

Data di pubblicazione: 28 settembre 2024

NICOLA DI MODUGNO*

*Istanza di accesso in corso di causa e doppio grado nel processo
amministrativo*

ABSTRACT: L'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 4/2023 ha statuito l'appellabilità dell'ordinanza che pronuncia sull'istanza incidentale di accesso in corso di causa. Tale svolta giurisprudenziale deriva dal carattere decisivo della pronuncia nel conflitto di interessi che vede contrapposto il ricorrente, che esercita il diritto di accesso, rispetto all'amministrazione detentrica del documento spesso determinando con tale decisione, di fatto, anche l'esito del giudizio principale connesso.

* Ricercatore confermato di Diritto amministrativo, Università degli Studi del Sannio – Benevento.

The Plenary Assembly, in its judgment No. 4/2023, ruled that the order ruling on the incidental petition for access in the course of proceedings can be appealed.

This turn of jurisprudence derives from the decisive nature of the ruling in the conflict of interests in which the applicant exercising the right of access is pitted against the administration holding the document often determining with such a decision also the outcome of the main connected case.

PAROLE CHIAVE: istanza incidentale; diritto di accesso; diritto di difesa; azione esibitoria

KEYWORDS: incidental petition; right of access; right of defense; Actio ad exhibendum

SOMMARIO: – 1. L’Adunanza Plenaria statuisce l’appellabilità della pronuncia sull’istanza di accesso in corso di causa. – 2. Implicazioni sistematiche della riconosciuta appellabilità di detta ordinanza. – 3. La pronuncia sull’accesso di corso di causa si differenzia nettamente dalle ordinanze istruttorie. – 4. La riconosciuta appellabilità come riflesso della eccezionale rilevanza dell’accesso difensivo nell’attuale processo amministrativo.

1. L'Adunanza Plenaria statuisce l'appellabilità della pronuncia sull'istanza di accesso in corso di causa

In un recente lavoro¹ si è avuto modo di soffermarsi sulla sentenza del Consiglio di Stato (Quinta Sezione) n. 9076, pubblicata il 18/10/2023, con la quale è stata disposta la rimessione al primo giudice per violazione del diritto di difesa avendo la sentenza di prime cure omesso di esaminare le prove documentali, prodotte dal ricorrente, in tal modo ledendo il diritto di difesa² della parte interessata.

Invece, con la sentenza n. 4/2023 dell'Adunanza Plenaria³ la lesione del diritto di difesa è stata rilevata per la ragione, in un certo senso, opposta, avendo il TAR, in accoglimento di un'istanza di accesso in corso di causa, ordinato alla CONSOB l'esibizione di un parere reso dall'Avvocatura

¹ Sia consentito il rinvio a N. DI MODUGNO, *Lesione del diritto di difesa e doppio grado nel processo amministrativo*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, Riv. n. 2/2024, 1-26.

² Si legge, sul punto, nella motivazione della sentenza n. 4/2023 dell'Adunanza Plenaria: «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 cod. proc. amm.) 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, cod. proc. amm. 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. Si tenga 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».

³ Su tale fondamentale sentenza cfr. C. NAPOLITANO, *Sull'appellabilità dell'ordinanza pronunciata sulla richiesta di accesso documentale ex art. 116, co. 2, c.p.a. (Nota a Cons. Stato Ad. Plen. 24/01/2023 n. 4)*, in www.giustiziainsieme.it, 15/03/2023.

Generale dello Stato nell'interesse della stessa CONSOB in contrasto con il diritto alla riservatezza della medesima statuendone l'appellabilità⁴.

Come è noto, l'art. 116, 2° comma, c.p.a., stabilisce: *«In pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali contro interessati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale ovvero con la sentenza che definisce il giudizio»*.

Il 4° comma dello stesso art. 116 c.p.a. precisa che *«Il giudice decide con sentenza in forma semplificata; sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione e, ove previsto, la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità»*.

Il successivo 5° comma dello stesso art. 116 prevede che: *«Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche ai giudizi di impugnazione»*.

L'art. 116, 2° comma, c.p.a., non prevede esplicitamente l'impugnabilità in appello dell'ordinanza collegiale che decide sull'istanza di accesso in corso di causa ma neppure ne stabilisce la non impugnabilità.

La motivazione della sentenza n. 4/2023 è imperniata su una interpretazione conforme dell'art. 116, 2° comma, c.p.a., rispetto all'art. 125 Cost. e, pertanto, si ispira alla portata generale del principio del doppio grado di giurisdizione nel processo amministrativo fissato con la sentenza

⁴ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza del 24/01/2023 n. 4 ha fissato il seguente principio di diritto: *«L'ordinanza resa nel corso del processo di primo grado sull'accesso documentale ai sensi dell'art. 116, secondo comma, cod. proc. amm., è appellabile innanzi al Consiglio di Stato»*.

n. 8 del 1982 in dichiara continuità con la svolta giurisprudenziale impressa dalla stessa Adunanza Plenaria con la celebre decisione n. 1 del 1978⁵ che statui pretoriamente l'appellabilità delle ordinanze cautelari dei Tribunali Amministrative Regionali.

2. Implicazioni sistematiche della riconosciuta appellabilità di detta ordinanza

Con il presente lavoro intendiamo svolgere alcune riflessioni sulle implicazioni sistematiche dell'affermazione dell'appellabilità dell'ordinanza con cui il TAR si pronuncia sull'istanza di accesso in corso di causa.

Il presupposto di fondo di tale svolta giurisprudenziale è costituito, ovviamente, dalla riconosciuta natura decisoria di tale pronuncia. Natura decisoria che, invero, emerge dalla lettera stessa dell'ultimo periodo dell'art. 116, 2° comma, c.p.a., secondo cui: «*L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio*». Orbene, è agevole osservare che tale norma, ponendo sullo stesso piano l'ordinanza che definisce l'incidente di accesso in corso di causa rispetto alla sentenza che definisce il giudizio principale di merito, riconosce ad

⁵ La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 20/01/1978 è stata ripubblicata da G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 433-441, con commento di A. PATRONI GRIFFI, 441-444.

entrambi la portata decisoria anche per quanto concerne l'istanza di accesso.

