituende di vario genere; sulle quali istanze istruttorie, come noto, il giudice si pronuncia con ordinanze che, per regola generale, non sono appellabili bensì semmai revocabili (art. 177 c.p.c.).”*

IV. – L'ordinanza ricostruisce nei seguenti termini il quadro normativo e giurisprudenziale in cui è maturata l'attuale elaborazione esegetica dell'art. 116, comma 2, c.p.a.:

- j) l'art. 1, comma 1, della legge n. 205 del 2000, modificando l'art. 21, comma 1, della legge n. 1034 del 1971, ha per la prima volta previsto che *"In pendenza di un ricorso impugnativo di cui dall'articolo 25, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, può essere proposta con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione ed ai controinteressati, e viene decisa con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio."*

Tale disposizione è stata successivamente abrogata dall'art. 17 della legge n. 15 del 2005 ed è stata contestualmente riproposta (con la sostituzione di alcune imprecisioni terminologiche, come la parola *"impugnativo"*, aventi un effetto potenzialmente limitante dell'applicazione dell'istituto) modificando l'art. 25, comma 5, della legge n. 241 del 1990, così integrato: *"In pendenza di un ricorso presentato ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e successive modificazioni, il ricorso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione o ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio"*.

Il tenore letterale delle predette disposizioni di legge che qualificano l'ordinanza adottata dal tribunale come *"istruttoria"*, non è stato sufficiente a individuarne in modo incontestato la natura in ragione della particolarità del rito e della sua collocazione sistematica, così suscitando il dibattito della giurisprudenza e segnatamente:

j1) per Consiglio di Stato, sez. IV, 22 gennaio 2002, n. 403 (in *Foro it.* 2002, III, 225, con nota di D'ANGELO, in *Foro amm. CdS*, 2002, 179, con nota di ROMANO, in *Urb. app.*, 2002, 548, con nota di MARZAGALLI) che costituisce la prima decisione del giudice di appello avente ad oggetto, sul punto, la novella del 2000, è indubbia la natura totalmente istruttoria di tale ordinanza con conseguente esclusione dell'appello;

j2) per altro indirizzo: Cons. Stato, sezione VI, 25 marzo 2004, n. 1629 (in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 326) l'ordinanza sarebbe appellabile allorquando il giudice di primo grado esamini e si pronunci sulla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla disciplina generale *ex artt.* 22 ss. della legge n. 241 del 1990;

- k) con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010), le modifiche intervenute sul testo normativo ridisegnano l'ordito aggettivale, senza incidere sul complessivo equilibrio semantico della disposizione di legge. Se, infatti, la sopravvenuta eliminazione dell'aggettivo postnominale *"istruttoria"* sembra militare per la natura decisoria dell'ordinanza emessa art. 116, comma 2, c.p.a. dal T.a.r., per altro verso, la precisazione che la richiesta di accesso debba essere *"connessa"* al giudizio nell'ambito del quale è proposta ne delinea la valenza strumentale rispetto al processo pendente così proponendosi una tripartizione tra:

k1) un orientamento che ribadisce la natura istruttoria di tale ordinanza sulla base del dato letterale: Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878 (in *Foro amm.*, 2020, 418, secondo cui: *“il riferimento testuale contenuto nell’art. 116, comma 2, alla “connessione” che deve intercorrere fra il giudizio pendente e l’istanza proposta, affinché quest’ultima possa ammissibilmente proporsi nel medesimo giudizio, realizzando quell’economia di mezzi, insita nel simultaneus processus, evidenzia che non si è, propriamente, al cospetto di un’actio ad exhibendum qualificabile come “autonoma”, (...), ma ad uno strumento di tutela che si inserisce in una lite già incardinata ed è ad essa intimamente intrecciata.”*) sez. IV, ordinanza 26 novembre 2014, n. 5850, (in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 270), sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3759, (in *Foro it.*, Rep. 2013, Voce *Atto amministrativo*, n.° 327);

