GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Il ricorso incidentale per l'accesso ai documenti amministrativi ex art. 116, co. 2, c.p.a.: questioni perplesse sull'onere di notifica ai soggetti controinteressati

Nota a Cons. Stato, sez. III, ord. 28 luglio 2023, n. 7399)

di **Stefano Vaccari**

7 dicembre 2023

Sommario: 1. **Premessa: ricorso autonomo vs. ricorso incidentale in materia di accesso ai documenti amministrativi** – 2. **Il caso concreto: la proposizione del ricorso incidentale ex art. 116, co. 2, c.p.a. con notifica a un solo controinteressato** – 3. **La decisione del Consiglio di Stato: una (criticabile) lettura 'differenziante' tra le fattispecie processuali ex art. 116, co. 1 e 2, c.p.a.** – 4. **Alcuni rilievi critici in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116, co. 2, c.p.a.**

1. Premessa: ricorso autonomo vs. ricorso incidentale in materia di accesso ai documenti amministrativi

La tutela avverso le determinazioni o il silenzio in materia di accesso ai documenti amministrativi si esplica attraverso un'azione tipica con *petitum* 'ordinatorio'[1] trattata – per ragioni di peculiarità delle sottese posizioni sostanziali[2] – nell'ambito di un rito speciale (art. 116 c.p.a.) di natura camerale (art. 87, co. 2, lett. c, c.p.a.).

Sul piano strettamente processuale, l'art. 116, co. 1, c.p.a. regola anzitutto l'ipotesi del ricorso autonomo, da proporre «*entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio, mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato*», specificando espressamente che – anche nell'ambito dell'anzidetto rito speciale – «[s]*i applica l'articolo 49*» del Codice in tema di integrazione del contraddittorio[3].

Per ragioni di economia processuale, avverso le medesime decisioni amministrative (espresse o tacite) l'art. 116, co. 2, c.p.a. accorda la facoltà di proposizione del ricorso in via incidentale[4], e segnatamente nelle forme di un'«*istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati*». Verificata la sussistenza del presupposto legale della 'connessione' della richiesta di accesso con il giudizio già pendente, la domanda incidentale è decisa con ordinanza [5]separatamente dal giudizio principale ovvero con la sentenza che definisce il giudizio.

2. Il caso concreto: la proposizione del ricorso incidentale ex art. 116, co. 2, c.p.a. con notifica a un solo controinteressato

Nell'ambito di un giudizio avente a oggetto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione di un accordo quadro per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata da parte di una A.S.L., la ricorrente principale proponeva con motivi aggiunti azione incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. avverso il provvedimento di diniego parziale disposto dall'amministrazione resistente in relazione all'istanza di accesso alla documentazione di gara, alle domande di partecipazione e alle offerte degli operatori economici controinteressati.

Avendo riscontrato che il suddetto ricorso per l'accesso ai documenti amministrativi in corso di causa era stato notificato a un solo controinteressato (*i.e.* la Società mandataria del raggruppamento aggiudicatario), oltre che – ovviamente – all'amministrazione resistente, il T.a.r. per l'Abruzzo-Pescara ordinava l'integrazione del contraddittorio *ex*art. 49 c.p.a. nei confronti dell'ulteriore controinteressato sostanziale (*i.e.* la Società 'seconda classificata'). Integralmente costituito il contraddittorio, il T.a.r. annullava l'impugnato diniego e ordinava

all'amministrazione resistente di ostendere la documentazione richiesta, limitatamente al soggetto aggiudicatario, e di riesaminare l'istanza di accesso con riguardo alla Società seconda classificata**[6]**.

Avverso la richiamata ordinanza di accoglimento, il raggruppamento aggiudicatario proponeva ricorso in appello, lamentando in particolare l'erronea applicazione dell'art. 49 c.p.a. da parte del giudice di prime cure, il quale avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità del ricorso incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. per violazione del principio del contraddittorio. In altri termini, secondo la prospettazione dell'appellante, la Società ricorrente in primo grado avrebbe dovuto notificare – a pena di inammissibilità – l'istanza per l'accesso in corso di causa a 'tutti' i soggetti controinteressati, e non soltanto a 'uno', non potendo supplire a tale omissione l'istituto dell'integrazione del contraddittorio *iussu iudicis*,pena un'impropria 'rimessione in termini' della parte.

