



**News n. 20 del 7 febbraio 2023  
a cura dell'Ufficio del massimario**

L'Adunanza plenaria ha chiarito le questioni interpretative sulla natura istruttoria o decisoria dell'ordinanza resa dal giudice di primo grado ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., disposizione che, come è noto, consente di far valere nel corso del giudizio le pretese, connesse alla controversia, relative al rifiuto opposto dall'amministrazione sull'istanza di accesso proposta ai sensi della disciplina generale contenuta nella legge n. 241 del 1990.

Dopo un'articolata ricostruzione, anche sul piano dei principi processuali generali, la Plenaria ha concluso per la natura decisoria e, conseguentemente, per l'appellabilità innanzi al Consiglio di Stato dell'ordinanza resa dal T.a.r. sull'istanza incidentale di accesso veicolata nel corso del giudizio di primo grado.

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 24 gennaio 2023, n. 4 – Pres. Maruotti, Est. Lopilato**

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto:

*L'ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull'istanza di accesso documentale ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.a., è appellabile innanzi al Consiglio di Stato (1).*

(1) I. – Con la sentenza in rassegna l'Adunanza plenaria ha chiarito che l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. (secondo cui *“In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio”*) ha natura decisoria ed è appellabile innanzi al Consiglio di Stato.

La correlata questione era stata rimessa con ordinanza Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2022, n. 8367 (oggetto della News UM n. 8 in data 25 gennaio 2023).

L'ordinanza di rimessione aveva rilevato l'idoneità della questione ad incidere:

- a) sull'appellabilità dell'ordinanza ai sensi degli artt. 91 e 100 c.p.a.;
- b) 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;
- c) su temi processuali più generali, quale quello del rapporto tra l'istanza di accesso di cui all'art. 116, comma 2, c.p.c. e le istanze istruttorie (su queste ultime, come noto, il giudice si pronuncia con ordinanze che, per regola generale, non sono appellabili bensì semmai revocabili ai sensi dell'art. 177 c.p.c.).

II.– L'*iter* argomentativo seguito dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è così articolato:

- d) sulle questioni – su un piano generale – relative alla disciplina dell'accesso documentale, ai mezzi di impugnazione, ai mezzi di prova:

d1) in relazione all'accesso documentale: I) è configurabile un rapporto giuridico di diritto pubblico costituito dalla titolarità di una posizione giuridica soggettiva che si pone in relazione con un potere della pubblica amministrazione o di un soggetto titolare di pubbliche funzioni, che si esercita mediante l'attività di valutazione della domanda di accesso alla luce degli interessi pubblici e privati protetti dalle disposizioni sostanziali; II) si tratta di un rapporto giuridico strumentale ad altro rapporto, in cui si colloca una "*situazione giuridicamente tutelata*" e "*collegata al documento*" del quale è chiesto l'accesso (art. 22, comma 2, lett. b, l. n. 241 del 1990); III) l'accesso ai documenti amministrativi può avere natura procedimentale, quando la domanda è proposta, ai sensi dell'art. 10 l. n. 241 del 1990, al fine di consentire una partecipazione "*più responsabile*", contribuendo "*a rendere l'esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale*" (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); IV) l'accesso può avere natura autonoma, quando la domanda è proposta, ai sensi degli artt. 22 ss. l.n. 241 del 1990, fuori dall'ambito di un procedimento amministrativo in corso: in tal caso, l'accesso ha una finalità difensiva, nel senso che la conoscenza del documento è strumentale alla tutela di una situazione giuridica, che non presuppone necessariamente la proposizione di un giudizio; V) nel caso in cui la finalità sia di difesa giudiziale, la documentazione può rilevare sia nell'ambito di un processo amministrativo sia nell'ambito di un altro processo; VI) il ricorso è proposto innanzi al giudice amministrativo nel rispetto di un rito speciale; VII) il comma 1

dell'art. 116 c.p.a. prevede che contro le determinazioni o il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi *"il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato"*; VIII) si tratta di un'azione di annullamento del provvedimento espresso o tacito di diniego e di condanna al rilascio dei documenti richiesti; IX) il processo si conclude con l'adozione di una sentenza in forma semplificata, che è appellabile con ricorso al Consiglio di Stato (art. 116, commi 4 e 5, c.p.a.) e che, in caso di mancata esecuzione, può essere oggetto di una azione di ottemperanza (art. 112 c.p.a.);