k2) un indirizzo che riconosce valore decisorio all’ordinanza collegiale ex art. 116, comma 2, c.p.a. sposato da: Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936, (in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 382, in *Foro amm.*, 2019, 1022 (pronuncia ascrivibile all’indirizzo mediano di cui si dirà *infra*); sez. V, ordinanza 21 maggio 2018, n. 3028, secondo cui *“la natura autonoma dell’istanza di accesso agli atti in discorso e del carattere decisorio del provvedimento che conclude il relativo procedimento giurisdizionale, poiché il fatto che un’istanza di accesso agli atti possa essere proposta in pendenza di un giudizio, come risulta dall’art. 116, comma 2, c.p.a., non significa che detta istanza perda la sua autonomia di actio ad exhibendum per trasformarsi in richiesta di carattere meramente istruttorio, rivolta al Giudice del c.d. ricorso principale, tanto più che si tratta di istanza da notificare all’Amministrazione e agli eventuali controinteressati, conformemente al regime tipico della instaurazione del rapporto giuridico processuale in seguito a proposizione di ricorso e non di atto di citazione”*; sez. VI, 22 febbraio 2016, n. 725; sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4806, (in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 704, che ha riguardo alla valenza decisoria della nomina del commissario ad acta).

k3) un orientamento mediano (e casistico) che distingue, di volta in volta, *“se l’ordinanza si sia pronunciata solamente in relazione ai presupposti inerenti l’accesso in quanto tale oppure che abbia negato l’accesso considerando i documenti richiesti non utili ai fini del giudizio in corso”*: cfr. Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 10 dicembre 2021, n. 6597, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Giustizia amministrativa*, n.° (in corso di assegnazione); sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5944, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 54, in *Foro amm.*, 2020, 1848, secondo cui occorre distinguere *“in seno alle ordinanze emesse ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.a., tra:*

- *quelle a carattere meramente istruttorio - che si pronunciano sulla domanda, dando rilievo essenzialmente alla rilevanza degli atti dei quali si chiede l’ostensione rispetto al thema decidendum del giudizio in corso, come tali non appellabili;*

- *quelle, invece, di natura autonoma e decisoria (...) volte a valutare se sussistano o meno i presupposti inerenti all’accesso in quanto tale, ai sensi della richiamata normativa della legge n. 241 del 1990, a prescindere dal rilievo che la documentazione richiesta assume nell’ambito*

del giudizio nel quale l'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. si incardina: ordinanze, queste, invece, appellabili"); sez. V, 14 agosto 2020, n. 5036, (in Foro it., Rep. 2020, voce Giustizia amministrativa, n.° 542);

- l) l'ordinanza in rassegna sottolinea l'importanza di indagare il "rapporto tra l'istanza ex art. 116, comma 2, e la richiesta di documenti che la parte può rivolgere direttamente al giudice (art. 64, comma 3)" tenendo conto delle differenze prospettate "tra l'acquisizione di documenti solo connessi, nel primo caso, e l'acquisizione di documenti utili per la conoscenza dei fatti controversi, invece, nel secondo caso", dalla dottrina richiamando così TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2018, 352;
- m) nel rimettere la soluzione del dubbio interpretativo all'Adunanza plenaria, la sesta sezione ritiene preferibile l'indirizzo giurisprudenziale che esclude l'appellabilità dell'ordinanza sulla base delle seguenti considerazioni:
 - m1) necessità di assicurare la certezza del diritto: l'impugnabilità dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. potrebbe profilarsi solo in relazione ad ordinanze del giudice di primo grado motivate sul riconoscimento dei presupposti legittimanti l'accesso, mentre non potrebbe predicarsi qualora la motivazione adottata fosse puramente riconducibile all'esercizio dei poteri istruttori. La commistione di tali valutazioni (anche implicite) in seno all'ordinanza renderebbe ardua la possibilità di selezionare le censure d'appello, giacché le sole ammissibili sarebbero quelle dirette avverso i capi dell'ordinanza motivati con riferimento alla disciplina dell'accesso agli atti;
 - m2) la testuale previsione della strumentalità del giudizio di accesso endoprocessuale rispetto al giudizio principale che costituisce elemento decisivo per qualificare come istruttoria l'ordinanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. a prescindere dalle particolari modalità di presentazione dell'istanza, da notificare alle altre parti (che, tra l'altro, potrebbero non coincidere del tutto con quelle del giudizio principale).