3. La decisione del Consiglio di Stato: una (criticabile) lettura 'differenziante' tra le fattispecie processuali ex art. 116, co. 1 e 2, c.p.a.

La terza Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 7399 del 28 luglio 2023, ha accolto l'appello e, per l'effetto, ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. proposto dalla parte ricorrente in primo grado sulla base delle seguenti argomentazioni.

Come già anticipato nelle premesse, il Giudice amministrativo ricostruisce innanzitutto le due distinte ipotesi regolate dall'art. 116 c.p.a.: il ricorso autonomo (art. 116, co. 1) per la tutela avverso le determinazioni negative (espresse o tacite) dell'amministrazione rispetto a istanze di accesso proposte '*ante causam*' e indipendentemente dalla pendenza di un giudizio connesso; e il ricorso incidentale (art. 116, co. 2) per ottenere l'ostensione di documenti amministrativi nelle more di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa. Le anzidette fattispecie si differenziano, secondo il Consiglio di Stato, per il fatto che «*solo nel primo caso, è ammessa la notifica ad un solo controinteressato, dovendosi ritenere, viceversa, tenuta la parte ricorrente alla notifica del ricorso per l'accesso in corso di causa a tutti i controinteressati*».

Di talché, non si ritiene applicabile alle domande incidentali di accesso *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. l'istituto dell'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 49 c.p.a. (richiamato espressamente –per la sola specie del ricorso autonomo – dall'art. 116, co. 1, c.p.a.), onde evitare

una non consentita rimessione in termini della parte ricorrente rispetto a un onere di notificazione stabilito a pena di decadenza. Di conseguenza, il ricorso incidentale di accesso deve essere notificato all'amministrazione e agli 'eventuali controinteressati', che l'ordinanza in esame fa coincidere con «*tutti i soggetti individuati dalla p.a. come controinteressati*».

Una siffatta lettura dell'art. 116, co. 2, c.p.a. viene giustificata (anche) in relazione al canone di ragionevole durata del processo (art. 111, co. II, Cost.). A tale riguardo, si sostiene che – in presenza di processi già instaurati – non appare 'eccessivamente onerosa' una subordinazione dell'ampliamento del c.d. *thema decidendum* all'immediata assicurazione della completezza del contraddittorio, sotto forma di un onere di notifica (a pena di decadenza) del ricorso incidentale in materia di accesso a tutti i controinteressati sostanziali**[7]**. Il che consentirebbe di evitare l'imposizione «*al giudice e alle parti* [di] *un ulteriore passaggio processuale per l'integrazione del contraddittorio*».

Per queste ragioni, il Collegio ha ritenuto che la mancata notifica della domanda incidentale di accesso *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. a tutti i controinteressati già individuati dall'amministrazione resistente nel corso del procedimento «*ha reso la domanda in radice inammissibile, senza che vi fosse spazio alcuno per un ordine giudiziale di integrazione del contraddittorio ai sensi dell'articolo 49 c.p.a.*».

4. Alcuni rilievi critici in favore di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116, co. 2, c.p.a.

La soluzione espressa dal Consiglio di Stato è passibile di critica sotto plurimi profili.

In primo luogo, la decisione in commento sembrerebbe sovrapporre istituti processuali che risultano distinti sul piano teorico e applicativo, quali le condizioni di ammissibilità del ricorso (che rappresentano un '*prius*' logico-giuridico nella valutazione del giudicante) rispetto al successivo incombente dell'integrazione del contradditorio disposto per ordine del giudice. Il Consiglio di Stato, invece, interpreta l'art. 116, co. 2, c.p.a. nel senso di imporre al ricorrente incidentale un onere di instaurazione completa del contraddittorio quale condizione di ammissibilità dell'azione, senza alcuna possibilità di integrazione successiva *iussu iudicis*.

In proposito, è possibile osservare che la natura (anche, ma non solo) impugnatoria**[8]** del giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi fa sì che esso sia regolato dalle disposizioni processuali ordinarie, fatta eccezione per le deroghe espresse poste dal rito speciale

ex art. 116 c.p.a. Il che si giustifica in ragione del meccanismo del c.d. rinvio interno (art. 38 c.p.a.), in forza del quale «[i]*l processo amministrativo si svolge secondo le disposizioni del Libro II che, se non espressamente derogate, si applicano anche* [...] *ai riti speciali*».

