



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

FRANCESCO ANTONIO	Presidente
GENOVESE	
GIULIA IOFRIDA	Consigliere
LOREDANA NAZZICONE	Consigliere-Rel.
MASSIMO FALABELLA	Consigliere
MAURA CAPRIOLI	Consigliere

Oggetto:

Trattamento dati personali
Processo penale
- Dati telefonici
- Art. 391- quater c.p.p.
Ud.01/07/2022 CC

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 17439/2021 R.G. proposto da:
TIM S.P.A., elettivamente domiciliata in Roma, Via Oslavia n. 30,
presso lo studio dell'avvocato Paolo Ricchiuto
(RCCPLA69P24H5010), che la rappresenta e difende per procura
speciale in calce al ricorso

-ricorrente-

contro

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI,
elettivamente domiciliato in ROMA, Via dei Portoghesi 12, presso
l'Avvocatura generale dello Stato (ADS80224030587), che lo
rappresenta e difende per legge

-controricorrente-

avverso SENTENZA di TRIBUNALE MILANO n. 2939/2021
depositata il 09/04/2021.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 01/07/2022
dal Consigliere LOREDANA NAZZICONE.



FATTI DI CAUSA

1. – Francesco Bellomo in data 23 ottobre 2018, per il tramite dei suoi difensori, chiese a Tim s.p.a. la ostensione dei dati di traffico telefonico in entrata ed in uscita relativi alla utenza del predetto, imputato in procedimento penale, con riguardo agli ultimi 24 mesi. Ciò, nell'ambito dell'attività investigativa della difesa, ai sensi degli artt. 327-*bis*, 391-*quater* c.p.p. e 132, comma 3, d.lgs. n. 196 del 2003.

Non avendovi Tim s.p.a. provveduto, il Bellomo in data 16 dicembre 2019 presentò reclamo al Garante per la protezione dei dati personali, chiedendo l'accertamento della violazione del suo diritto di accesso ai dati del traffico telefonico e l'ordine di soddisfare la richiesta entro un termine congruo con le proprie esigenze difensive.

Con provvedimento del 14 maggio 2020, n. 85, il Garante, ai sensi degli artt. 57, par. 1, lett. *f*), e 58, par. 2, lett. *c*), del Regolamento UE n. 679 del 2016, ha ingiunto a Tim s.p.a. di adottare le misure necessarie a soddisfare la richiesta dell'interessato nel termine di dieci giorni dalla data di ricezione del provvedimento; ai sensi dell'art. 58, par. 2, lett. *d*), ha ingiunto altresì alla società di adottare misure organizzative e tecniche, tali da garantire un riscontro tempestivo e motivato alle istanze dell'interessato anche con specifico riguardo ai dati di traffico telefonico, come previsto dagli artt. 12 reg. e 132 d.lgs. n. 196 del 2003.

2. – Adito con ricorso in opposizione da TIM s.p.a., mediante il procedimento di cui all'art. 152 d.lgs. n. 196 del 2003, il Tribunale di Milano con la sentenza del 9 aprile 2021 ha respinto il ricorso.

Con riguardo alla domanda, proposta da TIM s.p.a., di annullamento del provvedimento del Garante per inammissibilità del reclamo, il tribunale ha reputato oggetto del medesimo «*non l'espresso rifiuto scritto alla richiesta di ostensione dei dati*



telefonici o la prospettazione, con analoghe modalità documentali, della sussistenza di limitazioni all'ostensione da parte di TIM s.p.a., bensì in radice l'omessa risposta tout court alla richiesta di ostensione da parte dell'interessato».

Ha ritenuto il tribunale che l'inerzia del titolare del trattamento, dopo avere ricevuto l'istanza ex art. 391-*quater* c.p.p. da parte del difensore dell'interessato, viola in sé il diritto all'accesso, ai sensi dell'art. 15 reg. n. 689/2016, donde la facoltà di reclamo all'autorità ai sensi dell'art. 77 del regolamento, mentre soltanto l'esplicito rifiuto del fornitore avrebbe comportato, per l'interessato, l'applicazione della disciplina del codice di procedura penale richiamata dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003.