IV. – Per completezza, si osserva:

- n) quanto all'impugnabilità, a prescindere dal tenore letterale degli artt. 91 e 100 c.p.a., tutti i provvedimenti del giudice amministrativo di primo grado che, pur non avendo la forma esteriore di sentenza, abbiano un reale contenuto decisorio della controversia, allorché essi esplicitamente o implicitamente risolvano in tutto o in parte la questione che oppone le parti o un punto pregiudiziale di essa (DE NICTOLIS, in *Codice del processo amministrativo commentato*, IV ed., Milano, 2019, 1727) dovendosi precisare che:
 - n1) le ordinanze istruttorie ai sensi dell'art. 177, comma 1, c.p.c. – applicabile al processo amministrativo per effetto del rinvio esterno operato dall'art. 39, comma 1, c.p.a., in quanto principio generale (Cons. Stato, sez. II, ordinanza 4 ottobre 2021, n. 6620) – non sono appellabili (Cons. Stato, sez. IV, 22 febbraio 2017, n. 827; 31 agosto

- 2016, n. 3737), in quanto insuscettibili di pregiudicare definitivamente la decisione finale, ma sono solamente revocabili da parte del giudice che le ha emesse, anche implicitamente con la pronuncia che definisce la causa, sia nel caso di sopravvenienze sia all'esito di una mera rivalutazione delle statuizioni assunte, (Cass. civ., sez. II, 26 novembre 2008, n. 28246);
- n2) l'art. 177, comma 2, n. 2, c.p.c. esclude la modificabilità e la revocabilità delle ordinanze dichiarate dalla legge espressamente non impugnabili che, seppure non in grado di pregiudicare la decisione della controversia, definiscono un subprocedimento all'interno del processo (LUISO, Diritto processuale civile, II, Milano, 45 ss. citato in MURONI, in Commentario del codice di procedura civile, a cura di COMOGLIO - CONSOLO - SASSANI - VACCARELLA, Torino, 2012, 226-227);
- n3) il medesimo art. 177, comma 2, n. 3 c.p.c. prevede l'irrevocabilità e immutabilità delle ordinanze per le quali la legge predisponga uno speciale mezzo di reclamo, sicché, ove si ritenesse ammissibile l'appello dell'ordinanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., potrebbero sorgere dubbi sulla sua successiva revocabilità da parte del giudice di primo grado;
- o) quanto alle conseguenze dell'individuazione della natura istruttoria o decisoria dell'ordinanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. in relazione alle modalità di esecuzione in difetto di spontaneo adempimento del soggetto gravato:
- o1) ove si ritenesse la natura decisoria l'ordinanza rientrando tra i provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo suscettibili di esecuzione, essa sarebbe annoverabile tra i provvedimenti ottemperabili ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. b), c.p.a.
- o2) opinando per la natura istruttoria dell'ordinanza il suo inadempimento non sarebbe superabile tramite i poteri dell'ottemperanza, potendo il giudice esclusivamente far leva sulla forza deterrente derivante dalla configurabilità dei reati di cui agli artt. 323, 328, comma 1, c.p. nel caso di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio e all'art. 366, comma 3, c.p. nel caso di soggetti non aventi tali qualifiche soggettive, e ove proveniente da una delle parti del giudizio, nella capacità di costituire comportamento da cui il giudice può trarre argomenti di prova ex art. 64, comma 4, c.p.a.;
- p) prima del codice del processo amministrativo, in giurisprudenza si sono registrate divergenti posizioni sulla natura dell'ordinanza in esame:
- p1) per la natura istruttoria si veda Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3745 sulla base delle seguenti considerazioni: *"L'ordinanza istruttoria prevista dall'art. 1, 1° comma, ultima parte della legge n. 205 del 2000, ed ora dall'art. 116, 2° comma, c.p.a., mediante la quale è decisa in camera di consiglio l'impugnativa di cui all'art. 25, 5° comma, legge n. 241 del 1990 proposta, come nel caso di specie, per l'accesso ai documenti amministrativi in pendenza di ricorso, presuppone non soltanto la riscontrata sussistenza*

delle condizioni per l'esercizio del diritto di accesso, ma anche l'acclarata utilità dei documenti ai fini della decisione di merito, trattandosi di atto strettamente inerente ai poteri istruttori del giudice, non autonomamente appellabile, ferma la possibilità di contestarne la legittimità in sede di impugnazione della sentenza di merito; l'istanza di accesso proposta in pendenza di ricorso ha carattere strumentale rispetto alle domande ed eccezioni proposte nel giudizio nel quale l'istanza stessa si inserisce e ciò in omaggio al carattere istruttorio dell'ordinanza risultante dalla previsione legislativa; l'ordinanza collegiale che si pronuncia sull'istanza, avendo natura istruttorie, presuppone comunque il vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso";