Tra le disposizioni del Libro II dedicate al processo amministrativo di primo grado si rinviene la regola generale di cui all'art. 41, co. 2, c.p.a.**[9]**, secondo cui «[q]*ualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge*». Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, pertanto, è sufficiente la notifica a un solo controinteressato**[10]**, anche laddove tali soggetti esistano sul piano sostanziale in numero maggiore. Di conseguenza, nelle fattispecie processuali in cui il contraddittorio non risulti 'integro' sin dalla (ammissibile) proposizione dell'azione di annullamento nei confronti della sola amministrazione resistente e di (almeno) un controinteressato, è il giudice a dover ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli ulteriori controinteressati sostanziali. Anche questa regola generale trova un fondamento positivo nel Libro II del Codice, e segnatamente nell'art. 49, co. 1, ove si dispone che «[q]*uando il ricorso sia stato proposto solo contro taluno dei controinteressati, il presidente o il collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri*».

Ebbene, rispetto alla suddetta disciplina ordinaria, non pare che il rito speciale in materia di accesso ai documenti amministrativi introduca 'deroghe espresse'. Non lo fa senz'altro con riferimento all'ipotesi del ricorso autonomo *ex* art. 116, co. 1, c.p.a., ove addirittura si richiama espressamente – in funzione rafforzativa**[11]** – il modello generale appena descritto («*mediante notificazione all'amministrazione e ad almeno un controinteressato. Si applica l'articolo 49*»). Ma non è neppure possibile ritenere che la lettera dell'art. 116, co. 2, c.p.a. («*previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati*»), dedicata alla proposizione della medesima azione in forma incidentale, introduca un regime derogatorio tale da imporre alla parte ricorrente un onere di notifica – a pena di inammissibilità – a 'tutti' i controinteressati sostanziali senza possibilità alcuna di integrazione successiva del contraddittorio.

Una siffatta lettura, fatta propria dall'ordinanza che si annota, non sembra superare il vaglio di ragionevolezza, se non altro in considerazione dell'assenza di diversità di 'oggetto' tra le fattispecie del ricorso autonomo e di quello incidentale in materia di accesso ai documenti amministrativi. In entrambe le ipotesi, infatti, il '*petitum*' veicolato in giudizio è pur sempre l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente di visionare ed estrarre copia di documenti detenuti da una pubblica amministrazione. Sicché, non è dato comprendere

la *ratio* di un'eventuale differenza di disciplina processuale in punto di onere di notifica, e – di riflesso – di ammissibilità, tra i due ricorsi.

A tale conclusione non è possibile pervenire neppure richiamando il diffuso orientamento giurisprudenziale**[12]**dedicato all'individuazione dei controinteressati sostanziali in sede procedimentale *ex* art. 3, co. 1, del d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184**[13]**, ove si prevede che «*la pubblica amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, di cui all'articolo 22, comma 1, lettera c), della legge, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione*». Com'è noto, la finalità di un siffatto incombente procedimentale è di permettere ai controinteressati di presentare una 'motivata opposizione' alla richiesta di accesso entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione da parte dell'amministrazione procedente (art. 3, co. 2, d.P.R. *cit*.).

Sulla scorta di tale disciplina, l'ordinanza in esame correla l'onere di notificazione (a pena di inammissibilità) del ricorso incidentale a tutti i soggetti controinteressati individuati dall'amministrazione nel corso del procedimento. Sennonché, ferma restando la differenza corrente tra le discipline normative dedicate al procedimento (art. 3 d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184) e al processo amministrativo (artt. 41, 49 e 116 c.p.a.), non passibili di indebite sovrapposizioni concettuali, emerge comunque un'errata lettura della richiamata giurisprudenza dedicata ai rapporti tra l'art. 3 del d.P.R. n. 184/2006 e la successiva tutela giurisdizionale. Invero, il giudice amministrativo si è limitato unicamente a rimarcare la regola per cui, laddove l'amministrazione non abbia individuato alcun controinteressato in sede sostanziale, il ricorso giurisdizionale deve essere considerato ammissibile anche in difetto della notifica ad almeno un soggetto (eventualmente) controinteressato. *A contrario*, non è possibile ricavare dal citato orientamento di matrice garantistica prescrizioni processuali divergenti dalle regole generali per l'opposta ipotesi in cui siano presenti più soggetti controinteressati già individuati dall'amministrazione in sede procedimentale: in questi casi, il ricorso è da ritenersi ammissibile ove notificato (*ex* artt. 41 e 116 c.p.a.) all'amministrazione resistente e ad almeno un controinteressato, fatta salva la successiva integrazione del contraddittorio secondo le modalità stabilite dall'art. 49 c.p.a.