A ben vedere, infatti, lo stesso art. 116, 2° comma, c.p.a., ancorché non la preveda espressamente, tronca ogni dubbio sull'appellabilità dell'ordinanza che, decidendo in via definitiva sulla stessa istanza di accesso, è, di certo, suscettibile di passaggio in giudicato in caso di mancata proposizione, nei termini di legge, dell'appello.

Ciò in quanto l'ordinanza resa dal TAR sull'istanza incidentale di accesso ha, in sostanza, lo stesso contenuto della sentenza in forma semplificata con cui il TAR è chiamato a pronunciarsi sulla domanda di accesso proposta con ricorso autonomo.

In entrambe le ipotesi, infatti, il TAR deve, innanzitutto, accertare la sussistenza, in capo al ricorrente, in concreto, dei presupposti per l'esercizio del diritto di accesso documentale e, conseguentemente, deve ordinare alla PA che detiene il documento l'esibizione del medesimo in un termine massimo di trenta giorni, fissandone, ove occorra, le relative modalità.

Pertanto, la pronuncia incidentale sull'accesso si distingue, rispetto alla sentenza semplificata, prevista per la decisione del ricorso autonomo di accesso, essenzialmente per la diversa forma dell'ordinanza collegiale prevista dall'art. 116, 2° comma, c.p.a.

In definitiva, la scelta, da parte del legislatore del codice, della forma dell'ordinanza si spiega in quanto l'istanza di accesso, proposta dal ricorrente in corso di causa, dà origine ad un rapporto processuale

accessorio rispetto al giudizio di merito. Corrispondentemente, la previsione codicistica della sentenza semplificata per la pronuncia sul ricorso autonomo di accesso si spiega in quanto tale ricorso dà origine ad un rapporto processuale autonomo.

Il tratto comune ad entrambi i giudizi⁶ è la previsione del procedimento in camera di consiglio⁷.

Ed infatti, l'art. 87, 2° comma, c.p.a., stabilisce: «*oltre agli altri casi espressamente previsti, si trattano in camera di consiglio: ...c) il giudizio in materia di accesso ai documenti amministrativi e di violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa*».

Sotto questo essenziale profilo, dunque, l'art. 87, 2° comma, lett. c), c.p.a., non distingue tra ricorso autonomo e istanza incidentale di accesso.

Ne discende che anche l'ordinanza di cui all'art. 116, 2° comma, c.p.a., che definisce il giudizio in materia di accesso in corso di causa, ancorché proposto quale incidente in un giudizio amministrativo già pendente, riveste una inequivocabile natura decisoria.

A questo punto verrebbe da chiedersi come mai il legislatore del codice abbia previsto per tale pronuncia la forma dell'ordinanza.

Come è noto, l'art. 33, 1° comma, c.p.a., stabilisce che «*Il giudice pronuncia: a) sentenza quando definisce in tutto o in parte il giudizio; b) ordinanza quando assume*

⁶ Sul processo amministrativo in materia di accesso è essenziale il saggio di N. PAOLANTONIO, *Il ricorso per l'accesso*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, nona edizione, Torino, 2023, 578-583.

⁷ Sul rito camerale in materia di accesso cfr. A. CORRADO, B. GARGARI, *Il rito sull'accesso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Napoli, 2024, 701-712.

misure cautelari o interlocutorie, ovvero decide sulla competenza; c) decreto nei casi previsti dalla legge».

Orbene, esclusa la natura cautelare dell'ordinanza che definisce il giudizio di accesso in corso di causa, va esaminato l'art. 36 c.p.a., la cui rubrica è intitolata "Pronunce interlocutorie" che al 1° comma stabilisce che «*Salvo che il presente codice disponga diversamente, il giudice provvede con ordinanza in tutti i casi in cui non definisce nemmeno in parte il giudizio*».

Il 2° comma dell'art. 36 precisa che: «*Il giudice pronuncia sentenza non definitiva quando decide solo su alcune questioni, anche se adotta provvedimenti istruttori per l'ulteriore trattazione della causa*».

Orbene, l'art. 36 c.p.a., costituisce, a nostro avviso, la norma-chiave, sul piano sistematico, per individuare la natura decisoria di un provvedimento del giudice amministrativo.

Se, infatti, la portata dell'istituto della sentenza non definitiva non è limitata alle sole pronunce del collegio relative ad uno o più capi di domanda, ma si estende anche alla soluzione di «*alcune questioni*», a maggior ragione⁸, deve riconoscersi contenuto decisivo all'ordinanza, prevista

⁸ In tal senso, va richiamato l'insegnamento molto autorevole di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, terza edizione, Bologna, 1983, p. 451, che, significativamente, osserva: «*In un processo, in cui l'appellabilità è attribuito anche di sentenze su meri punti di cognizione, non si vede perché la si debba negare a pronunce che possono assumere un rilievo altrettanto, se non più, determinante (di quelle ricordate sopra) anche se hanno la forma dell'ordinanza. D'altra parte, appare necessario assicurare agli esiti dei processi strumentali lo stesso trattamento riservato dalla legge agli esiti dei processi di cognizione. Mi riferisco all'ordinanza di chiusura del giudizio di sospensione dell'atto amministrativo impugnato...*».

dall'art. 116, 2° comma, c.p.a., con cui il collegio pronuncia sull'istanza di accesso in corso di causa.

Ed infatti, con l'istanza di accesso in corso di causa, il ricorrente impugna il diniego della PA competente sulla domanda di accesso ai documenti.

In tale ipotesi il TAR non si limita a decidere su una semplice questione ma è chiamato dal ricorrente a pronunciarsi, in contraddittorio con la PA che detiene il documento e con gli eventuali controinteressati, che non necessariamente coincidono con quelli del giudizio principale, su una vera e propria domanda giudiziale ancorché connessa al giudizio di merito in cui va ad inserirsi quale istanza incidentale.