d2) in relazione ai mezzi di impugnazione: I) le decisioni appellabili sono quelle espressamente o implicitamente previste dal legislatore; II) le decisioni espressamente appellabili sono le sentenze adottate dai Tribunali amministrativi regionali (artt. 91 e 100 c.p.a.) e le ordinanze cautelari adottate dai medesimi Tribunali (art. 62 c.p.a.); III) le decisioni implicitamente appellabili sono quelle che, a prescindere dalla forma esteriore, hanno un contenuto decisorio idoneo ad incidere su situazioni giuridiche e suscettibili di passare in giudicato ovvero di risolvere *"in contraddittorio tra le parti una specifica controversia"* (cfr. la fondamentale ordinanza dell'Adunanza plenaria 20 gennaio 1978, n. 1, in *Foro it.*, 1978, 101, che ha rilevato come l'art. 125 della Costituzione abbia previsto l'istituzione nella Regione di *"organi di giustizia amministrativa di primo grado"*, con la conseguente regola della impugnabilità delle loro pronunce);

d3) in relazione ai mezzi istruttori: I) il codice del processo amministrativo prevede, in attuazione del modello dispositivo con metodo acquisitivo, che: – spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni (artt. 63, comma 1, e 64, comma 1), senza la necessità che le richieste istruttorie, rivolte direttamente al giudice, siano notificate alle altre parti;

– il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili nella disponibilità della pubblica amministrazione (artt. 63, comma 1, e 64, comma 2), nonché l'ispezione e l'esibizione di documenti in possesso di terzi (art. 63, comma 2);

– il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo (art. 64, comma 4); II) le ordinanze istruttorie, rilevando solo all'interno del giudizio, non sono appellabili, in quanto *"non possono mai pregiudicare la decisione della causa"* e, di regola, possono essere modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate (art. 177 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, per il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a.);

e) sull'assetto normativo pregresso e attuale dell'istanza incidentale di accesso:

- e1) nel suo testo originario, l'art. 25 l. n. 241 del 1990 non disciplinava l'istanza di accesso depositata nel corso del processo amministrativo;
- e2) l'art. 17, comma 1, lett. b), l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha poi modificato il comma 4 del medesimo art. 25, disponendo che in pendenza del giudizio amministrativo *"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"*;
- e3) il comma 2 dell'art. 116 c.p.a. – nell'abrogare tacitamente l'art. 25, comma 4, così modificato – ha previsto che *"in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati"*;
- e4) la stessa disposizione ha disposto che *"l'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio"*;
- f) sui tre orientamenti giurisprudenziali inerenti alla portata applicativa dell'art. 116, comma 2, c.p.a.:
- f1) un primo orientamento ritiene che si tratti di una vera e propria domanda di accesso ai documenti amministrativi, con qualificazione dell'ordinanza come avente natura decisoria (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936, in *Foro amm.*, 2019, 1022; 21 maggio 2018, n. 3028): I) tale ricostruzione valorizza la previsione che impone la notificazione dell'istanza all'Amministrazione e ai controinteressati; II) essa comporta che:
- sul piano sostanziale, si applica integralmente la disciplina dell'accesso, anche per quanto attiene alla portata dell'accesso difensivo, nel senso che la documentazione può essere rilasciata *"senza verificare la concreta pertinenza degli atti con l'oggetto della controversia principale"* (Cons. Stato, sez. V, n. 3936 del 2019, cit.);
  - sul piano processuale, l'ordinanza è autonomamente impugnabile con ricorso al Consiglio di Stato ed è suscettibile di esecuzione coattiva con la proposizione del ricorso per ottemperanza;
- f2) un secondo orientamento ritiene che si tratti di una istanza istruttoria, con qualificazione dell'ordinanza come avente anch'essa natura istruttoria (Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878, in *Foro amm.*, 2020, 418; sez. III, 21 ottobre 2015, n. 806, in *Foro amm.*, 2015, 447; sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3579, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 1896). Tale ricostruzione: I) valorizza il riferimento, contenuto nell'art. 116, alla *"connessione"* dell'istanza con il giudizio in corso, che presuppone sempre un rapporto di *"strumentalità in senso stretto"* della documentazione richiesta per la definizione del giudizio principale e tiene conto dell'esigenza di evitare il *"rischio di impugnazioni autonome"*

su ordinanze istruttorie che in seguito potrebbero rivelarsi comunque superflue, qualora l'esito del giudizio di primo grado fosse favorevole a prescindere" (Cons. Stato, sez. VI, ord. n. 8367 del 2022, cit.); II) comporta che: sul piano sostanziale, non si applica la disciplina dell'accesso; sul piano processuale, si applica il regime delle ordinanze istruttorie, con esclusione della loro appellabilità, con la possibilità della loro modifica e revoca da parte del giudice che le ha adottate (art. 177 c.p.c. e art. 39 c.p.a.) e con la possibilità, in caso di mancata esecuzione, di trarre argomenti di prova dal comportamento dell'amministrazione (art. 64, comma 4, c.p.a.);