Diversamente opinando, si legittimerebbe una costruzione di fonte giurisprudenziale di regole sul contraddittorio processuale derogatorie rispetto al modello codicistico generale e giustificate sulla scorta di disposizioni normative dedicate al procedimento amministrativo, come tali rivolte alla dinamica dell'esercizio del potere sostanziale e non alla conformazione del rapporto processuale avanti al giudice amministrativo. Inoltre, è noto che il c.d. giusto processo debba

essere necessariamente regolato dalla 'legge', nell'accezione di disposizioni di fonte primaria statale (art. 111, co. I, in combinato disposto con l'art. 117, co. 1, lett. l, Cost.), risultando senz'altro inidonee allo scopo previsioni di rango secondario quali quelle incluse nel regolamento governativo di cui al d.P.R. n. 184/2006.

In aggiunta, qualora fosse rilevante l'individuazione dei controinteressati in sede sostanziale per inferire un onere di notifica – a fini di ammissibilità – del ricorso incidentale (art. 116, co. 2, c.p.a.) a 'tutti' i soggetti destinatari delle comunicazioni procedimentali *ex* art. 3 del d.P.R. n. 184/2006, non si riuscirebbe a comprendere perché un'analoga regola non debba valere ugualmente per la proposizione in via autonoma del medesimo ricorso (art. 116, co. 1, c.p.a.): anche in tal caso, l'azione processuale segue pur sempre a un procedimento amministrativo di accesso regolato dalle stesse regole sostanziali, *ivi* incluse quelle oggetto del richiamato art. 3 del d.P.R. n. 184/2006**[14]**. Il che dimostra, una volta di più, l'irragionevolezza di una lettura 'differenziante' tra le due possibili manifestazioni processuali del ricorso in materia di accesso ai documenti amministrativi, che – a più attento esame – denota un carattere sostanzialmente 'unitario'.

Del resto, l'introduzione di un regime processuale differenziato richiede necessariamente l'esistenza di una ragione giustificatrice sostanziale, non ravvisabile – pure ammettendosi una certa 'ambiguità' nella formulazione letterale – nella fattispecie di cui all'art. 116, co. 2, c.p.a.

Anche il ricorso all'argomento c.d. *per absurdum* consente di confermare le osservazioni sinora svolte. Immaginando un caso ove fossero presenti decine di soggetti controinteressati sostanziali già individuati dall'amministrazione nel corso del procedimento, secondo l'interpretazione sostenuta dal Consiglio di Stato nella decisione qui annotata il ricorrente incidentale sarebbe onerato – ai fini dell'ammissibilità dell'azione, e non della (successiva) integrazione del contraddittorio processuale – di un numero sproporzionato di notifiche da effettuare entro il breve termine decadenziale di trenta giorni previsto dal rito speciale**[15]**. Sul piano metodologico, tuttavia, è preferibile verificare la ragionevolezza di una data soluzione interpretativa in astratto e con riferimento a tutte le sue possibili manifestazioni, a differenza dell'ordinanza in commento nella quale il Consiglio di Stato si è basato principalmente sulle caratteristiche della singola fattispecie concreta per affermare che la presenza di due soli controinteressati sostanziali non avrebbe determinato un 'onere eccessivo' in capo alla parte ricorrente in primo grado.

Allo stesso modo, il fondamento della criticata soluzione riposto sul principio di ragionevole durata del processo pare contraddetto dal regime di 'facoltatività'**[16]** che regola il rapporto tra

la proposizione del ricorso *ex* art. 116 c.p.a. in forma incidentale ovvero in via autonoma. Essendo sempre riconosciuta la possibilità di instaurare un autonomo giudizio per far valere la pretesa all'accesso di determinati documenti amministrativi, l'affermazione della tesi dell'onere di integrale instaurazione del contraddittorio ai fini dell'ammissibilità dell'azione si tradurrebbe in un incentivo alla proposizione del ricorso *ex* art. 116, co. 1, c.p.a., con conseguente *vulnus* alle esigenze di concentrazione sottese alla previsione dell'alternativa forma incidentale della domanda (per ragioni di connessione) nell'ambito del giudizio già pendente.