Ed infatti, l'ordinanza resa in corso di causa statuisce sulla spettanza, in capo al ricorrente, del diritto di accesso, vale a dire del diritto all'esibizione dei documenti richiesti e, in caso di accoglimento di tale domanda, ne ordina l'esibizione, in un termine massimo di trenta giorni allo stesso modo della sentenza semplificata prevista nella diversa ipotesi di proposizione della stessa domanda di accesso con ricorso autonomo.

3. La pronuncia sull'accesso di corso di causa si differenzia nettamente dalle ordinanze istruttorie

Un altro profilo essenziale della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2023 è imperniato sulla differente disciplina processuale dell'accesso in

corso di causa rispetto a quella originaria prevista dall'art. 25 della L. n. 241/1990.

Invero, nella sua originaria formulazione, l'art. 25 della L. n. 241/1990 non prevedeva l'istanza di accesso in corso di causa.

Fu l'art. 17, comma 1, lett. b), della L. 11/02/2005 n. 15, che novellando, sul punto, l'art. 25, 4° comma, della L. n. 241/1990, stabilì 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 e ai controinteressati, e viene deciso con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio*».

Come abbiamo già visto, l'art. 116, 2° comma, c.p.a., nel testo attualmente vigente stabilisce: «*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 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*».

La mancanza dell'aggettivo “istruttorio” nell'art. 116, 2° comma, c.p.a., ben diversamente dal previgente art.25, 4° comma, della L. n. 241/1990, è stato ritenuto uno degli argomenti ermeneutici posti dalla motivazione della sentenza n. 4/2023 a fondamento della riconosciuta appellabilità dell'ordinanza che definisce l'istanza di accesso in corso di causa.

La sentenza, infatti, proprio dalla mancata riproposizione nel testo della norma ora vigente della locuzione “istruttoria”, con riferimento alla

predetta ordinanza ne ha dedotto il riconoscimento implicito della sua natura decisoria da parte del legislatore del Codice.

A ben vedere, peraltro, tale argomento esegetico si ricollega, come, del resto, lucidamente ha colto anche l'Adunanza Plenaria, ad una ricostruzione sistematica dell'istituto rispetto all'istanza istruttoria di esibizione dei documenti normalmente proposta nel processo amministrativo.

In altre parole, mentre tali istanze di esibizione, pacificamente, rivestono natura istruttoria e, come tali, vanno proposte al giudice mediante deposito diretto in segreteria, senza la previa notifica alle controparti, l'istanza di accesso in corso di causa, analogamente a quella proposta con ricorso autonomo, va previamente notificata all'Amministrazione che detiene il documenti e agli eventuali controinteressati nel termine di decadenza di trenta giorni decorrente dal ricevimento, da parte del ricorrente, della comunicazione del provvedimento amministrativo di diniego e, pertanto, riveste la ben diversa natura di impugnazione di tale diniego con la conseguenza che il provvedimento con il quale il giudice si pronuncia su detta impugnativa, al di là della prescritta forma dell'ordinanza, a nostra avviso ha una indubbia natura decisoria.

Il codice disciplinando in modo distinto l'incidente di accesso in corso di causa rispetto all'ordinaria fase istruttoria ha consentito all'interprete di cogliere, in modo inequivocabile, i caratteri peculiari dell'accesso in corso di causa rispetto a quelli tipici dell'ordinaria istanza istruttoria di esibizione dei documenti.

A ben vedere, peraltro, anche per quanto concerne l'esibizione in giudizio del provvedimento impugnato e dei documenti, sui quali il medesimo si fonda, deve notarsi che, in capo alla P.A. resistente, indipendentemente dalla propria costituzione o meno in giudizio, grava un vero e proprio obbligo di produzione come emerge dalla lettera stessa dell'art. 46, 2° comma, c.p.a.. Tale norma, infatti, prescrive che *«L'amministrazione, nel termine di cui alla comma 1, deve produrre l'eventuale provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio»*.

Va detto, però, che malgrado l'indubbia sussistenza dell'obbligo anche per quanto concerne l'esibizione istruttoria prevista dall'ora richiamato art. 46, 2° comma, c.p.a. detto obbligo di esibizione si pone su un piano meramente processuale e, dunque, ben diverso da quello di diritto sostanziale fatto valere dal ricorrente con l'istanza di accesso in corso di causa analogamente al diritto di accesso fatto valere col ricorso autonomo. L'art. 46, 2° comma, c.p.a., ben diversamente dall'art. 116, 2° comma, c.p.a., si salda con i poteri istruttori previsti dall'art. 65, 3° comma, c.p.a. tale norma, infatti, stabilisce: *«Ove l'amministrazione non provveda al deposito del provvedimento impugnato e degli altri atti ai sensi dell'articolo 46, il presidente o un magistrato da lui delegato ovvero il collegio ordina, anche su istanza di parte, l'esibizione degli atti e dei documenti nei termini e nei modi opportuni»*.

Orbene, il fatto stesso che tale norma precisi che detto ordine di esibizione possa essere emanato “anche su istanza di parte” implica l'attribuzione al

presidente, al magistrato delegato ovvero al collegio del potere di emettere detto ordine istruttorio di esibizione anche d'ufficio.

Ne discende che, ben diversamente, l'istanza di accesso, ancorché proposta nel corso di un giudizio connesso costituisce una vera e propria azione esibitoria che, come tale, è espressione del principio della domanda e non, di certo, un mero atto di impulso processuale del potere istruttorio del giudice. Potere che, come tale, può essere esercitato anche d'ufficio.

È appena il caso di precisare che nel processo amministrativo la disciplina istruttorie, sotto questo profilo tuttora diverge dal processo civile quanto meno con riferimento al rito ordinario.

Ed infatti, l'art. 210 c.p.c., come è noto, stabilisce che *«...il giudice istruttore su istanza di parte può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o una cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo»*.

Al contrario nel processo amministrativo, anche secondo l'odierna disciplina codicistica, l'ordine istruttorio del giudice di esibire i documenti può essere sempre emesso anche d'ufficio.