Ha aggiunto, quanto al merito, che TIM s.p.a. non ha contestato le argomentazioni svolte dal Garante nel provvedimento n. 85 del 2020; in ogni caso, ha comunque valutato le stesse come «*condivisibili, in ragione della pendenza di un procedimento penale a carico dell'interessato e della sussistenza di un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive*».

Con riguardo all'istanza subordinata di TIM s.p.a., volta all'annullamento del provvedimento per violazione dell'art. 166, comma 5, d.lgs. n. 196 del 2003, nonché dell'art. 12 del regolamento interno della società n. 1 del 2019 – quanto alla necessità di previa notifica della contestazione al titolare del trattamento – il tribunale ha ritenuto che il mancato avvio del procedimento per l'adozione dei provvedimenti del Garante sia giustificato dalla natura e dalle finalità del provvedimento adottato, in ragione della reiterata inerzia di TIM s.p.a., pur in costanza di un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 397, senza un provvedimento motivato di diniego o di limitazione all'accesso.



3. - Avverso questa sentenza ha proposto ricorso la soccombente, sulla base di tre motivi.

Resiste con controricorso il Garante intimato.

Le parti hanno depositato le memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.1. - Con il primo motivo, la ricorrente deduce la nullità della sentenza, per motivazione apparente ed irriducibile contraddittorietà della stessa, in violazione dell'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c.

Il tribunale, dopo avere argomentato che il rifiuto, a fronte della richiesta dei difensori dell'imputato, segue le regole dell'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, con la necessaria previa autorizzazione rilasciata dal magistrato, ha poi, contraddittoriamente, ritenuto che il difensore possa impugnare il rifiuto con un reclamo davanti al Garante: ma ciò è intrinsecamente contraddittorio, perché non può mutare le conclusioni il fatto che la mancata ostensione dei dati fosse frutto di una omissione, e non di un rifiuto espresso.

In ogni caso, infatti, la via prescelta, consistente nel richiedere la produzione dei dati nell'ambito di un'investigazione difensiva, è disciplinata dalle diverse regole fissate dagli artt. 367 e 368 c.p.p., i quali rimettono al P.M. e al G.i.p. valutazioni che non possono essere operate dal Garante.

In tal modo, il tribunale finisce per attribuire alle scelte operate *ex post* dal titolare del trattamento un indebito ruolo qualificatorio: se il titolare oppone un rifiuto espresso, la vicenda rimane nell'ambito del codice di procedura penale, laddove, se esso non risponde, il rimedio esperibile diventerebbe il reclamo al Garante.

Non è TIM s.p.a. che, opponendo un rifiuto o omettendo un riscontro, può cambiare la natura di una richiesta dell'interessato.

Tale motivazione è, quindi, del tutto incoerente con le proprie premesse e affetta da incolmabile contraddittorietà.



1.2. - Con il secondo motivo, lamenta la **violazione o falsa** applicazione degli artt. 391-*quater*, comma 3, 367 e 368 c.p.p., 132, comma 3, d.lgs. n. 196 del 2003, per avere il tribunale ritenuto che l'art. 391-*quater*, comma 3, c.p.p. disciplini esclusivamente il caso del rifiuto espresso all'ostensione dei dati e non anche l'ipotesi di mancato riscontro da parte del titolare del trattamento, non potendo la condotta di questi rifluire sul tipo di tutela.

1.3. - Con il terzo motivo, deduce la violazione o falsa applicazione degli artt. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241, 152 e 166, comma 5, d.lgs. n. 196 del 2003 e 12 del regolamento interno n. 1 del 2019, in quanto, ove nell'ambito di un reclamo il Garante rilevi violazioni, esso può esercitare i poteri correttivi e sanzionatori, avviando ex art. 166, comma 4, d.lgs. n. 196 del 2003 il procedimento per l'adozione dei provvedimenti e delle sanzioni.

Ma nella specie mancava qualsiasi motivazione circa le ragioni che legittimassero l'Autorità a non avviare l'apposito procedimento, con riguardo al distinto profilo, concernente l'area di intervento generale dei poteri correttivi, previsti dall'art. 58, par. 2, del reg. n. 679/2016, sulle modalità di riscontro alle richieste presentate da un qualunque interessato ed aventi ad oggetto in qualsiasi forma dati di traffico telefonico.