Alla luce delle suddette considerazioni, la lettura 'differenziante' dell'art. 116 c.p.a. potrebbe dar luogo a seri dubbi di costituzionalità per irragionevolezza e disparità di trattamento (art. 3 Cost.), nonché per un'eccessiva limitazione del diritto di azione (artt. 24 e 113 Cost.) **[17]**, anche sul versante dell'effettività della tutela (art. 111 Cost.) e dell''equo processo' (art. 6 Cedu)**[18]**.

Ed è proprio sulla base dei richiamati parametri di rango costituzionale che trova fondamento l'assunto per cui le cause di inammissibilità in sede processuale debbono considerarsi tassative e soggette a un canone di stretta interpretazione**[19]**, attesa la loro natura di potenziali 'barriere' ostative all'ottenimento di una decisione sul merito delle domande giudiziali. Di qui l'altrettanto nota enfasi riposta sul carattere 'strumentale' delle regole processuali rispetto all'obiettivo principale della tutela delle pretese sostanziali veicolate in giudizio: le prime non assurgono mai a 'fine a sé stante', giustificandosi in coerenza con la funzionalizzazione costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.) agli obiettivi di effettività e satisfattività della tutela giurisdizionale**[20]**.

Rassegnate le critiche all'interpretazione affermata dal Consiglio di Stato, occorre valutare la praticabilità di un'ermeneutica alternativa e '*secundum constitutionem*' dell'art. 116, co. 2, c.p.a. In particolare, il riferimento letterale alla '*notificazione agli eventuali controinteressati*' potrebbe essere correlato ai soggetti che sono già parte del giudizio in quanto destinatari della notificazione del ricorso principale, a condizione che essi coincidano con coloro cui è riferibile la connessa richiesta di accesso in forma incidentale. Diversamente, nelle fattispecie ove sussista una diversità tra l'amministrazione e i controinteressati sostanziali alla domanda di accesso, da un lato, e le parti già evocate in giudizio**[21]**, dall'altro, dovrebbero trovare applicazione – per le richiamate ragioni di ordine sistematico – le regole processuali generali sulle condizioni di ammissibilità dell'azione e sull'integrazione del contraddittorio**[22]**: a questa stregua, non si recherebbe alcun pregiudizio al diritto di difesa e al contraddittorio di tali soggetti, e in particolar modo dei controinteressati, i quali – se non ricompresi tra i destinatari della notifica del ricorso incidentale – sarebbero in ogni caso chiamati in giudizio nelle forme dell'adempimento all'ordine giudiziale *ex* art. 49 c.p.a.**[23]**

[1] A prescindere dall’ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la natura della situazione giuridica (diritto soggettivo o interesse legittimo) oggetto del giudizio in materia di accesso, nonché della sua natura propriamente impugnatoria ovvero direttamente riferita alla pretesa sostanziale, è importante precisare che l’art. 116, co. 4, c.p.a. accorda una tutela giudiziale non meramente costitutiva, bensì di tipo ‘ordinatorio’ (il giudice «sussistendone i presupposti, ordina l’esibizione e, ove previsto, la pubblicazione, dei documenti richiesti»).

[2] Cfr. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XV ed., Torino, 2023, p. 360. Per ogni ulteriore approfondimento si v., *ex multis*, A. Simonati, *Commento all’art. 116 c.p.a.*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Padova, 2021, p. 902 e ss.; F. Figorilli, *Il rito dell’accesso*, in B. Sassani – R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p. 735 e ss.; M. Lipari, *Commento all’art. 116 c.p.a.*, in A. Quaranta – V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 914 e ss.; L. Bertonazzi, *Note sulla consistenza del c.d. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006 con cui l’Adunanza plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di interesse legittimo pretensivo, in continuità con la decisione n. 16 del 1999*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, I, p. 165 e ss.; M. Clarich, *Diritto d’accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, III, p. 430 e ss.; F. Figorilli, *Alcune osservazioni sui profili sostanziali e processuali del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, II, p. 206 e ss.