Ed infatti, l'art. 63, 1° comma, c.p.a., sancisce che *«fermo restando l'onere della prova a loro carico, il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti»*.

Precisa, inoltre, l'art. 64, 3° comma, c.p.a., che: *«Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni o documenti utili al fine del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione»*.

La parte, anche quando propone una semplice istanza istruttoria, fa valere, in ogni caso, in giudizio il proprio diritto alla prova⁹.

Ciò non toglie che il giudice, di fronte all'istanza istruttoria del ricorrente, ha il potere di valutarne non soltanto l'ammissibilità ma anche la rilevanza in quel processo. Ed è proprio questo sindacato sulla rilevanza della prova spettante al giudice nell'ambito dell'istruzione processuale che la contraddistingue¹⁰ rispetto all'incidente di accesso difensivo in corso di

⁹ Sul diritto alla prova, come diritto all'esibizione delle prove precostituite in capo alla parte interessata, è essenziale la monografia di A. Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 14-15: «Ecco che, alla luce del primo di questi tre aspetti, ossia il diritto delle parti all'assunzione o più in generale all'acquisizione delle prove ritenute necessarie per la prova dei fatti, l'esibizione istruttoria assume oggi un significato e una colorazione diversi rispetto a quelle che ne caratterizzarono l'introduzione nel codice di procedura civile del 1942. Se si riflette sul fatto che la previsione di un dispositivo esibitorio, comunque sia congegnato, è l'unico sistema di cui il legislatore dispone per assicurare alla parte che non ha la disponibilità materiale di un documento, o di altra prova precostituita, la facoltà di utilizzarla in giudizio, è facile rendersi conto che la presenza di un siffatto strumento è coesistente all'esistenza stessa del diritto alla prova nel campo vastissimo delle prove precostituite. In altre termini, se è vero che il diritto alla prova consiste anche nel diritto della parte di fare acquisire tutte le prove occorrenti per la dimostrazione della verità dei fatti che essa allega, e se è altresì vero che il diritto di far acquisire una prova precostituita che la parte non può produrre spontaneamente perché non ne ha la disponibilità può essere garantito soltanto prevedendo un'efficace meccanismo di esibizione istruttoria, dovrà essere vero, in ultimo, anche che nel campo amplissimo e fondamentale delle prove precostituite l'esistenza di un dispositivo di esibizione istruttoria è un'espressione tecnica ineliminabile del diritto alla prova delle parti. Se ora si associa questa elementare riflessione all'opinione ormai ampiamente consolidata nella nostra dottrina e nella nostra giurisprudenza, che il diritto alla prova delle parti è direttamente riconducibile alla garanzia dell'azione sancita dall'art. 24 Cost., risulta facilmente dimostrato che è costituzionalmente doverosa la previsione di un meccanismo di esibizione istruttoria nell'ambito del nostro processo civile. Questa, in sintesi, è la ragione per cui sono convinto che con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana l'esibizione istruttoria abbia assunto un significato e una coloritura differenti rispetto a quelli che le erano propri quando, con il codice del 1942, entrò a far parte del nostro sistema processuale».

¹⁰ Sul punto, è fondamentale l'autorevole insegnamento di A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa, quindicesima edizione*, Torino, 2023, 364, che precisa: «Questa disciplina non va

causa in cui il giudice è chiamato a valutare solo la connessione¹¹ fra il documento¹², relativamente al quale il ricorrente fa valere il proprio diritto di accesso, e il processo principale.

4. La riconosciuta appellabilità come riflesso della eccezionale rilevanza dell'accesso difensivo nell'attuale processo amministrativo

confusa con quella prevista per l'acquisizione di documenti utili ai fini dell'istruttoria nel processo amministrativo. Riguarda, infatti, l'acquisizione di documenti solo "connessi" alla vertenza in corso tra le parti».

¹¹ In tal senso, cfr. A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, seconda edizione, Napoli, 2023, 316, che osserva: «L'art. 116, comma 2, c.p.a., dunque riconosce che, in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, l'actio ad exhibendum può essere esercitata con una istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. Si tratta di un'opzione offerta alla parte – la richiesta di accesso in corso di causa, deve essere "connessa" al giudizio nell'ambito del quale è avanzata... – per chiare ragioni di economia processuale e di concentrazione dei giudizi, la quale consente alla parte medesima di entrare in possesso di documenti sulla cui base, in ipotesi, proporre motivi aggiunti».

¹² In tal senso, cfr. Cons. Stato (Sezione Quinta), sent. n. 6389, pubblicata il 20/07/2022, in cui, significativamente, si legge: «10.1. Nel merito, la richiesta di accesso in corso di causa deve essere "connessa" al giudizio nell'ambito del quale è avanzata (arg. ex art. 116, comma 2, cod. proc. amm.). La connessione va intesa nel senso che l'istanza deve avere ad oggetto l'accesso a documenti la cui conoscenza sia necessaria al richiedente per curare o per difendere i propri interessi in quel determinato giudizio (arg. ex art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990), vale a dire che si deve trattare di documenti utili ai fini della decisione di merito (cfr. Cons. Stato, IV, 12 luglio 2013, n. 3759), secondo la prospettazione della stessa parte ricorrente. Siffatte connessione e necessità vanno escluse nel caso di specie, in disparte ogni considerazione sull'ostensibilità degli atti dei procedimenti disciplinari e dei relativi provvedimenti (per di più senza che sia stato evocato in giudizio il dipendente sottoposto a procedimento disciplinare)».

Nella fattispecie in cui si è pronunciata l'Adunanza Plenaria, riconoscendo l'appellabilità dell'ordinanza del TAR che aveva ordinato alla CONSOB l'esibizione di un parere dell'Avvocatura dello Stato su cui la stessa CONSOB faceva valere in via di eccezione il proprio diritto alla riservatezza, la sentenza è stata motivata, innanzitutto, sulla base della lesione, che l'ordinanza di prime cure aveva prodotto, del diritto di difesa della CONSOB qualora fosse stata costretta ad esibire detto parere dell'Avvocatura dello Stato alla cui esibizione i ricorrenti non avevano diritto.

