

R. GAROFOLI

MANUALE di DIRITTO AMMINISTRATIVO

Analisi di Principi generali, Istituti
e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali

Edizione profondamente rivista e aggiornata

Con **DOMANDE**
REALMENTE FORMULATE agli esami
ORALI UNIVERSITARI e alle prove orali
MAGISTRATO e **AVVOCATO** degli ultimi anni

IX edizione **2024**


Neldiritto
Editore

Infine, l'articolo 5 del d.lgs. 33 del 2016, novellato dal d.lgs. 97 del 2016, che ha rafforzato l'originario impianto dell'accesso civico, arricchisce gli strumenti di tutela a disposizione del privato attribuendogli anche la facoltà di attivare la tutela giustiziale con ricorso al difensore civico.

5.1. | La tutela giurisdizionale nel Codice del processo amministrativo.

Il ricorso avverso il diniego espresso o tacito di ostensione documentale è disciplinato dall'art. 116 c.p.a., inserito nel Libro IV sui **riti speciali**

Tale disciplina ricalca quella già dettata dal comma 5 dell'art. 25, l. n. 241 del 1990, che prevedeva la possibilità di proporre **ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale** avverso le determinazioni amministrative assunte dall'amministrazione che avesse formato o detenesse l'atto ovvero dalla Commissione per l'accesso o dal difensore civico.

Il rito *ex art.* 116 c.p.a. si applica anche alle controversie aventi ad oggetto il provvedimento con il quale è stato assentito il rilascio di documenti, perché il comma 1 di tale norma fa riferimento alle “*determinazioni sulle istanze di accesso ai documenti*”, e dunque sia a quelle che respingono che a quelle che accolgono le istanze di accesso.

In esito ad un **giudizio accelerato**, il giudice amministrativo, nel contraddittorio dell'amministrazione e di eventuali controinteressati, può ordinare, in caso di accoglimento del ricorso, l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti.

In primo grado, le parti possono stare in giudizio personalmente **senza l'assistenza del difensore** e l'amministrazione può essere rappresentata e difesa da un proprio dipendente, purché in possesso della qualifica di dirigente, autorizzato dal rappresentante legale dell'ente.

La decisione ha forma di **sentenza resa in forma semplificata** *ex art.* 74 c.p.a. e se accoglie il ricorso ordina all'Amministrazione di provvedere al **rilascio della documentazione richiesta**, assegnandole un **termine**, di regola non superiore a trenta giorni, **per provvedere** (comma 4 dell'art. 116 c.p.a.).

Pertanto, lo speciale rito accelerato introdotto dall'art. 116 c.p.a., si caratterizza per:

- il **termine dimidiato di impugnazione del provvedimento espresso o tacito di diniego**;
- il **procedimento camerale**;
- il **contenuto della decisione** che, in caso di accoglimento, impone all'amministrazione un **facere specifico**, è strumento volto ad ottenere una decisione giudiziale che obblighi l'amministrazione a permettere l'accesso ai documenti amministrativi a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti.

Al carattere accelerato del rito in materia di accesso è concettualmente correlata la questione relativa all'ammissibilità di una tutela cautelare. In linea di principio, va data alla segnalata problematica risposta affermativa non potendosi in astratto ravvisare nel carattere accelerato del rito un ostacolo alla invocabilità della tutela interinale. Di contrario avviso, **Tar Liguria, sez. II, ord. 20 marzo 2014, n. 116** secondo cui l'istanza cautelare nel rito di accesso è inammissibile perché l'accoglimento della stessa “*proposta in via autonoma, contenente una domanda identica a quella formulata con il ricorso principale, consentirebbe alla ricorrente di conseguire in via interinale l'intero risultato utile cui è*

preordinato il giudizio, con il risultato di anticiparne l'esito alla fase cautelare e di rendere inutile l'esperimento del rito dell'accesso".

Ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 6, c.p.a., le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa sono attribuite alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo**.

◆ III. GIURISPRUDENZA

SULLA NATURA DELL'ORDINANZA ISTRUTTORIA (CONS. ST., AD. PLEN., 24 GENNAIO 2023, N. 4)

Prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo non era stata registrata unanimità di vedute in ordine al carattere istruttorio ovvero decisorio dell'ordinanza.