Tanto che TIM s.p.a. non è stata messa in condizione di portare i propri argomenti a sostegno dell'operatività giornaliera, che vede le istanze ex art. 391-*quater* c.p.p. necessariamente gestite in modo diverso, rispetto alle normali istanze di accesso ex art. 15 d.lgs. n. 196 del 2003.

Il tribunale, invece, ha provveduto esso stesso a motivare le ragioni per il mancato avvio del procedimento per l'adozione dei provvedimenti correttivi (parlando di inerzia del titolare, di mancanza di un provvedimento motivato di diniego, di inottemperanze rilevate anche in occasione dell'adozione di un



precedente provvedimento del Garante): ma, in tal modo, il tribunale ha reso una motivazione "riparatoria" di quella mancante dell'Autorità, viceversa omettendo di verificare se il provvedimento amministrativo offriva motivazioni coerenti con il disposto dell'art. 166, comma 5, d.lgs. n. 196 del 2003 e con il regolamento interno.

2. – Il primo motivo è infondato.

La critica di violazione dell'art. 132 c.p.c. per contraddittorietà della decisione impugnata non coglie l'esatta portata di un simile astratto vizio: che non consiste nella decisione incoerente o contenente un percorso logico non condiviso, ma nell'ineliminabile contraddittorietà tra affermazioni inconciliabili, tale da condurre ad una completa incomprendibilità della decisione.

Che non è affatto il vizio nella specie riscontrabile.

3. – Il secondo motivo è fondato.

Il tribunale ha ritenuto che, nel caso in cui il titolare del trattamento resti inerte a fronte dell'istanza del difensore dell'interessato ex art. 391-*quater* c.p.p., la condotta omissiva non sia equiparabile ad un rifiuto, ai sensi del terzo comma della disposizione, che richiederebbe un provvedimento formale di diniego o limitazione alla ostensione del dato, ma costituisca una mera inerzia, la quale viola di per sé il diritto all'accesso, ai sensi della disciplina generale di cui all'art. 15 reg. n. 689/2016, con il conseguente potere di reclamo all'autorità, di cui all'art. 77 del regolamento. Solo in presenza di un rifiuto, l'interessato avrebbe dovuto conformarsi alla disciplina del codice di procedura penale, richiamata dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, mentre l'inerzia segue una diversa disciplina.

L'interpretazione del sistema normativo resa dalla sentenza impugnata non può essere condivisa.

3.1. – Da un lato, l'art. 15 reg. n. 679/2016 – che l'art. 1 d.lgs. n. 196 del 2003 espressamente richiama come fonte per il



trattamento dei dati personali – prevede il diritto di **accesso ai dati** personali, di cui il titolare del trattamento deve fornire copia

L'art. 12, comma 4, reg. n. 679/2016 stabilisce altresì che, se il titolare del trattamento non ottempera alla richiesta dell'interessato, è tenuto ad informarlo *«dei motivi dell'inottemperanza e della possibilità di proporre reclamo a un'autorità di controllo e di proporre ricorso giurisdizionale»*.

In tale situazione, l'art. 141 d.lgs. n. 196 del 2003 predispone, in generale, il reclamo al Garante, stabilendo che *«[L]’interessato può rivolgersi al Garante mediante reclamo ai sensi dell’art. 77 del Regolamento»* ed anche la disposizione unionale di cui all'art. 77 prevede il generale diritto di proporre reclamo all'autorità di controllo.

3.2. – Dall'altro lato, l'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 detta una speciale disciplina con riguardo alla conservazione ed ostensione dei dati di traffico da parte del titolare *«per altre finalità»*, come recita la rubrica, e precisamente per le specifiche *«finalità di accertamento e repressione dei reati»*.

In tal caso, disponeva la norma, ai commi 1 e 3, che i *«dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione»* ed entro tale termine obbligatorio essi *«sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private»*.

Oggi, è richiesta invece, salvi i casi di urgenza, la previa autorizzazione con decreto motivato del giudice, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore, e ciò a séguito delle modifiche apportate al terzo comma dell'art. 132 dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2021, n. 178, a loro volta indotte dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea 2



marzo 2021, C-746/18, *H.K.*, ove si è esclusa la compatibilità eurounitaria di una norma, in quel caso della disciplina estone, che attribuiva il potere di acquisire le informazioni al pubblico ministero titolare dell'accusa, invece che al giudice o ad un'autorità amministrativa indipendente.