E' chiaro che al di là della controversia che, in concreto, ha originato tale svolta giurisprudenziale, l'appellabilità dell'ordinanza relativa all'istanza incidentale di accesso si estende anche, ovviamente, all'altra ipotesi dell'appello proposto dal ricorrente avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza incidentale di accesso.

Siffatta limitazione si sarebbe posta, in più che manifesto contrasto, con il principio della parità delle armi tra le parti che, come a tutti noto, costituisce uno degli aspetti fondamentali del giusto processo.

Peraltro, il fatto stesso che l'Adunanza Plenaria abbia posto a fondamento della sentenza n. 4/2023 anche la lesione del diritto di difesa della CONSOB cui era stata ordinata l'esibizione dal TAR dimostra, a nostro avviso, l'eccezionale rilevanza¹³ che è venuto ad assumere, nell'odierno

¹³ Sotto questo profilo sono tuttora attuali le considerazioni M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice d'appello*, in *ID. Scritti giuridici*, Tomo III, Milano, 1996, 1512: «Il problema è, in definitiva, di natura dei giudizi cautelari e di ottemperanza in cui sono pronunciate e, partendo da tale nucleo centrale, investe la considerazione della esigenza di una piena tutela delle parti in momenti decisivi»

processo amministrativo, l'istituto dell'accesso difensivo. Accesso difensivo che è assurdo, in particolare negli ultimi venti anni, al ruolo di strumento essenziale di tutela del diritto alla prova documentale nel nostro ordinamento, anche ben al di là del solo ambito, pur già di per sé molto importante, del processo amministrativo.

Come è noto, l'accesso difensivo si fonda essenzialmente su una sola norma: l'art. 24, 7° comma, della L. n. 241/1990¹⁴, che, come è noto, stabilisce che «*Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare e difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili o giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui siano strettamente indispensabili e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, in caso di datti idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*».

Tale fondamentale norma, che ovviamente appartiene al diritto sostanziale, ha una indubbia proiezione processuale in quanto al di là delle comprensibili limitazioni ai soli casi in cui il documento è indispensabile,

del conflitto di interessi...». Tale considerazione della rilevanza del conflitto di interessi ancorché riferita da Nigro alla svolta giurisprudenziale che ammise l'appellabilità delle ordinanze cautelari e delle sentenze di ottemperanza appare, a nostro avviso, tuttora attuale atteso che non è revocabile in dubbio che l'ordinanza resa dal TAR sull'istanza incidentale di accesso costituisce un momento decisivo nel conflitto di interessi che vede contrapposto il ricorrente con l'amministrazione che detiene il documento di cui viene reclamata l'esibizione e gli eventuali controinteressati a detta esibizione.

¹⁴ Sul principio di trasparenza come aspetto fondamentale della L. n. 241/1990 v. A.G. OROFINO, *Profili giuridici della trasparenza amministrativa*, Bari, 2013, in particolare, 162 ss. che si sofferma sulle implicazioni dell'attuazione del principio di trasparenza della P.A. sul processo amministrativo favorendone l'evoluzione verso il giudizio sul rapporto.

per quanto concerne i dati sensibili, assicura il diritto di accesso tutte le volte che il documento richiesto sia necessario quale fonte di prova “*per curare i difendere i propri interessi giuridici*”.

Nello stesso senso è l’insegnamento dell’Adunanza Plenaria secondo cui per ottenere l’esibizione dei documenti amministrativi è sufficiente che la parte interessata dimostri la necessità in astratto, da valutarsi con un giudizio prognostico *ex ante*, della disponibilità del documento per l’esercizio della cura o della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici. Vero è che la giurisprudenza, in questi oltre trent’anni di applicazione dell’art. 27, 7° comma, della L. n. 241/1990, ne ha enormemente arricchito la portata dando corpo ad una efficace azione esibitoria che ha finalmente reso effettivo il diritto di accesso assicurando concretamente alla parte interessata la disponibilità delle prove documentali che, al contrario, precedentemente erano e rimanevano nella disponibilità dell’amministrazione interessata fino all’ordine istruttorio del giudice. Epperò, secondo la giurisprudenza meno recente, l’emissione di detto ordine istruttorio era subordinata, non soltanto come aveva affermato la teoria del metodo acquisitivo¹⁵ all’introduzione, da parte della difesa del ricorrente, dei fatti secondari, ma anche all’allegazione di elementi di seria

¹⁵ Sul punto, è tuttora fondamentale l’autorevole insegnamento di F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 289 ss., secondo cui, assolto dalla parte interessata l’onere di introduzione dei fatti nel processo, detta introduzione costituisce la condizione necessaria e sufficiente per l’esercizio dei poteri istruttori del giudice amministrativo.

consistenza (cd. onere del principio di prova)¹⁶ vale a dire di gravi indizi a carico della P.A. di incompletezza dell'istruzione e di contrasto fra i fatti affermati nell'atto impugnato e quelli risultanti dai documenti.

Non è chi non veda, sotto questo essenziale profilo, la portata decisiva che ha assunto in tale radicale evoluzione dell'ordinamento, la costruzione giurisprudenziale, innanzi richiamata, che ha dato corpo all'istituto dell'accesso difensivo conferendogli una forza espansiva di enorme portata che nella prassi più recente è andata oltre ogni previsione.