- f3) un terzo orientamento, intermedio, ritiene che vadano distinte due tipologie di ordinanze: I) la prima ha natura decisoria ed è appellabile, quando è adottata applicando la normativa in materia di accesso ai documenti "senza passare al vaglio della pertinenza dei documenti in relazione al giudizio in corso" (Cons. Stato, sez. V, 14 agosto 2020, n. 5036; si v. anche Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5944; Cons. Stato, IV, 27 ottobre 2011, n. 5765; Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2010, n. 4068); II) la seconda ha natura istruttoria e non è appellabile, quando è adottata avendo riguardo alla rilevanza della documentazione ai fini della decisione;
- g) sull'appellabilità dell'ordinanza che ha deciso sull'istanza di accesso ai documenti, depositata nel corso del processo: va seguito l'orientamento per primo esposto, sia pure con alcune puntualizzazioni:
- g1) la tesi della "natura istruttoria" dell'ordinanza non può essere seguita per le ragioni poste a sostegno della tesi della "natura decisoria";
- g2) la tesi della "natura variabile" dell'ordinanza non può essere seguita, perché la natura decisoria o meno di un provvedimento giudiziale va stabilita sulla base di criteri normativi;
- g3) la tesi della "natura decisoria", con conseguente appellabilità dell'ordinanza, va seguita per le seguenti ragioni: I) in primo luogo, sulla base del criterio di interpretazione letterale, l'art. 116 c.p.a., prevede al comma 2, che "il ricorso di cui al comma 1" può essere proposto con istanza in pendenza di giudizio, il che evidenzia – per il rinvio effettuato all'accesso richiesto con ricorso autonomo – la sostanziale unitarietà del rimedio; II) l'istanza deve essere notificata all'Amministrazione e agli eventuali controinteressati, che potrebbero anche essere diversi dalle parti già evocate in giudizio, il che evidenzia come il rispetto delle regole del contraddittorio sia coerente con la logica della natura decisoria dell'ordinanza; III) in secondo luogo – sulla base del criterio di interpretazione storica – le norme vigenti, rispetto a quelle contenute nell'art. 17 l. n. 15 del 2005, non qualificano più l'ordinanza in esame come "ordinanza istruttoria"; IV) in terzo luogo – sulla base del criterio di interpretazione sistematica – il codice del processo amministrativo ha disciplinato distintamente la fase

dell'istruttoria e l'istanza di accesso in corso del giudizio, con la conseguenza che non si possono sovrapporre gli istituti in esame (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., n. 19 del 2020, cit., sulle differenze tra l'accesso documentale e le esigenze istruttorie, anche nel processo civile); V) del resto, la domanda di accesso ai documenti va rivolta all'Amministrazione e non al giudice, con impugnazione dell'eventuale provvedimento di rigetto nel rispetto del termine perentorio di trenta giorni, il che comporta che le istanze di accesso rivolte al giudice nel corso del processo vanno considerate vere e proprie istanze istruttorie; VI) in quarto luogo – sulla base dei criteri di interpretazione conforme a Costituzione – è necessario assicurare il diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.; art. 1 c.p.a.) dei controinteressati e della stessa pubblica amministrazione, qualora nel corso del processo sia emessa una ordinanza che accolga il ricorso ex art. 116, comma 2, c.p.a. e consenta l'ostensione dei documenti richiesti; VII) se non si permettesse, infatti, l'immediata appellabilità si potrebbe determinare, a seguito dell'ordine di esibizione e del conseguente obbligo della sua esecuzione, un pregiudizio irreversibile per il diritto alla riservatezza privata dei controinteressati e per le prerogative pubbliche dell'autorità che detiene i documenti; VIII) deve tenersi conto, inoltre, che, potendo la pubblica amministrazione e i controinteressati non coincidere con le parti del processo principale, se non si assegnasse valenza decisoria all'ordinanza le suddette parti oltre a subire il pregiudizio sopra indicato potrebbero anche non essere legittimate a proporre impugnazione autonoma avverso la sentenza che definisce la controversia; IX) infine – sempre sulla base del criterio di interpretazione conforme a Costituzione – il principio del doppio grado di giudizio (art. 125 Cost.) impone, in presenza di provvedimenti aventi contenuto decisivo, di consentire alle parti di proporre appello (cfr. Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 8, in *Giur. cost.* 1982, I, 41, con nota di BELLOMIA; *Rass. avv. Stato*, 1982, I, 226, con nota di FAVARA; *Nuove leggi civ.*, 1982, 1262, con nota di CARBAGNATI; Cons. Stato, Ad. plen. 20 gennaio 1978, n. 1, cit.);