Sin qui, la norma articolava, dunque, un modello, nel quale la parte privata interessata, per il tramite del suo difensore, poteva richiedere al p.m. procedente in sede penale una decisione che abilitasse il fornitore al rilascio dei dati.

All'epoca dei fatti, il terzo comma dell'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 prevedeva, inoltre, la possibilità per il difensore di rivolgere la richiesta direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito e ciò proprio per le ipotesi di cui all'art. 391-*quater* c.p.p.: ove condizione della richiesta di accesso diretto alle comunicazioni in entrata era il rischio di un «*pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive*», mentre «*diversamente, i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-undecies, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo*», mancando cioè il presupposto di quel pregiudizio.

Secondo l'art. 2-*undecies*, comma 3 (articolo inserito dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), a sua volta, quando l'esercizio del diritto sia stato «*ritardato, limitato o escluso*», allora «*i diritti dell'interessato possono essere esercitati anche tramite il Garante con le modalità di cui all'art. 160. In tale ipotesi, il Garante informa l'interessato di aver eseguito tutte le verifiche necessarie o di aver svolto un riesame, nonché del diritto dell'interessato di proporre ricorso giurisdizionale. Il titolare del trattamento informa l'interessato delle facoltà di cui al presente comma*».

L'art. 160 d.lgs. n. 196 del 2003 delinea, dal suo canto, uno speciale procedimento interno di accertamento da parte di un componente designato dal Garante, con la facoltà di questi, ove



all'esito delle indagini il trattamento non sia risultato conforme alle norme di legge o di regolamento, di indicare al titolare le necessarie modificazioni ed integrazioni.

Non si tratta, quindi, del reclamo ex art. 141 d.lgs. n. 196 del 2003, ma di un apposito procedimento.

Per quanto riguarda, poi, il procedimento indicato dall'art. 391-*quater* c.p.c., il comma 3 di tale disposizione prevede che, in caso di rifiuto del titolare del dato, «*si applicano le disposizioni degli articoli 367 e 368 c.p.p.*»: vale a dire, la facoltà di rivolgere richieste al p.m. ex art. 367 c.p.p. e di sollecitare la decisione del giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'art. 368 c.p.p., al fine dell'adozione dei provvedimenti di acquisizione autoritativa dei dati di traffico.

Si noti, per completezza, come nel testo oggi vigente, dal un lato, sia stata eliminata la possibilità della richiesta del difensore direttamente al titolare del dato per le finalità difensive in sede penale, e, dall'altro lato, sia stato ribadito – al comma 3-*ter*, inserito dal d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito, dalla legge 23 novembre 2021, n. 178 – che, quanto ai dati conservati ai sensi delle finalità predette, i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'art. 2-*undecies*, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo, dunque mediante la speciale procedura delle indagini del Garante, ex art. 2-*undecies* e 160 d.lgs. n. 196 del 2003.

La questione relativa al nuovo testo introdotto nel 2021 ed ai rapporti con la precedente disposizione è stata inoltre già affrontata dalla giurisprudenza penale di questa Corte, con riguardo alle innovazioni seguite alla citata decisione della Corte UE ed al diritto transitorio (Cass. pen. 24 giugno 2022, n. 24412; Cass. pen. 7 giugno 2022, n. 22107; Cass. pen. 6 maggio 2022, n. 18241; Cass. pen. 1° aprile 2022 n. 11991; Cass. pen. 13 gennaio 2022, n. 1054, ove date di deposito).



3.3. – Orbene, l'esigenza di tener conto di molteplici interessi e situazioni ha reso la prosa legislativa, anche nel corso delle successive modificazioni al testo, pletorica e sovrabbondante nei rinvii, che rendono faticosa l'esegesi.

Dal sistema delineato, peraltro, risulta che l'interessato, il quale fosse anche indagato o imputato in un procedimento penale, aveva – all'epoca dei fatti – la possibilità, per le esigenze scaturenti dalle indagini difensive:

a) di richiedere, da parte del suo difensore, l'adozione del decreto di acquisizione dei dati da parte del pubblico ministero del procedimento penale;

b) di richiedere, sempre per il tramite del suo difensore, l'ostensione dei dati direttamente al titolare del trattamento, in presenza di un comprovato pregiudizio alle indagini difensive, di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 397;

c) di adire il Garante con la procedura di cui all'art. 2-undecies, comma 3, terzo, quarto e quinto periodo, per far valere il suo diritto all'accesso, che è altro dal reclamo ex art. 141 del medesimo decreto.

