

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Procedimento giurisdizionale - Ordinanze con le quali il giudice di primo grado si pronuncia separatamente su di un'istanza di accesso ex art. 116, comma 2, c.p.a. - Appello - Dinanzi al Consiglio di Stato - Prima che il giudizio di primo grado sia definito con sentenza - Ammissibilità o meno - Questione - Deferimento della questione all'Adunanza Plenaria del C.d.S.

Cons. Stato, Sez. VI, ord. 28 settembre 2022, n. 8367

“[...] l'art. 116, comma 2, del c.p.a. prevede la possibilità che il ricorso avverso il diniego espresso o tacito di accesso ad atti e documenti amministrativi sia proposto, nell'ambito di un giudizio già pendente, con istanza notificata e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale. In tal caso, l'istanza viene decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale o con la stessa sentenza che definisce il giudizio.

Inserendosi il ricorso ex art. 116, comma 2, c.p.a. nel contesto di un giudizio già pendente, si pone la questione della natura, se solamente istruttoria o meno, dell'istanza in discussione.

Tale questione, sulla quale la giurisprudenza diverge (v. Infra), si riflette peraltro non solo sull'appellabilità o meno dell'ordinanza ma, anche, conseguentemente, sulle modalità della sua esecuzione e, in particolare, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non si conformi spontaneamente, sulla possibilità, per gli interessati, di attivare i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza [...]

Ciò posto, si sottopone 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” [...].

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Francesco Amico, Giovanni Anzalone, Gianfranco Carta, Valerio Cioffi, Michela Dini, Valentina Falciani, Antonia Giallongo, Roberta Grismondi, Stefania Lopatriello, Giulia Patrignani, Antonella Valente, Lara Pappa e Maria Gioconda De Gaetano Polverosi;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza cautelare n. 4444 del 9.9.2022, con cui la domanda di sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza appellata è stata accolta limitatamente al solo parere reso dall'Avvocatura dello Stato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2022 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti l'Avvocato dello Stato Emanuele Feola e l'Avvocato Alessandro Gigli.;

1. Gli odierni appellati, avvocati dipendenti della Consob, incardinati nella Consulenza legale, con ricorso dinanzi al Tar Lazio hanno chiesto l'annullamento della delibera della Consob n. 21621 del 2020, con la quale è stato approvato il nuovo Regolamento del personale.

Lamentano in quella sede che, in tale occasione, non sia stato adeguato il trattamento giuridico ed economico e l'ordinamento della carriera degli avvocati interni della Consob alla legge di riforma dell'ordinamento forense, la n. 247 del 2012, come anche, in particolare, al trattamento complessivo degli avvocati della Banca d'Italia, nonostante quanto previsto dall'art. 2, comma 3, della legge istitutiva della Consob (la n. 216 del 1974).

Nell'ambito di tale giudizio impugnatorio gli stessi soggetti hanno proposto un'istanza ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., chiedendo l'annullamento della nota Consob dell'1.7.2021 di parziale reiezione della richiesta di accesso da loro presentata in via amministrativa il 7.6.2021. Più nel dettaglio la Consob ha consentito l'accesso quanto alla corrispondenza da essa intercorsa con gli ordini professionali cui sono iscritti gli avvocati della Consulenza Legale, negandolo invece quanto ai documenti concernenti l'attività regolamentare posta in essere dalla stessa Consob, sul punto richiamando, quale causa di esclusione, il disposto dell'art. 24, comma 1, lett. c), della l. 241 del 1990.

A fondamento della loro istanza, ritualmente notificata, gli avvocati hanno sostenuto che la documentazione mancante sia loro necessaria per difendersi nel merito del giudizio, in particolare (alla fine di p. 5) per far valere la pretesa all'allineamento del loro trattamento a quello dei legali della Banca d'Italia.

2. Il Tar, decidendo con separata ordinanza sulla sola istanza di accesso, proseguendo il giudizio per tutto il resto, ha accolto l'istanza ed ordinato l'accesso a tutta la documentazione richiesta, reputando prevalente, su ogni altra considerazione, il disposto dell'art. 24, comma 7, della l. 241 del 1990 sull'accesso difensivo.

3. Avverso l'ordinanza Consob ha proposto il presente appello, definito nella titolazione iniziale come "cautelare", ma poi recante, anche nella parte conclusiva, una duplice domanda volta sia alla sospensione degli effetti dell'ordinanza, ai sensi dell'art. 56 c.p.a., che alla sua riforma con conseguente reiezione dell'originaria domanda di accesso.

L'appello di Consob, che muove dalla dichiarata premessa che l'ordinanza del Tar abbia natura decisoria, deduce per un verso il carattere generico dell'istanza di accesso, che non chiarirebbe

l'utilità della documentazione ai fini del giudizio pendente, e per altro verso la natura regolamentare dell'attività e degli atti sui quali si controverte, che come tali sarebbero sottratti al diritto di accesso. Si sono costituiti gli originari ricorrenti eccependo preliminarmente l'inammissibilità dell'appello, sul rilievo del carattere istruttorio dell'ordinanza, il cui contenuto potrebbe essere contestato solo unitamente al merito della causa, appellando la sentenza che definirà il giudizio di primo grado.