p2) per la natura decisoria, si veda T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, ordinanza 24 gennaio 2001 n. 1834, (in *I Tar*, 2001, I, 3015), che sostiene (richiamando Cons. Stato, sez. IV, 23 gennaio 2001, n. 385) l'assoluta autonomia dell'*actio ad exhibendum* proposta in via incidentale, dovendosi il giudice pronunciare di essa a prescindere da un collegamento con il giudizio principale proposto configurandosi così un vero e proprio cumulo di domande (autonome) in un unico processo;

p3) per l'orientamento "mediano", secondo cui la natura dell'ordinanza non è univocamente predicabile, ma muta in base all'oggetto dell'accertamento del giudice, vedi Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121 (in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 254, voce *Contratti pubblici (lavori, servizi e forniture) e obbligazioni della pubblica amministrazione*, n.° 646); sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1629, (in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 326); sez. VI, 10 febbraio 2002, n. 5450 (in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 342, n. 1013).

Infatti, l'accoglimento dell'istanza di accesso endoprocessuale presuppone il duplice accertamento: (i) della sussistenza delle condizioni legittimanti l'accesso ai sensi delle generali previsioni di cui alla legge n. 241 del 1990 e (ii) dell'astratta pertinenza dei documenti all'oggetto del giudizio pendente, cosicché la natura dell'ordinanza muta in ragione della valutazione operata dal giudice. In conseguenza: iii) nel caso di rigetto dell'istanza endoprocessuale di accesso esclusivamente basato sulla rilevanza probatoria e, pertanto, sull'assenza di pertinenza e rilevanza della documentazione richiesta, l'ordinanza del tribunale assumerebbe una valenza istruttorie "pura", insuscettibile di potere formare oggetto di autonoma impugnazione; iv) di contro, qualora, l'istanza venga rigettata per accertata insussistenza dei presupposti legittimanti, l'ordinanza emessa si connoterebbe per la sua portata decisoria (o quantomeno "ibrida"), così da ammetterne l'appellabilità da parte dell'interessato; v) allo stesso modo in caso di accoglimento dell'istanza di accesso – a prescindere da ogni valutazione sulla pertinenza e rilevanza operata dal giudice – l'ordinanza avrebbe valenza decisoria poiché in grado di incidere direttamente sulla posizione dei controinteressati, potenzialmente vulnerati dalla visione o esibizione dell'atto;

q) in dottrina:

q1) per la natura istruttorie: IARIA, *Il ricorso e la tutela contro il silenzio*, in *La riforma del processo amministrativo*, a cura di CLARICH, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 1076 che parla di "processualmente condizionato"; GRUMETTO, *Brevi osservazioni sull'istruttorie*

del giudizio amministrativo dopo la legge n. 205 del 2000, in www.giustamm.it, 2000, 12, che lo qualifica come accesso “limitato dai motivi di impugnazione”; CARINGELLA-PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001, 9 in cui si sottolinea la stretta correlazione dell’istanza di accesso con i motivi di impugnazione; MARZAGALLI, *La tutela del diritto d’accesso in pendenza di ricorso giurisdizionale amministrativo dopo la LEGGE 205/2000*, in *Urb. app.*, 548 ss. che evidenzia la sostanziale inutilità della novella legislativa; ROMANO, *Sull’impugnativa del diniego di accesso agli atti proposta in pendenza di giudizio ai sensi dell’art. 1, comma 1, legge 21 luglio 2000, n. 205*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 180 ss. che sottolinea l’alternatività dello strumento rispetto all’azione autonoma in grado di dare così coerenza al sistema; SAITTA, *Verso un accesso sempre più accessibile*, in www.giustamm.it, 2000, 12, che rimarca l’espressa aggettivazione dell’ordinanza che ne informa senza dubbio il ruolo e lo scopo;