Ed infatti, la disponibilità dei documenti amministrativi, di qualsiasi natura, che il diritto di accesso e la conseguente azione esibitoria, esperibile dinanzi al giudice amministrativo, assicurano sta rivoluzionando la tutela giuridica, sotto il profilo probatorio, anche nei rapporti di diritto civile, in tutti quei casi, e sono molti, in cui vi sia la possibilità di provare determinati atti e fatti giuridici, ad es., mediante l'esercizio del diritto di accesso della parte interessata presso l'Anagrafe tributaria. Accesso riconosciuto dall'Adunanza Plenaria¹⁷ tutte le volte in cui vi sia una strumentalità vale a

¹⁶ Scrive A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo*, seconda edizione, Bologna, 2023, 235: «La giurisprudenza ha da tempo chiarito che, in base all'onere del principio di prova non è necessaria la prova completa dei fatti posti a fondamento delle doglianze, ma è sufficiente che il ricorrente adduca “elementi di seria consistenza” (Cons. St. Sez. VI, 9 maggio 1983 n. 345). Detto altrimenti, affermare che il sistema probatorio è retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo implica riconoscere l'onere, per il ricorrente, di presentare almeno un indizio, cioè un principio di prova, affinché il giudice sia legittimato ad esercitare i propri poteri istruttori (Cons. St., Sez. IV, 11 febbraio 2011 n. 924 e, più recentemente, Tar Lazio, Roma, Sez. II, 17 ottobre 2022 n. 13231)».

¹⁷ Sul punto, è essenziale la motivazione della sentenza n. 19/2020 dell'Adunanza Plenaria in cui significativamente si legge: «L'accesso difensivo ha una duplice natura giuridica, sostanziale e processuale. La natura sostanziale dipende dall'essere, l'accesso, una situazione strumentale per la tutela di una situazione giuridica finale (Adunanza plenaria n. 6/2006); la natura processuale consiste nel

dire una connessione tra il documento e il diritto o interesse giuridico che la parte intenda far valere e dimostrare mediante la sua esibizione.

In sintesi, l'esperimento dell'*actio ad exhibendum* nel processo amministrativo (art. 116, 2° comma, c.p.a.) vale sovente a rendere effettivo il diritto alla prova anche nei rapporti di diritto di famiglia e, in genere, di diritto civile. A maggior ragione, pertanto, ne va sottolineata l'estrema importanza per quanto concerne la tutela degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione amministrativa.

Di qui l'eccezionale rilevanza che è venuta, sempre più, assumendo, nel processo amministrativo, l'istanza di accesso in corso di causa¹⁸ inducendo l'Adunanza Plenaria a statuire l'appellabilità della pronuncia su di essa ritenendola uno strumento essenziale per la salvaguardia del diritto di difesa delle parti.

fatto che il legislatore ha voluto fornire di "azione" la "pretesa" di conoscenza, rendendo effettivo e, a sua volta, giuridicamente tutelabile e giustiziabile l'eventuale illegittimo diniego o silenzio (v. l'art. 116 cod. proc. amm.)... Di conseguenza il naturale corollario è che l'eventuale rigetto dell'istanza di esibizione di un documento della Pubblica amministrazione, proposta ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ., non si pone in contrasto, né elude la ratio legis contenuta negli artt. 22 e ss. l. n. 241/1990, poiché le due disposizioni opera su un piano diverso, avendo la l. n. 241/1990 assunto l'interesse del privato all'accesso ai documenti come interesse sostanziale, mentre l'acquisizione documentale ai sensi dell'art. 210 cod. proc., civ. costituisce l'esercizio di un potere processuale e l'acquisizione del documento resta pur sempre subordinata alla valutazione della rilevanza dello stesso, ai fini della decisione, da parte del giudice al quale spetta di pronunciarsi sulla richiesta istruttoria ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ....».

¹⁸ Sul tema cfr. il saggio di S. FLORENZANO, *Il rito in materia di accesso ai documenti amministrativi*, in G.P. CIRILLO (dir.), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, 1050-1051.

Potrebbe, però, obiettarsi che, a voler seguire fino in fondo tale impostazione, si dovrebbe giungere ad estendere l'impugnabilità anche alle semplici ordinanze istruttorie dei TAR.

Vero è che, in un certo senso, istruire la causa è già deciderla e la netta separazione, tipica del vigente Codice di procedura civile, tra fase istruttoria e fase decisoria di cui la distinzione fra ordinanze istruttorie e sentenze non definitive, con la conseguente eliminazione delle sentenze interlocutorie¹⁹, costituisce una indubbia forzatura che non sfuggì ad autorevole dottrina che, anche sotto tale profilo, a nostro avviso, è tuttora attuale²⁰.

¹⁹ La logica del codice di procedura civile del 1865 che era alla base della distinzione fra ordinanza e sentenza interlocutoria viene delineata con estrema chiarezza da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Rist., Napoli, 1965, 807-808, che scrive: «Concettualmente, l'ordinanza è un provvedimento che ha luogo ogni qual volta i bisogni dello svolgimento del rapporto processuale reclamino la disposizione del magistrato senza che tuttavia sia abbia una questione da risolvere fra le parti...l'ordinanza normalmente è un provvedimento emanato sull'accordo delle parti per lo svolgimento del processo. Onde si suol concludere dalla dottrina che quanto ai giudici unici (pretori, conciliatori) essi non possano mai in corso di causa risolvere con ordinanza questioni anche meramente procedurali; perocchè dovendosi in questo caso dare alle parti ricorso contro il provvedimento e non potendo esso portarsi al giudice che emanò il provvedimento, questo deve trattarsi come sentenza interlocutoria e impugnarsi come tale davanti al giudice superiore».

²⁰ Sul punto, sono tuttora fondamentali le considerazioni di S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, libro II, parte prima, rist., Milano, 1966, 64: «...in questa stessa logica vi è qualche cosa di illogico, ed è proprio l'idea che presiede alla separazione dei provvedimenti istruttori dai provvedimenti decisori. Per quanto infatti si voglia isolare l'istruzione dalla decisione, non si può dubitare che l'istruzione, legata come è all'applicazione di regole non soltanto processuali ma sostanziali, e più in generale alla valutazione complessiva della causa, comporta sempre un elemento decisivo: non per nulla l'esperienza ha dato vita alle sentenze interlocutorie. La formula pertanto che la motivazione delle ordinanze non pregiudica la decisione appare piuttosto come un'artificiosa imposizione di legge, che come un naturale corollario della funzione esplicata dal giudice, tanto artificiosa che si è cercato di

Va, peraltro, ricordato che nello stesso processo civile le ordinanze del giudice istruttore in materia di prove di cui il codice del 1940 aveva stabilito l'inoppugnabilità, vennero poi rese impugnabili dalla Novella del 1950²¹ che introdusse l'istituto del reclamo al Collegio che, a sua volta, venne abrogato²² soltanto dalla Novella del 1990²³.