4. Nella camera di consiglio dell'8.9.2022 il Collegio ha, con separata ordinanza, accolto la domanda cautelare, limitatamente all'accesso al parere dell'Avvocatura dello Stato, respingendola quanto al resto della documentazione, di cui è stata quindi ribadita l'immediata ostensione.

Nella stessa sede il Collegio, riscontrato come l'eccezione preliminare delle parti appellate verta su di una questione, l'appellabilità delle ordinanze, che ha dato luogo a soluzioni giurisprudenziali divergenti, ha ravvisato la necessità di rimettere il ricorso all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.

5. Ciò premesso, l'art. 116, comma 2, del c.p.a. prevede la possibilità che il ricorso avverso il diniego espresso o tacito di accesso ad atti e documenti amministrativi sia proposto, nell'ambito di un giudizio già pendente, con istanza notificata e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale. In tal caso, l'istanza viene decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale o con la stessa sentenza che definisce il giudizio.

Inserendosi il ricorso ex art. 116, comma 2, c.p.a. nel contesto di un giudizio già pendente, si pone la questione della natura, se solamente istruttorio o meno, dell'istanza in discussione.

Tale questione, sulla quale la giurisprudenza diverge (v. *Infra*), si riflette peraltro non solo sull'appellabilità o meno dell'ordinanza ma, anche, conseguentemente, sulle modalità della sua esecuzione e, in particolare, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non si conformi spontaneamente, sulla possibilità, per gli interessati, di attivare i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza.

Giova ricordare come un tempo l'art. 25, comma 5, della l. 241 del 1990, nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dalla l. 15 del 2005, e prima ancora la l. Tar, all'art. 21, comma 1, per effetto delle modifiche apportate dalla l. 205 del 2000, qualificavano espressamente tale ordinanza come istruttorio, stabilendo che "(...) 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 istruttorio adottata in camera di consiglio".

L'espressa qualificazione dell'ordinanza, come (di natura) istruttorio, si accompagnava peraltro, sin da allora, alla previsione che la relativa istanza fosse non solo presentata al presidente, al pari di altre richieste istruttorie comunque vertenti su documenti (v. art. 21, comma 6, della l. Tar, anche in

questo caso a seguito delle modifiche apportate dalla legge 205 del 2000), ma prima ancora notificata alle altre parti del giudizio già in corso, così rinnovando l'instaurazione del contraddittorio (come fosse un rapporto processuale "nuovo"), in termini (e forme) quindi generalmente non prescritti per le semplici o comuni istanze istruttorie.

Di qui, alla luce di questi dati normativi di diverso segno, l'emergere già prima del codice del processo amministrativo, di un contrasto giurisprudenziale, interno persino alle medesime sezioni, sul modo di concepire questo tipo di ordinanze ed i relativi procedimenti, come dimostrano i precedenti difformi di Cons. VI, n. 403 del 2002, per la non appellabilità, e 1629 del 2004, per l'appellabilità.

6. Con il codice del processo amministrativo, nel 2010, la previsione è stata trasfusa al suo interno ed inserita al comma 2 dell'art. 116, con alcune modifiche: per un verso, precisandosi ora che la richiesta di accesso è (quindi, deve essere) "connessa" al giudizio già pendente; per altro verso, quanto alla forma della decisione, senza più riprodurre accanto al sostantivo "ordinanza" l'aggettivo "istruttoria".

Le incertezze e le oscillazioni sono quindi proseguite tra un indirizzo giurisprudenziale che riconosce l'appellabilità di tali ordinanze (Cons. St., V, n. 3936 del 2019, 3028 del 2018; IV, n. 725 del 2016, III, n. 4806 del 2015) e un altro indirizzo che invece la esclude (Cons. St., V, n. 2041 del 2018, IV, n. 1878 del 2020, 5850 del 2014 e 3759 del 2013). Dove il primo orientamento tende a ricostruire il procedimento avviato dall'istanza come avente ad oggetto fundamentalmente (solo) la sussistenza dei requisiti dell'accesso, al lume degli artt. 22 e ss della l. 241 del 1990, prescindendo dalla necessità di valutare l'esistenza di un legame strumentale con l'oggetto e il tema probatorio del giudizio principale. Laddove, invece, il secondo orientamento, valorizzando il requisito della connessione, sottolinea come sia necessario che ricorra il presupposto della pertinenza e della strumentalità della documentazione richiesta rispetto alla decisione del giudizio principale.