q2) per la natura decisoria: D’ANGELO, *cit.*; LIPARI, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la LEGGE 11 febbraio 2005, n. 15)*, in www.giustamm.it, 2015, 2, che sottolinea l’impossibilità di ipotizzare un appello differito poiché “la parte soccombente potrebbe risultare vincitrice nel merito della controversia principale” e la conseguente inapplicabilità di tale rito incidentale nei giudizi di appello dinnanzi al Consiglio di Stato; e in particolare TRAVI, *cit.*, 352, autore richiamato dall’ordinanza in rassegna, che invita a non sovrapporre l’attività istruttoria di cui all’art. 64, comma 3, c.p.a. (attivabile sia dalla parte sia d’ufficio dal giudice) volta ad acquisire documenti inerenti ai fatti controversi, pertanto, utili per il giudice con l’istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. poiché volta ad ottenere, nell’esclusivo interesse dell’istante, documenti “connessi” con il procedimento principale che possono consentire alla parte di proporre una nuova impugnazione;

r) dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo, anche la formulazione dell’art. 116, comma 2, c.p.a. ha diviso la giurisprudenza dovendosi richiamare oltre le sentenze già citate,

r1) per l’indirizzo che ne ammette l’appellabilità in quanto avente valenza decisoria, Cons. Stato, sez. V, ordinanza 6 aprile 2021, n. 2763 (che pedissequamente richiama Cons. Stato, sez. V, ordinanza 21 maggio 2018, n. 3028); ordinanza 31 marzo 2021, n. 2714; ordinanza 23 giugno 2020, n. 4016; 14 aprile 2020, n. 2387, ordinanza 27 marzo 2020, n. 2150; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2019, n. 6950; Cons. Stato, sez. III, 21 maggio 2019, n. 3281.

Tale orientamento ha trovato recente conferma da parte del C.g.a., sezione giur., 2 agosto 2022, n. 899 che ha evidenziato come l’omesso esame da parte del T.a.r. dell’istanza incidentale di accesso costituisca un’elusione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all’art. 112 c.p.c., così presupponendo che l’istanza incidentale abbia ad oggetto una domanda attinente al merito di una pretesa (l’accesso documentale) vantata dall’istante e non invece una mera richiesta istruttoria la cui mancata valutazione non comporta mai la violazione del predetto

principio processuale (Cass. civ., sez. VI, 5 luglio 2016, n. 13716, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Sentenza, ordinanza e decreto in materia civile*, n.° 57).

r2) per l'indirizzo che prospetta la natura istruttoria, v. Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2020, n. 2039;

r3) per l'indirizzo "mediano" che differenzia l'ipotesi in cui l'ordinanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., accogliendo l'istanza di accesso o rigettandola per insussistenza dei presupposti legittimanti l'accesso assume carattere decisorio, dal diverso caso in cui il rigetto dell'istanza è motivato solo dall'assenza di un'effettiva utilità istruttoria della chiesta ostensione documentale v. Cons. Stato, sezione V, 12 giugno 2019, n. 3936, (in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Giustizia amministrativa*, n.° 382, in *Foro amm.*, 2019, 1022).

s) e la dottrina:

s1) per la natura istruttoria: LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2021, 437-338 che evidenzia il carattere strumentale dell'istanza;

s2) per la natura decisoria: FRANCO, *Manuale nel nuovo diritto amministrativo*, Padova, 2012, 532 che segnala come l'art. 116, comma 2, c.p.a., nel prevedere che la decisione possa essere assunta tanto con separata ordinanza quanto con la sentenza che definisce il giudizio principale ne predica la sostanziale equivalenza; DE LUCA, *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in *Il processo amministrativo nella giurisprudenza. Commento sistematico ai principali istituti*, a cura di CLARIZIA - FRENÌ, Milano, 2012, 385); PAOLANTONIO, *Il ricorso per l'accesso*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA, Torino, 2014, 527 che sottolinea la mutata natura del giudizio incidentale d'accesso e della sua valenza decisoria in ragione dell'eliminazione da parte dell'art. 116, comma 2, c.p.a. della precedente aggettivazione del sostantivo "ordinanza"; MAELLARO, *Il diritto di accesso*, in *Procedimento amministrativo*, a cura di CLARICH – FONDERICO, Milano, 2015, 805; TRAVI, *cit.*, 352; DE NICTOLIS, *cit.*, 2365-2366, che sottolinea come nonostante si tratti di un vero e proprio ricorso autonomo, stante la notifica alle altre parti e il deposito presso la segreteria, sotto il profilo terminologico "il legislatore parla di "istanza" perché la domanda non mira ad un bene della vita sostanziale, ma ha per oggetto la conoscenza di documenti, strumentale, se del caso, a proporre motivi aggiunti.