3.4. – Solo al di fuori e indipendentemente dalle esigenze scaturenti dalle indagini difensive, invece, vale l'esercizio, anche in proprio, dell'interessato del suo ordinario diritto all'accesso, ai sensi degli artt. 15 reg. n. 679/2016, con il successivo diritto al reclamo al Garante, ai sensi dell'art. 141 d.lgs. n. 196 del 2003 e 77 del regolamento, affinché disponga autoritativamente l'accesso ai dati, in presenza di una condotta illegittima di omissione o di rifiuto, ad opera del titolare del trattamento; e qui, valgono i termini di cui all'art. 12 del regolamento.

Invero, i dati di traffico telefonico di un'utenza privata sono accessibili solo dall'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, nell'ambito delle indagini in corso per la repressione dei reati, quale ipotesi di eccezione alla regola



ordinaria, volta ad impedire che sia consentito l'accesso ordinario a tali dati anche al titolare dell'utenza (in tal senso, si condividono le conclusioni di T.a.r. Lazio, sez. II, 3 gennaio 2013, n. 18), mentre non convince l'opposta tesi, secondo cui i due strumenti possono concorrere, in diversa sede e con diverse modalità, alla tutela del medesimo interesse, solo che ne ricorrano i rispettivi presupposti (v. T.a.r. Campania, sez. VI, 2 gennaio 2013, n. 15).

In particolare, il diritto all'accesso ordinario e quello all'ostensione dei dati di traffico in vista di indagini difensive ex artt. 391-*bis* ss. c.p.c. sono rette da rispettive procedure e competenze. Ognuna di tali procedure ha le sue specifiche forme di "impugnazione".

3.5. – La specifica questione posta attiene alla ipotesi in cui l'istanza rivolta al titolare del trattamento sia stata formulata espressamente per le finalità di cui agli artt. 132 d.lgs. n. 196 del 2003 e 391-*quater* c.p.p.: si tratta di valutare, cioè, se anche in tal caso l'interessato possa proporre reclamo al Garante, nelle forme ordinarie.

Ove sia stato esercitato il diritto previsto ad acquisire i dati di traffico in presenza di un procedimento penale, nell'ambito di attività difensive ed investigative al riguardo, l'*iter* successivo sarà quello previsto dalla legge: dove non dipenderà da una condotta del titolare dei dati – omissione o rifiuto – il sistema di contestazione della condotta medesima innanzi all'una o all'altra autorità, ma sarà esperibile per intero l'*iter* giuspenalistico.

La peculiarità dei fini della ostensione del dato, nell'ambito di un procedimento penale, instaura invero la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, in quella sede penale: se il fornitore non risponde alla richiesta o rifiuta l'ostensione, il meccanismo di tutela è quello delineato dallo stesso art. 391-*quater*, comma 3, c.p.p.



In tal caso, ove manchi il presupposto del pregiudizio concreto ed effettivo, che legittimi la diretta ostensione dei dati, o comunque il fornitore non dia riscontro, l'art. 160, richiamato dall'art. 2-undecies, rimette al Garante, su istanza dell'interessato, la possibilità di dare corso a "particolari accertamenti".

Non spetta, pertanto, in tal caso al Garante in via amministrativa il potere decisorio al riguardo, nella risoluzione delle questioni insorte circa l'ostensione dei dati, avendo la pregnanza e delicatezza della situazione consigliato al legislatore, nel bilanciamento degli interessi e nel potere-dovere di predisposizione dei procedimenti giuridici più adeguati, di attribuirne la competenza al magistrato nel procedimento penale.

Ove, pertanto, sia esperita l'istanza diretta del difensore ex art. 391-*quater* c.p.p., come richiamato dal vecchio testo dell'art. 132, comma 3, d.lgs. n. 196 del 2003, applicabile *ratione temporis*, l'iter successivo sarà quello previsto per legge.

L'interessato, infatti, attiva in tal caso un procedimento, il quale trova compiuta disciplina e regolamentazione nel codice di procedura penale: l'art. 391-*quater* c.p.p., pur dedicato alla richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione, richiamato dal citato art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003.