Seguendo il primo orientamento il giudizio principale, già in corso, diventa quindi l'occasione per valutare una richiesta di accesso che l'interessato avrebbe ben potuto proporre giudizialmente anche in via autonoma; seguendo l'altro orientamento l'istanza di accesso è servente e in funzione della favorevole definizione del giudizio principale, permettendo ad esempio di proporre motivi aggiunti ovvero contribuendo all'assolvimento dell'onere della prova in ordine a quanto allegato, al pari di ogni altra istanza istruttoria.

Il Collegio deve dare atto, altresì, di un terzo orientamento giurisprudenziale, per così dire intermedio (e casistico), che distingue a seconda che, di volta in volta, 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. Nel primo caso l'ordinanza è qualificata come avente natura decisoria ed è, quindi, ritenuta appellabile; nel secondo caso l'ordinanza avrebbe natura meramente istruttoria e non sarebbe appellabile autonomamente (Cons. St., VI, n. 6597 del 2021, III, n. 5944 del 2020, V, n. 5036 del 2020).

7. Così ricostruito il variegato quadro giurisprudenziale, ed osservato come in dottrina il tema non risulti di recente oggetto di numerosi approfondimenti, il Collegio reputa necessario investire della questione l'Adunanza plenaria.

La questione, della natura dell'ordinanza e quindi della sua appellabilità o meno, pone peraltro all'attenzione dell'interprete 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.).

Merita di essere vagliato, in specie, 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), alla luce delle differenze prospettate da un'autorevole dottrina 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.

Tale differenza è, da altri autori, ridimensionata, nel senso che anche nel primo caso il collegio dovrebbe pur sempre valutare se il documento possa risultare rilevante per il processo in atto, assumendo una stretta correlazione tra diritto alla conoscenza e diritto alla difesa ed essendo l'accesso in questo caso in funzione di una migliore attività difensiva, suscettibile quindi di tradursi nella proposizione di nuove difese o nell'articolazione di ulteriori mezzi di prova.

Merita qui ricordare, ad ogni modo, che la non appellabilità delle ordinanze istruttorie non priva la parte che ritiene di esserne stata pregiudicata di tutela, solo che questa tutela è (al di là della ipotesi della revoca disposta dallo stesso giudice) differita al momento (eventuale) in cui, soccombente anche nel merito del giudizio, sarà possibile per la parte proporre l'appello contro la sentenza di primo grado.

In questo modo – ed è il secondo tema, concernente il rapporto tra giudizio (e giudice) di primo grado e quello di appello – non solo è (meglio) fatta salva l'autonomia del giudizio (e del giudice) di primo grado, per tutta la fase istruttoria e sino al completamento di quella decisoria, ma si previene anche 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.

Il terzo tema riguarda poi le conseguenze dell'eventuale mancata esecuzione di un'ordinanza favorevole adottata ai sensi dell'art. 116, comma 2, laddove, una volta affermata il carattere autonomo e quindi decisorio, si dovrebbe consentire l'applicazione, in favore dell'interessato, anche del rimedio dell'esecuzione nelle forme dell'ottemperanza; mentre, restando nella logica di una vicenda (essenzialmente) istruttoria ed incidentale, il rimedio andrebbe piuttosto rinvenuto all'interno del giudizio stesso, ad esempio nella regola per cui il giudice deve trarre argomenti di prova dal comportamento, anche omissivo ovvero non collaborativo, delle parti (art. 64, comma 4, c.p.a.).

8. Nel rimettere la soluzione del conflitto all'Adunanza plenaria, il Collegio ritiene preferibile l'indirizzo giurisprudenziale che esclude l'appellabilità dell'ordinanza.

Sebbene le particolari modalità di presentazione dell'istanza, che come visto va notificata alle altre parti (e che peraltro potrebbero anche non coincidere del tutto con quelle del giudizio principale), possano indurre a ritenere che con essa si apra una fase autonoma del giudizio suscettibile di concludersi con una pronuncia avente carattere decisorio, preminenti appaiono sul piano sistematico le considerazioni già ricordate. In particolare la richiesta connessione tra l'istanza di accesso e il giudizio già in corso, che ne suggerisce pur sempre la strumentalità, e, più in generale, anche per ragioni di economia, l'esigenza di non differenziare troppo, nel trattamento processuale, questo tipo di istanza da quelle altre istanze o domande, pacificamente di carattere istruttorio, con le quali è richiesta nel giudizio l'ammissione di mezzi di prova o di ricerca della prova e il cui esito, per quanto spesso potenzialmente in grado di ipotecare la sorte del giudizio persino in misura maggiore, non è autonomamente ed immediatamente appellabile.

9. Ciò posto, si sottopone 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”.

E si rimette comunque all'Adunanza plenaria la decisione del ricorso in appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

a) ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con 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 che il giudizio di primo grado sia definito con sentenza”;

b) rimette comunque all’Adunanza plenaria la decisione del ricorso in appello.

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all’Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2022 con l’intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Lorenzo Cordi’, Consigliere

IL SEGRETARIO