[3] Cfr., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2018, n. 7319, in *Giustizia-amministrativa.it*. Per ogni ulteriore approfondimento sull'istituto cfr., per tutti, G. Mannucci, *Commento all'art. 49 c.p.a.*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, *cit*., p. 548 e ss.

[4] Una siffatta possibilità era già ammessa, prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, dall'art. 25, co. 5, della l. 7 agosto 1990, n. 241, nella versione seguita alle modifiche apportate dall'art. 17, co. 1, lett. b), della l. 11 febbraio 2005, n. 15; e, ancora prima, dall'art. 21, co. 1, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, come introdotto dall'art. 1, co. 1, della l. 21 luglio 2000, n. 205.

[5] A tale riguardo, si segnala che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 4 del 24 gennaio 2023, in *Foro amm*., 2023, I, p. 21 e ss., ha di recente affermato il principio di diritto dell'appellabilità innanzi al Consiglio di Stato dell'ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull'istanza di accesso documentale *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. in ragione della sua natura propriamente 'decisoria'.

[6] Cfr. T.a.r. Abruzzo-Pescara, sez. I, ord. 9 giugno 2023, n. 239, in *Giustizia-amministrativa.it*, in particolare nella parte in cui si afferma che «*nell'ipotesi in cui, come nella specie, dal diniego impugnato siano identificabili più di un soggetto controinteressato, trova applicazione la regola generale di cui al comma 1 dell'art. 49 c.p.a. secondo cui 'Quando il ricorso sia stato proposto solo contro taluno dei controinteressati, il Presidente o il Collegio ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri'*».

[7] Cfr. l'ulteriore passaggio dell'ordinanza in commento ove si sostiene che la diversa formulazione lessicale dei co. 1 e 2 dell'art. 116 c.p.a. non è 'casuale', ma risponde alla *ratio* di « *costituire immediatamente e ritualmente il giusto contraddittorio, anche perché, a contrario, nella misura in cui il legislatore avesse ritenuto sufficiente la notifica ad un solo controinteressato, con possibilità di integrare il contraddittorio, lo avrebbe espressamente previsto, dovendosi ritenere che il riferimento agli 'eventuali controinteressati', unitamente all'omesso richiamo all'art. 49 c.p.a.,*

deponga nel senso dell'indispensabilità dell'immediata e tempestiva notifica della domanda incidentale in materia di accesso proposta ai sensi dell'articolo 116, comma 2, c.p.a., a tutti coloro già coinvolti nel relativo procedimento e che, come nel caso in esame, potrebbero essere pregiudicati dall'ostensione».

[8] In questo senso cfr. T.a.r. Piemonte, sez. I, 16 dicembre 2010, n. 4556, in *Foro amm. T.a.r.*, 2010, XII, p. 3764 e ss., ove si precisa che il tenore letterale dell'art. 116 c.p.a., «*a prescindere dalla qualificazione della posizione giuridica soggettiva azionata, ricostruisce il rito in materia sulla scorta dell'ordinario rito impugnatorio, come per altro già ritenuto dalla giurisprudenza pregressa* »; ma anche Cons. Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6, e Id., 20 aprile 2006, n. 7, in *Dir. proc. amm* ., 2007, I, p. 156 e ss. (con nota critica di L. Bertonazzi). Si v., anche, M. Lipari, *Commento all'art. 116 c.p.a.*, *cit*., p. 924, ove si evidenzia che «[l]*a struttura formalmente impugnatoria del giudizio risulta densa di importanti conseguenze in ordine alla disciplina della formazione del contraddittorio e alla individuazione dei destinatari della notificazione*».

[9] Per ogni approfondimento si rinvia, per tutti, ad A. Giannelli – M. Renna, *Commento all'art. 41 c.p.a.*, in G. Falcon – F. Cortese – B. Marchetti (a cura di), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, *cit*., p. 443 e ss.

[10] Per la nozione di controinteressato in materia di diritto di accesso agli atti cfr. l'art. 22, co. 1, lett. c), l. n. 241/1990: «*per 'controinteressati', tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*».