Il carattere decisorio delle ordinanze istruttorie nel processo civile era stato affermato da un insegnamento molto autorevole secondo cui l'ammissione

limitarne la portata attribuendo al giudice istruttore le funzioni di relatore nel collegio, in sede di decisione del merito».

²¹ Sul significato empirico di tale riforma sono essenziali le osservazioni di S. SATTA, *op. cit.*, 64: «Nessuno può contestare, se appena abbia un po' di esperienza, che ammettere una prova sia un pregiudicare, de facto se non de jure, le decisioni. La verità di quanto affermiamo è del resto dimostrata dalla resistenza che nella pratica ha trovato l'applicazione del principio e nel conseguente movimento di riforma che ne è derivato, e che è sboccato nella legge del 1950, con la quale legge è stato introdotto il reclamo al collegio, sia pure sempre fuori dei termini del giudizio di merito, contro le ordinanze ammissive di prova. In definitiva la regolamentazione dell'istruttoria appare ispirata a un certo empirismo, i cui inconvenienti sono d'altra parte attenuati dagli adattamenti pratici e dalla naturale prudenza dei giudici, nella quale il codice fa affidamento...».

²² Sulla soppressione del reclamo al Collegio avverso le ordinanze istruttorie nel processo civile è tuttora fondamentale il saggio di F. CIPRIANI, *Sull'abrogazione del reclamo al collegio* (1997), ora in ID., *Avvocatura e diritto alla difesa*, Napoli, 1999, 328, che osserva: «vero è che il problema non è la forma del provvedimento ma l'impugnabilità, che è garanzia di civiltà. Alle parti interessa poco che il giudice provveda sulle prove con ordinanza, con sentenza o con decreto; interessa molto, invece, il regime al quale è assoggettato il provvedimento. E poiché, come ho già detto, l'impugnabilità immediata previene gli abusi e assicura il controllo (quel che è avvenuto a proposito della sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. dovrebbe essere di ammonimento...) non può par dubbio che, prevedendola, lungi dall'incorrere in un'eresia si dimostra soltanto di credere nel garantismo».

²³ Precisa A. GRAZIOSI, *op. cit.*, 327-328: «Fino all'entrata in vigore della riforma del c.p.c. del 1990, l'ordinanza ex art. 210 c.p.c. in quanto provvedimento istruttorio, era ritenuta impugnabile ex art. 178, comma 2°, n. 2, c.p.c. Ora, e precisamente dal 30 aprile 1995, per effetto dell'art. 15 della l. n. 353 del 1990 che ha eliminato l'immediata reclamabilità al collegio dei provvedimenti istruttori, l'ordinanza esibitoria è divenuta inimpugnabile».

o la non ammissione di una prova avrebbe potuto addirittura capovolgere le sorti del processo²⁴.

Va detto, però, che nel processo civile, come già rilevava una dottrina molto autorevole²⁵, è tuttora vigente l'art. 177 c.p.c. che, al primo comma, prevede che «*Le ordinanze comunque motivate non possono mai pregiudicare la decisione della causa*»²⁶.

Orbene, secondo la sentenza n. 4/2023 tale norma, che viene pacificamente ritenuta applicabile alle ordinanze istruttorie dei TAR, non è applicabile all'ordinanza che definisce l'istanza di accesso in corso di causa. Ordinanza che, analogamente alla sentenza semplificata che pronuncia sul ricorso autonomo in materia di accesso, contiene un vero e proprio accertamento²⁷, in capo al ricorrente, della titolarità del diritto di accesso.

²⁴ Così, incisivamente, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 203: «...malgrado la differenza tra questioni d'ordine e questioni di merito, anche la soluzione delle prime è pur sempre una decisione; e tale decisione, che spesso pregiudica in modo assai grave, non di rado irreparabile la decisione di merito; l'ammissione o la non ammissione di una prova può addirittura capovolgere le sorti del processo».

²⁵ Il riferimento è sempre a F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 203.

²⁶ Osserva G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, sesta ed., Bari, 2023, 271-272, che all'ordinanza «...corrisponde un regime di "stabilità" nient'affatto univoco e comunque ben diverso da quello proprio della sentenza... Quanto al regime, poi, la regola è rappresentata dalla revocabilità e modificabilità, ad opera dello stesso giudice che l'ha pronunciata... sebbene non manchino numerose ed importanti eccezioni...».

²⁷ In tal senso, va richiamato lo scritto di L. IANNOTTA, *I rapporti tra accesso tradizionale e accesso civico generalizzato: la riqualificazione dell'istanza di accesso in corso di giudizio*, in *Foro amm.*, n. 7-8/2020, 1373 ss., il quale osserva: «Tale rito presenta i caratteri di un giudizio di accertamento come si evince dallo stesso art. 116 c.p.a. nella parte in cui afferma che il giudice, sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti richiesti. Il rito ha ad oggetto il rapporto amministrativo, disponendo il giudice di ampi e penetranti poteri di cognizione ed essendo direttamente chiamato a valutare, alla luce dei parametri normativi se sussistono i presupposti per l'ostensione degli atti richiesti».

Ne discende l'immediata impugnabilità di tale ordinanza ben diversamente dalle ordinanze collegiali istruttorie dei TAR ritenute, pacificamente, non impugnabili. E' interessante notare che la stessa sentenza n. 4/2023 pur ritenendo applicabile l'art. 177 c.p.c. innanzi richiamato alle ordinanze nel processo amministrativo, sulla base del rinvio generale di cui all'art. 39 c.p.a., come abbiamo visto, però, ne circoscrive la portata alle sole ordinanze istruttorie²⁸ escludendone le pronunce collegiali relative all'istanza di accesso di corso di causa proprio sulla base della loro riconosciuta natura decisoria.