Diversamente dal previgente art. 25, comma 5, l. n. 241 del 1990, che affidava ad una "*ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio*" la definizione del ricorso in tema di accesso introdotto in via incidentale nel pendente giudizio principale l'art. 116 c.p.a., infatti, dispone che "*l'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio*", così elidendo il riferimento alla qualificazione "istruttoria" prima contenuta nella disposizione della l. n. 241.

Giova allora ricostruire l'articolato dibattito svoltosi prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo.

Sono emersi in giurisprudenza tre distinti indirizzi.

A. La natura decisoria dell'ordinanza. Per un primo orientamento -che valorizza l'imposizione normativa della notificazione dell'istanza all'Amministrazione e ai controinteressati- quella presentata ex art. 116, comma 2, c.p.a. è una vera e propria domanda di accesso ai documenti amministrativi, sicché l'ordinanza che la definisce ha natura decisoria (*Cons. St., sez. V, 12 giugno 2019, n. 3936; Cons. St., sez. V, 21 maggio 2018, n. 3028*). Tale ricostruzione comporta, sul piano sostanziale, l'integrale applicazione della 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. St., sez. V, n. 3936 del 2019, cit.*); sul piano processuale, che l'ordinanza è autonomamente impugnabile con ricorso al Consiglio di Stato ed è suscettibile di esecuzione coattiva con la proposizione del ricorso per ottemperanza.

B. La natura istruttoria dell'ordinanza. Per un secondo indirizzo, l'istanza ex art. 116, comma 2, c.p.a. ha invece natura istruttoria, con conseguente qualificazione dell'ordinanza come avente anch'essa natura istruttoria (*Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2020, n. 1878; Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2015, n. 806; Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2013, n. 3579*). Tale ricostruzione 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. Essa comporta, sul piano sostanziale, la non applicazione della disciplina dell'accesso; sul piano processuale, l'operatività del 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.).

C. La tesi che distingue caso per caso. Per una terza ed intermedia opzione, infine, occorre differenziare a seconda delle ragioni in concreto valorizzate dal giudice nel definire la vicenda ex art. 116, comma 2, c.p.a.: l'ordinanza ha quindi 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. St., sez. VI, 14 agosto 2020, n.*

5036); ha invece natura istruttoria e non è appellabile, quando è adottata avendo riguardo alla rilevanza della documentazione ai fini della decisione.

D. Interviene Cons. St., AD. PLEN. , 24 gennaio 2023, n. 4. Sulla questione è intervenuto *Cons. St., AD. PLEN. , 24 gennaio 2023, n. 4*, concludendo per la natura decisoria dell'ordinanza ex art. 116, comma 2, c.p.a., e per la conseguente appellabilità della stessa. Plurime le ragioni sottese alla descritta opzione interpretativa. Sul piano dell'*interpretazione letterale*, la Plenaria valorizza la formulazione testuale dell'art. 116 c. p.a., laddove 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; 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. Sul piano dell'**interpretazione storica**, la Plenaria valorizza la circostanza che il codice non qualifichi più l'ordinanza in esame -diversamente che in passato- come "*ordinanza istruttoria*". Sulla base del criterio di **interpretazione sistematica**, inoltre, il massimo Consesso della giustizia amministrativa mette in risalto come il codice del processo amministrativo disciplini 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. Sono tuttavia gli argomenti tratti da un'**interpretazione costituzionalmente orientata** quelli che paiono aver orientato la Plenaria nell'assumere l'opzione illustrata. In primo luogo -sostengono i giudici amministrativi- è necessario assicurare **il diritto di difesa 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. 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. Infine – sempre sulla base del criterio di interpretazione conforme a Costituzione – la Plenaria invoca il principio del **doppio grado di giudizio** che impone, in presenza di provvedimenti aventi contenuto decisivo, di consentire alle parti di proporre appello.

QUESTIONARIO

1. Evoluzione del concetto di trasparenza ed esame delle forme evolutive di accesso (civico e universale): differenze con l'accesso di cui alla l. n. 241 del 1990. **1.**
2. Quali differenze intercorrono tra accesso classico e accesso civico? **2.**
3. Quali differenze intercorrono tra accesso civico e accesso generalizzato? **2.**
4. Quali sono i tratti distintivi della speciale disciplina dell'accesso alle informazioni ambientali? **4.**
5. Quale è la disciplina dettata per l'accesso agli atti degli enti locali? **4.**
6. Accesso generalizzato e atti di gara. **4.**
7. Quali sono le forme di tutela azionabili avverso il diniego di accesso? **5– 5.1**