[11] Ma anche per superare l'alternativa ricostruzione della fattispecie quale ipotesi di litisconsorzio necessario *ex* art. 102 c.p.c. (sulla quale si v. in giurisprudenza, per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 11 giugno 1997, n. 643, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 683 e ss.). Per ogni approfondimento cfr., quantomeno, L. Bertonazzi, *Accesso ai documenti e contraddittorio*, in *Dir. proc. amm*., 1999, III, p. 823 e ss.; e F. Figorilli, *Il contraddittorio nel giudizio speciale sul diritto di accesso*, in *Dir. proc. amm*., 1995, III, p. 584 e ss.

[12] Cfr., *ex multis*, T.a.r. Sicilia-Catania, sez. IV, 29 marzo 2021, n. 979, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si richiama l'orientamento «*che induce la giurisprudenza amministrativa a non ritenere inammissibile, ai sensi dell'art. 3 co. 1 D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, il ricorso avverso il rifiuto di accesso agli atti della Pubblica Amministrazione per omessa notifica ai controinteressati, ogniqualvolta la stessa Amministrazione non abbia ritenuto di consentire la partecipazione in sede procedimentale di altri soggetti che potrebbero o avrebbero potuto subire un pregiudizio dall'accoglimento dell'istanza di accesso*»; Cons. Stato, sez. III, 11 giugno 2019, n. 3903, in *Foro amm*., 2019, VI, p. 1017 e ss., ove si è ribadito che «*non può essere dichiarato inammissibile il ricorso per l'accesso, per omessa notifica al controinteressato, quando la stessa amministrazione non abbia ritenuto di dover consentire la partecipazione di altri in sede procedimentale*»; C.g.a.r.s., sez. giur., 16 marzo 2017, n. 104, in *Foro amm*., 2017, III, p. 680 e ss., ove si afferma che «*in sede giurisdizionale non possa essere dichiarato inammissibile per omessa notifica al controinteressato un ricorso per l'accesso allorché, in precedenza, la stessa Amministrazione non avesse ritenuto di consentire, in occasione del proprio procedimento, la partecipazione di coloro che avrebbero potuto subire un pregiudizio dall'accoglimento dell'istanza di trasparenza*»; Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2012, n. 677, in *Giustizia-amministrativa.it*; e Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2093, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, IV, p. 822 e ss.

[13] Regolamento recante la disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi.

[14] Cfr. F. Figorilli, *Il rito dell'accesso*, *cit*., p. 744, ove si chiarisce che in entrambe le ipotesi disciplinate dall'art. 116 c.p.a. «*il soggetto interessato parrebbe comunque tenuto a presentare un'istanza di accesso all'autorità competente e, solo in seguito all'inerzia o al rifiuto di quest'ultima, si creerebbero le condizioni per richiedere l'intervento del giudice*».

[15] Cfr. L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, in *Dir. proc. amm*., 2003, I, p. 327 e s., ove si espone l'argomento di 'taglio pratico' per cui «*imporre al ricorrente di notificare l'istanza incidentale di accesso a tutti i controinteressati entro un termine*

perentorio che è già dimezzato rispetto a quello ordinario (trenta anziché sessanta giorni), potrebbe, in taluni casi, rendere estremamente arduo il rispetto del breve termine per proporre la domanda di accesso svolta nelle forme dell'istanza incidentale».

[16] Cfr. l'art. 116, co. 2, c.p.a. nella parte in cui il legislatore utilizzare la locuzione 'può' per l'alternativa proposizione in forma incidentale del ricorso disciplinato dal precedente co. 1. Si v., anche, M. Lipari, *Commento all'art. 116 c.p.a.*, *cit*., p. 928, ove si chiarisce che la disposizione *cit*. del Codice conferma «*la facoltatività dello strumento. Pertanto, la parte interessata può sempre decidere se proporre un ricorso separato e autonomo, oppure introdurre la propria domanda nell'ambito di un giudizio principale in corso*»; e L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*,*cit*., p. 317, ove si deduce dal 'parallelismo' tra l'autonoma *actio ad exhibendum* e l'istanza incidentale di accesso la rimessione al privato della scelta «*tra i due differenti strumenti processuali che l'ordinamento pone a presidio del diritto di accesso ai documenti*».