A ben vedere, a nostro avviso, la chiave di volta sul piano sistematico, per la soluzione del problema dell'impugnabilità o meno delle ordinanze rese sull'accesso in corso di causa è rappresentato proprio dalla portata del rinvio generale, previsto dall'art. 39 c.p.a. secondo cui: *«Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali»*.

Orbene, stabilire quando la corrispondente norma processuale civile sia compatibile con la vigente disciplina del processo amministrativo è un compito che non spetta certo al legislatore ma, in tutte le ipotesi di lacune della normativa processuale amministrativa, spetta all'interprete.

²⁸ Si legge a tal proposito nella stessa sentenza n. 4/2023 dell'Adunanza Plenaria: *«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 cod. proc. civ., applicabile anche al processo amministrativo, per il rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm.)»*.

Mentre, infatti, l'art. 177 c.p.c., come abbiamo visto, afferma che le ordinanze non possono mai pregiudicare la decisione della causa, non sempre questo avviene nel processo amministrativo. Per un verso è pacifica l'applicabilità, anche nel processo amministrativo di tale norma per quanto concerne le ordinanze istruttorie, per quanto concerne invece le ordinanze incidentali è desumibile dal sistema una regola di contenuto opposto, quella secondo cui le pronunce che definiscono rapporti processuali accessori di tipo strumentale, fra le quali va di certo inclusa la pronuncia del TAR sull'istanza di accesso in corso di causa, hanno un contenuto di accertamento che vincola il giudice e come tali rivestono natura decisoria. Natura dalla quale non può che derivarne l'appellabilità in modo da salvaguardare il diritto di difesa delle parti quale espressione delle due giustapposte esigenze di tutela, da un lato del diritto alla prova e, dall'altro, del diritto alla riservatezza²⁹.

A ben vedere la svolta giurisprudenziale che ha sancito l'appellabilità della pronuncia sull'istanza di accesso in corso di causa più e meglio si comprende nella sua giusta luce sulla base della sentenza n. 19/2020³⁰ della stessa Adunanza Plenaria che ha statuito il pieno parallelismo fra ricorso autonomo al TAR per l'accesso ed esibizione istruttoria nel processo civile

²⁹ Sul tema è tuttora fondamentale il saggio di M. CLARICH, *Diritto d'accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 430 ss.

³⁰ Si legge nella sentenza n. 19/2020 dell'Adunanza Plenaria che «...anche in tale materia una interpretazione costituzionalmente orientata, a garanzia dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto alla prova intesi in senso lato, impone di affermare l'esperibilità dell'accesso difensivo ai documenti in questione, sia prima che in pendenza del processo civile, con la conseguenza che l'accesso non può essere negato per l'incompatibilità in astratto delle due discipline».

sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata in guisa da assicurare l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto alla prova intesi in senso lato, concludendo che l'accesso difensivo ai documenti è esperibile sia prima che in pendenza del processo civile non sussistendo tra i due rimedi alcuna incompatibilità.

Ma, allora, per un verso, è pacifica l'esperibilità dell'azione esibitoria in ogni caso nel processo amministrativo qualora vi siano documenti detenuti da Pubbliche Amministrazioni strumentali all'esercizio dei propri diritti ed interessi giuridici della parte interessata. Per altro, se, come ha precisato autorevole dottrina³¹, il diritto alla prova costituisce un dato essenziale dell'evoluzione di tutti i sistemi giuridici contemporanei, ben si comprende come l'avvenuto riconoscimento al massimo livello dell'appellabilità della pronuncia sull'istanza di accesso in corso di causa rappresenti una fondamentale tappa nell'evoluzione³² del nostro ordinamento apprestando un efficace strumento di tutela del diritto alla prova "in senso lato" delle parti.

³¹ Sul diritto alla prova documentale, va richiamato l'autorevole insegnamento di S. PATTI, *Prove*, Bologna, 2015, p. 308: «...occorre infine segnalare che anche la prova documentale deve essere oggi studiata tenendo conto dell'evoluzione che in tutti i sistemi giuridici ha condotto all'affermazione del "diritto alla prova", da intendersi sia come pretesa alla dedizione dei fatti in giudizio, sia come strumento di acquisizione dei dati conoscitivi necessari per l'accertamento della verità nel processo».

³² Sull'interpretazione evolutiva come manifestazione dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico sono tuttora fondamentali le pagine di S. ROMANO, *Interpretazione evolutiva (ottobre 1945)*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Rist., Milano, 1983, p. 125, che scrive: «In sostanza, la cd. evoluzione dell'interpretazione, che poi non è che evoluzione dello stesso ordinamento giuridico che si interpreta, intanto può aversi in quanto si riferisce a norme che vengono in considerazione, più che in sé e per sé, in indissolubile rapporto con la vita istituzionale, il cui evolversi si riverbera su di esse, e quindi con l'intero ordinamento dal quale dipendono».

Peraltro, a tale conclusione non può che pervenirsi anche alla luce della mancata previsione, anche nel quadro del vigente codice del processo amministrativo, del principio di tassatività delle impugnazioni la cui mancata previsione nel processo amministrativo *ante codicem* indusse l'Adunanza Plenaria³³ con la celebre decisione n. 1/1978 ad ammettere l'appellabilità delle ordinanze cautelari dei TAR.

³³ Nella motivazione della decisione n. 1/1978, sul punto, si legge: «Tale situazione normativa, peraltro, non sembra sufficiente ad escludere la proponibilità dell'appello contro le ordinanze in materia di sospensione perché tanto la L. n. 1034, quanto il sistema di giustizia amministrativa, in cui è inserita, non stabiliscono una tipologia degli atti processuali del giudice dalla quale possa desumersi la precisa individuazione dei mezzi giuridici per la rimozione e la sostituzione degli atti stessi, né sanciscono, in alcun modo, il principio della tassatività delle impugnazioni, previsto invece dall'art. 190, 1° e 2° c., prima parte, del cod. proc. pen. (del 1930, ndr.) limitatamente ai rimedi diversi dal ricorso per cassazione».