L'istanza di accesso in corso di causa, pertanto, è una possibile alternativa, a scelta della parte, rispetto ad una richiesta istruttoria rivolta al giudice.";

t) ove si propenda per la valenza decisoria dell'ordinanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. (equiparabile ad una sentenza parziale non definitiva) – in grado di statuire su un'autonoma domanda giurisdizionale di accesso la cui trattazione incidentale nell'ambito di un diverso giudizio ubbidisce solo ad un mero criterio di connessione funzionale – se ne potrebbe predicare l'ultrattività anche nel caso di estinzione del

giudizio principale così come previsto per le sentenze parziali di ai sensi dell'art. 310, comma 3, c.p.c.;

- u) la legge n. 205 del 2000 e la successiva legge n. 15 del 2005 colmano parzialmente la lacuna della legge n. 241 del 1990 in ordine al raccordo processuale tra rito ordinario e rito speciale dell'accesso (FIGORILLI, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994) con particolare riferimento alla decorrenza del termine d'impugnazione che costituisce, ancora oggi, questione attuale e solo in parte risolta dalla giurisprudenza, così Cons. Stato, D. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *Foro it.*, 2020, I, 437 oggetto della News US n. 79 del 15 luglio 2020 cui si rinvia per l'approfondimento giurisprudenziale e bibliografico;
- v) l'alternatività e la differente funzione tra l'*actio "ad exhibendum"* proposta in via principale e la richiesta di accesso endoprocessuale è stata dapprima delineata:
 - w1) da Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2002, n. 1036, (in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Atto amministrativo*, n.° 192 che evidenziava come la scelta di uno o dell'altro strumento non fosse demandabile al mero arbitrio della parte, ma fosse giustificabile sulla base dell'interesse concretamente predicabile secondo un criterio di proporzionalità, sicché "*allorquando (...) il soggetto intenda acquisire la documentazione che a lui occorre per comprovare la illegittimità di un provvedimento della Amministrazione – già oggetto di un giudizio pendente – la impugnativa del diniego di accesso (opposto dalla Amministrazione) non può che trovare la sua sede naturale nell'ambito dello stesso giudizio, mentre l'azione ex art.25 LEGGE n. 241 si porrebbe in conflitto con le esigenze di concentrazione e di economia processuale sottese dall'art.1, 1° comma, LEGGE n. 205, e concreterebbe inoltre un "abuso" dello strumento giuridico"*.;
 - w2) successivamente la possibilità di sindacare la scelta processuale della parte è stata definitivamente superata dalla sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 25 settembre 2020, n. 19, (in *Foro it.*, 2020, I, 636, con nota di MIRRA nonché oggetto della News US n. 112 del 9 ottobre 2020 alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza) che ha stabilito il principio di diritto per cui "*l'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.*". In dottrina, nello stesso senso, DE NICTOLIS, *cit.*, 2367 secondo cui l'accesso difensivo è facoltativo e complementare, e non alternativo, rispetto all'acquisizione di natura più strettamente processuale;
- w) l'indirizzo mediano, criticato dall'ordinanza in rassegna, sembra invertire la regola qualificatoria dettata dall'art. 177, comma 1, c.p.c. ai sensi del quale "*Le ordinanze, comunque motivate, non possono pregiudicare la decisione della causa*", giacché:
 - x1) la natura decisoria o meramente provvisoria dell'ordinanza non discende dalla sua motivazione (che può anche risolvere anche una singola questione di fatto o di

diritto, che in questo senso è da ritenersi neutra in quanto mera espressione di una valutazione temporanea del giudice) ma dalla sua capacità di incidere sulla valutazione finale del giudice: v. MURONI, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di COMOGLIO – CONSOLO – SASSANI – VACCARELLA, Torino, 2012, 226-227;

x2) anche le ordinanze di cui all'artt. 186-*bis* e 186-*ter* c.p.c., pur costituendo titolo esecutivo, sono prive di decisorietà nel senso che sono inidonee ad acquisire efficacia di accertamento tipica del giudicato ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. e di cui all'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c.;