h) sulla base di quanto esposto, deve ritenersi che l'ordinanza che esamina l'istanza di accesso proposta nel corso di giudizio ha valenza decisoria, in quanto incide su situazioni giuridiche diverse rispetto a quelle oggetto del giudizio principale, così come avviene nel caso di ricorso proposto in via autonoma. Rispetto a quest'ultimo rimangono tuttavia talune peculiarità:

h1) la prima peculiarità risiede nel fatto che in questo caso si tratta di un accesso difensivo "qualificato" dalla circostanza che la documentazione richiesta deve essere strumentale alla tutela delle situazioni giuridiche che sono state fatte valere in uno specifico processo amministrativo in corso di svolgimento;

- h2) in tal senso si spiega anche il riferimento alla “*connessione*”, contenuto nel secondo comma dell’art. 116 c.p.a.: si tratta di una “strumentalità in senso ampio”, in quanto la valutazione che deve essere effettuata dal giudice non è soltanto volta a verificare la possibile rilevanza del documento per la definizione del giudizio, ma può servire anche per risolvere in via stragiudiziale la controversia, per proporre una nuova impugnazione ovvero ancora una diversa domanda di tutela innanzi ad altra autorità giudiziaria;
- h3) la seconda peculiarità risiede nel fatto che la disposizione in esame consente al giudice di non decidere in ordine all’istanza di accesso con ordinanza, ma di deciderla con la sentenza che definisce il giudizio;
- h4) tale previsione si spiega proprio nella logica della “*connessione*” della domanda con il giudizio in corso, che potrebbe indurre il giudice della causa principale a rinviare, ad esempio, la decisione incidentale sull’accesso al momento di adozione della sentenza, qualora ritenga che quella documentazione non risulti necessaria ai fini della definizione del giudizio: tale soluzione consente maggiore celerità allo svolgimento del processo senza incidere sulla tutela della parte, in quanto la decisione è solo rinviata alla fase conclusiva del processo stesso.

IV. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- i) sul quadro normativo e giurisprudenziale in cui è maturata l’attuale elaborazione esegetica dell’art. 116, comma 2, c.p.a.; sull’impugnabilità di tutti i provvedimenti del giudice amministrativo di primo grado; sul rapporto tra ordinanze istruttorie, loro appellabilità e rinvio esterno ex art. 39 c.p.a.; sulle 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: si veda News UM a Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 28 settembre 2022, n. 8367, cit.;
- j) sulla (in)ammissibilità dell’appello contro un’ordinanza che in sede di procedimento cautelare abbia disposto misure istruttorie: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., ordinanza 3 marzo 2020, n. 158;
- k) sul diritto di ricorso in materia d’accesso nella *Convention du Conseil de l’Europe sur l’accès aux documents publics* del 18 giugno 2009, cfr. art. 8 secondo cui: “*Un demandeur dont la demande d’accès à un document public a été refusée, expressément ou tacitement, en tout ou en partie, dispose d’un recours devant un tribunal ou devant une autre instance indépendante et impartiale prévue par la loi. 2 Un demandeur a toujours accès à une procédure rapide et peu coûteuse de réexamen par une autorité publique ou de recours conformément au paragraphe 1*”;
- l) sull’interpretazione storico-evolutiva della legge: Cass. civ., 25 febbraio 2020, n. 5022, secondo cui essa determina che “*una determinata fattispecie negoziale*

*non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi «ora per allora», ma all'attualità»;*

m) in dottrina:

m1) per la natura istruttoria dell'ordinanza ex art. 116 comma 2, c.p.a.: LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2021, 437-338 che evidenzia il carattere strumentale dell'istanza;

m2) per la natura decisoria dell'ordinanza ex art. 116 comma 2, c.p.a.: 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 - FRENI, 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, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2018, 352; DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, IV ed., Milano, 2019, 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";

m3) sul rapporto di strumentalità delle domande giudiziali: M. RAMAJOLI, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, 2002.