[17] Cfr., per tutte, Corte cost. 9 luglio 2021, n. 148, in *Foro amm*., 2022, I, p. 6 e ss., ove si rinviene il richiamo alla costante giurisprudenza costituzionale secondo cui «*il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, che viene superato qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire in giudizio (ex multis, sentenze n. 102 del 2021, n. 253, n. 95, n. 80, n. 79 del 2020 e n. 271 del 2019)*». Con particolare riferimento all'art. 24 Cost., la Corte ha altresì specificato che «*esso non comporta che il cittadino debba conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale (tra le tante, sentenze n. 271 del 2019, n. 199 del 2017, n. 121 e n. 44 del 2016)*».

[18] Sulla natura 'concreta' ed 'effettiva' del diritto di accesso a un tribunale, nonché sulla necessità di un rapporto di proporzionalità tra i 'mezzi impiegati' e lo 'scopo perseguito', cfr., per tutte, Corte Edu, sez. V, 9 maggio 2022, in C-15567/20 ('Xavier Lucas c. Francia'), ove si rimarca che «*le droit d'accès à un tribunal doit être 'concret et effectif' et non 'théorique et illusoire' (Bellet c. France, 4 décembre 1995, § 36, série A no 333-B).* [...] *Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, entre autres, Zubac c. Croatie [GC], no 40160/12, § 78, 5 avril 2018)*».

[19] Cfr., *ex multis*, T.a.r. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 3 marzo 2022, n. 70, in *Giustizia-amministrativa.it*, ove si rinviene l'affermazione per cui «[i] *principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale esigono tendenzialmente che il giudizio si concluda con una risposta di merito alle domande portate alla cognizione del giudice amministrativo, con la conseguenza che una pronuncia di inammissibilità può essere adottata solo nelle ipotesi tassativamente previste dal codice di rito*»; e Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2022, n. 771, in *Giustizia-amministrativa.it*, nella parte in cui si richiamano i principî di tassatività delle cause di inammissibilità del ricorso e di effettività della tutela giurisdizionale per rimarcare il divieto «*di introdurre in via ermeneutica cause ostative all'accesso ad una decisione giurisdizionale di merito*».

[20] Cfr. Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, III, p. 753 e ss., ove si ricorda che «[a]*l principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente – nel regolare questioni di rito – il vigente codice di procedura civile*».

[21] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4/2023 *cit*., nella parte in cui si è chiarito che nella fattispecie *ex* art. 116, co. 2, c.p.a. l'amministrazione e gli eventuali controinteressati «*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». Si v., anche, L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, *cit*., p. 323 e ss., in part. p. 325 ove si rileva che «*affermare la necessaria coincidenza tra i controinteressati nel giudizio 'principale' e i controinteressati rispetto all'istanza incidentale di accesso (in guisa che i secondi vengano meccanicamente individuati attraverso un semplice riferimento ai primi) significherebbe vanificare quei principi che la giurisprudenza amministrativa ha elaborato al precipuo fine di garantire tutela giurisdizionale ai titolari dell'interesse alla riservatezza, a fronte dell'azione esperita dal titolare dell'interesse all'accesso a determinati documenti amministrativi*».

[22] In dottrina, si v. L. Bertonazzi, *Il regime dell'istanza incidentale di accesso, con particolare riferimento al termine perentorio per la sua proposizione e alla corretta instaurazione del contraddittorio*, *cit*., p. 327, ove si ritiene senz'altro preferibile la lettura richiamata in corpo per ragioni di 'coerenza interna' del sistema processuale amministrativo. Ad avviso dell'a., infatti, occorre raggiungere risultati «*coincidenti con quelli cui si perverrebbe muovendo dal più volte menzionato 'parallelismo' tra autonoma azione in tema di accesso e istanza incidentale di accesso, che devono ritenersi sottoposte ad identica disciplina anche per il profilo della corretta instaurazione del contraddittorio*». In senso analogo, già M. Andreis, *Commento all'art. 21 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, p. 760, ove si suggeriva di interpretare il riferimento alla notifica ai 'controinteressati' incluso nell'art. 21, co. 1, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 «*in sintonia con la norma generale posta dalla prima parte del 1° co. dell'art. 21 in esame secondo la quale, il ricorso deve essere notificato 'ai controinteressati ai quali l'alto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno tra essi'*».

[23] A tale riguardo, l'art. 49, co. 4, c.p.a. ha cura di precisare che «[i] *soggetti nei cui confronti è integrato il contraddittorio ai sensi del comma 1 non sono pregiudicati dagli atti processuali anteriormente compiuti*».