x) sulla necessaria compresenza della doppia indole decisoria e definitiva nella pronuncia, quale presupposto per la sua impugnazione, si rinvia a Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2014, n. 20569, (in *Foro it.* 2014, I, 3098 con nota di BALENA, CARRATTA, COSTANTINO, in *Foro it.* 2014, I, 3098 con nota di DALFINO, OLIVIERI, PROTO PISANI, RUFFINI, MASTRANGELO), secondo cui tale caratteristica è predicabile solo per un provvedimento giurisdizionale idoneo, non tanto a definire la controversia nel merito (come in precedenza affermato da Cass. civ., sez. un., 2 settembre 2013, n. 20073, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Cassazione civile*, n.° 51; Cass. civ., sez. un., 28 giugno 2013, n. 16310, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Cassazione civile*, n.° 52; Cass. civ., sezione un., 20 giugno 2021, n. 10136, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Cassazione civile*, n.° 38), quanto ad escludere un ulteriore potere di valutazione sulla questione del giudice che l'ha pronunciata, nello stesso senso, successivamente Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842, (in *Foro it.*, 2020, I, 246, con nota di CONDORELLI; Cass. civ., sezione un., 22 dicembre 2015, n. 25774, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 206, con nota di MARINUCCI, *Id.*, 2016, 1335, con nota di BUONAFEDE, in *Giur. it.*, 2016, 2407 ss., con nota di RONCO, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 1095 ss., con nota di UNGARETTI);

y) sul parallelismo tra le particolari modalità di proposizione dell'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., (da notificare alle altre parti come "garanzia" codificata nel bilanciamento del diritto alla prova con gli altri diritti vantati dalle parti coinvolte) con quanto previsto in modo non dissimile, nel processo civile, dagli artt. 210 e 211 c.p.c. vedi GRUMETTO, *cit.* dovendosi osservare:

y1) che nel processo civile l'ordine di esibizione di documenti rivolto alla parte e/o al terzo è ammissibile purché possa compiersi senza grave danno e senza violare uno dei segreti previsti dagli artt. 200, 201 e 202 c.p.p. dovendo il giudice "conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo" (per un'ampia disamina della questione v. LEGGE DITTRICH, *Le prove nel processo civile e arbitrale*, Milano, 2021, 133 ss.);

y2) che in tali casi il giudice può disporre la citazione in giudizio in giudizio del terzo che, in ogni caso, può proporre opposizione all'ordinanza di esibizione *ex post*;

- y3) che per Cass. civ., sezione I, 4 ottobre 1977, n. 4231, in *Foro it.*, 1979, I, 1870, in tali casi (di citazione preventiva o opposizione *ex post*), il terzo acquisirebbe la posizione di parte processuale di un giudizio incidentale avente ad oggetto l'accertamento del suo diritto al riserbo e il cui esito sarebbe suscettibile di passaggio in giudicato (LANCELLOTTI, *Esibizione di prove e sequestri*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano, 1951, 524 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959-60, 163; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1980, 298-299, tutti citati in V. CARNEVALE, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di COMOGLIO – CONSOLO – SASSANI – VACCARELLA, Torino, 2012, 226-227);
- y4) che per altri autori, la citazione del terzo o la sua opposizione, non muta la natura istruttoria dell'ordinanza di esibizione che, come tale è sempre revocabile e insuscettibile di acquisire efficacia di giudicato (CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 676-677; SPARANO, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Napoli, 1961, 383; LA CHINA, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, 237; MASSARI, *Esibizione delle prove*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 845; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 674; FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989, 218; COMOGLIO, *op. cit.*, 586; GRAZIOSI, *op. cit.*, 347 ss.; ROMANO A.A., *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 92-93, tutti citati V. CARNEVALE, in *Commentario del codice di procedura civile*, *op. cit.*);
- y5) che per Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 1977, n. 4231, *cit.* la natura sostanzialmente decisoria del provvedimento emesso dal giudice all'esito della fase di opposizione del terzo ex art. 211 c.p.c., ne implica l'appellabilità con una legittimazione ad impugnare riservata solo a quest'ultimo Cass. civ., sezione II, 15 marzo 1976, n. 942; Corte app. Roma, 23 aprile 1990, in *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Impugnazioni civili in genere*, n. 15;
- z) in una prospettiva comparata si richiama il § 99 del l'ordinamento processuale amministrativo tedesco (*VwGO*) che prevede l'impugnabilità dell'ordinanza che decide sull'istanza di accesso documentale endoprocessuale (FALCON – FRAENKEL, *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VWGO) versione italiana con testo a fronte*, Trento, 2000).