Come già rilevato dal giudice amministrativo (cfr. T.a.r. Lombardia, sez. I, 17 ottobre 2006, n. 2022, divenuta definitiva), il legislatore ha inteso tenere distinte le procedure di acquisizione dei dati effettuate, da un lato, nell'ambito di investigazioni difensive volte ad individuare elementi di prova per un processo penale, eventuale o già in corso; dall'altro lato, nell'ambito dell'esercizio del diritto di accesso ai sensi dell'art. 15 reg. n. 679/2016, che è generalmente riconosciuto a chi sia titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata ai dati richiesti, la quale ultima



in sé è finalizzata non ad individuare elementi di prova per un processo, ma ad attuare la trasparenza.

Si tratta di due sistemi giuridici diversi, con finalità diverse e che trovano ciascuno, nell'ambito della propria disciplina, compiuta e precisa regolamentazione, tra le quali il legislatore non ha previsto collegamenti od interferenze.

Non si tratta di una questione formale o nominalistica, perché tale diversa regolamentazione ridonda in una diversa competenza giurisdizionale per l'una e l'altra fattispecie.

Sugli atti del processo penale è, infatti, competente il giudice penale, mentre il giudice civile, alla stregua dell'art. 152 d.lgs. n. 196 del 2003, può prendere cognizione dei provvedimenti emessi dalla pubblica amministrazione a conclusione di uno specifico procedimento che, in questo caso, non è mai iniziato.

La risposta, al pari dell'omessa risposta, del titolare del dato alla richiesta formulata, nell'ambito di un processo penale, da parte del difensore incaricato di investigazioni difensive, va sottoposta alle valutazioni del giudice penale, come prevede l'art. 391- *quater*, comma 3, c.p.p.

3.6. – L'analogo trattamento *ex art. 391-quater c.p.c. e 132 d.lgs. n. 196 del 2003*, cioè sia per il caso di inerzia, sia quello del rifiuto espresso del fornitore, discende dai principi generali in materia di accesso, ampiamente indagati dalla giurisprudenza amministrativa con riguardo all'accesso documentale.

In tal senso, l'art. 116 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo*, prevede che contro «*le determinazioni e contro il silenzio sulle istanze di accesso ai documenti amministrativi... il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla conoscenza della determinazione impugnata o dalla formazione del silenzio*», a conferma dell'omologo trattamento, da parte dell'ordinamento, delle due evenienze.



Che si tratti di una pretesa ostensiva, finalizzata anche eventualmente alla difesa in giudizio, ed autonomamente tutelata «con una specifica azione avverso il diniego o il silenzio della pubblica amministrazione», afferma costantemente il giudice amministrativo: avendo il legislatore «*voluta* fornire di "azione" la "pretesa" di conoscenza, rendendo effettivo e, a sua volta, giuridicamente tutelabile e giustiziabile l'eventuale illegittimo diniego o silenzio», ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm. (cfr., fra gli altri, Cons. Stato, Ad. plenaria, sent. 25 settembre 2020, n. 21).

3.7. – Nella specie, pertanto, il Garante non aveva il potere di decidere la vertenza concernente l'inerzia di accesso ai documenti sul traffico telefonico, a fronte della richiesta presentata nel corso delle indagini difensive prevista dall'art. 391-*bis* c.p.p., in quanto erano esperibili solo i rimedi richiamati dall'art. 391-*quater* c.p.p.

4. – Il terzo motivo è assorbito.

5. – La sentenza impugnata va dunque cassata senza rinvio, ai sensi dell'art. 382 c.p.c., perché il tribunale non aveva possibilità di essere adito a fronte di un provvedimento del garante a sua volta incompetente.

Ove, invero, il tribunale ordinario adito, senza rilevare l'inammissibilità della domanda, abbia pronunciato nel merito, deve essere rilevata anche d'ufficio dalla corte di cassazione l'inammissibilità, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza impugnata.

6. – Le spese di lite sono interamente compensate per tutto il procedimento, attesa la novità della questione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso, respinge il primo e dichiara assorbito il terzo; cassa senza rinvio la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti le spese dell'intero giudizio.



Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 1° luglio
2022.

Il Presidente

(Francesco Antonio Genovese)

