

Pubblicato il 28/05/2021

N. 04103/2021REG.PROV.COLL.
N. 09241/2020 REG.RIC.
N. 09260/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9241 del 2020, proposto dalla società **Telecom** Italia S.p.a. (ovvero **Telecom** Italia Mobile-TIM), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domiciliata presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

contro

la società Iliad S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gustavo Olivieri, Filippo Pacciani e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domiciliata presso lo studio dei suindicati difensori (Legance – Avvocati Associati) in Roma, via di San Nicola da Tolentino, n. 67;

nei confronti

dell’Autorità garante per la protezione dei dati personali, in persona del

rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, lungotevere Marzio, n. 3;

sul ricorso numero di registro generale 9260 del 2020, proposto dall'Autorità garante per la protezione dei dati personali, in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, lungotevere Marzio, n. 3;

contro

la società Iliad S.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gustavo Olivieri, Filippo Pacciani e Valerio Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domiciliata presso lo studio dei suindicati difensori (Legance – Avvocati Associati) in Roma, via di San Nicola da Tolentino, n. 67;

nei confronti

della società **Telecom** Italia S.p.a. (ovvero **Telecom** Italia Mobile-TIM), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domiciliata presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I-*quater*, 29 ottobre 2020 n. 11060, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio della società Iliad S.p.a. (nonché

della società **Telecom** S.p.a. e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali) e i documenti prodotti;

Visti i decreti cautelari monocratici 28 novembre 2020 n. 6924 e 30 novembre 2020 n. 6939;

Viste le ordinanze collegiali della Sezione 18 dicembre 2020 nn. 7286 e 7288;

Esaminate le memorie difensive, anche di replica e gli ulteriori atti depositati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021 (svolta nel rispetto del Protocollo d'intesa sottoscritto in data 15 settembre 2020 tra il Presidente del Consiglio di Stato e le rappresentanze delle Avvocature avvalendosi di collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 e dell'art. 25, comma 2, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa) il Cons. Stefano Toschei e uditi, per le parti, gli avvocati Antonio Liroso, Marco Martinelli e Gustavo Olivieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue..

FATTO e DIRITTO

1. - La presente controversia, nella sede d'appello, muove dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I-*quater*, 29 ottobre 2020 n. 11060 con la quale è stato accolto il ricorso (n. R.g. 58240/2020) proposto dalla società Iliad Italia S.p.a. (d'ora in poi, per brevità, Iliad) per ottenere l'annullamento del provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (d'ora in poi, per brevità Autorità, Garante o GPDP) 24 giugno 2020 prot. 23369, con il quale quest'ultima aveva respinto l'istanza presentata da Iliad, in data 7

aprile 2020, al fine di ottenere l'accesso agli atti del procedimento svolto dall'Autorità nei confronti di **Telecom** Italia S.p.a. (d'ora in poi, per brevità, TIM) concluso con l'adozione del provvedimento correttivo e sanzionatorio (nei confronti di TIM) del 15 gennaio 2020 (doc. n. 9256486), proponendo inoltre domanda di accertamento del diritto ad ottenere i documenti richiesti con conseguente condanna dell'Autorità a renderli ostensibili.

Nei confronti della suindicata sentenza di primo grado propongono appello, con due distinti mezzi di gravame, TIM e il GPDP chiedendone la riforma secondo le prospettazioni che qui di seguito saranno illustrate.

2. - In via preliminare e prima ancora di descrivere la vicenda fattuale, identica per i due ricorsi in appello, in quanto entrambi i gravami attengono alla medesima controversia e hanno quale bersaglio la stessa sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (n. 11060/2020), deve disporsi fin d'ora (anche per motivi di logica espositiva) la riunione degli stessi.

Va a tal proposito rammentato, in via generale e per completezza espositiva, che nel processo amministrativo, con riferimento al grado di appello, sussiste l'obbligo per il giudice di disporre la riunione degli appelli allorché questi siano proposti avverso la stessa sentenza (art. 96, comma 1, c.p.c.), mentre in tutte le altre ipotesi la riunione dei ricorsi connessi attiene ad una scelta facoltativa e discrezionale del giudice, come si desume dalla formulazione testuale dell'art. 70 c.p.a., con la conseguenza che i provvedimenti adottati al riguardo hanno carattere meramente ordinatorio, sono privi di valenza decisoria e restano conseguentemente insindacabili in sede di gravame con l'unica eccezione del caso in cui la medesima domanda sia proposta con due distinti ricorsi dinanzi al medesimo giudice (cfr., tra le ultime, Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2018 n. 3109).

Al di là dell'obbligo di riunione dei due ricorsi in appello qui in esame, in quanto proposti nei confronti della medesima sentenza di primo grado, emerge poi, in tutta evidenza, la integrale connessione soggettiva ed oggettiva tra gli stessi, recando quali parti processuali le stesse già costituite nel giudizio di primo grado ed avendo ad oggetto la delibazione di motivi di appello dal contenuto pressoché sovrapponibile.

Deriva da quanto sopra che va disposta la riunione del ricorso in grado di appello n. R.g. 9260/2020 al ricorso in grado di appello n. R.g. 9241/2020, in quanto quest'ultimo ricorso (in appello) è stato proposto in epoca antecedente rispetto al precedente, perché siano decisi in un unico contesto processuale e ciò sia per evidenti ragioni di economicità e speditezza dei giudizi sia al fine di prevenire la possibilità (eventuale) di un contrasto tra giudicati (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2013 n. 22 e 23 luglio 2012 n. 4201)

3. - Dalla documentazione versata dalle parti qui in controversia nei due gradi di giudizio con riferimento ai due contenziosi qui in decisione nonché dalla lettura della sentenza qui fatta oggetto di gravame si può ricostruire la vicenda contenziosa che ha condotto a questo giudizio in sede di appello come segue:

- il 14 gennaio 2020, con provvedimento n. 7, l'Autorità irrogava a TIM una sanzione amministrativa pecuniaria pari a € 27.802.946,00 e le ingiungeva di porre in essere talune attività e comportamenti correttivi del proprio operato, sul presupposto che la predetta società, aveva posto in essere una serie di condotte lesive della *privacy* di utenti di servizi di telecomunicazione, anche diversi dai propri clienti (i c.d. "*prospect*"), per le modalità di trattamento dei loro dati, in particolare, promuovendo campagne di *telemarketing* per offerte promozionali dei propri servizi in assenza del consenso degli interessati o comunque in violazione della normativa sulla protezione dei dati personali. All'esito della procedura

aperta nei confronti di TIM, l’Autorità affermava la fondatezza delle accuse mosse alla predetta società e irrogava nei suoi confronti la sanzione amministrativa pecuniaria più sopra indicata;

- sul presupposto che i comportamenti illeciti ascritti a TIM fossero relativi anche ad illeciti contatti commerciali per l’effettuazione di campagne promozionali, in violazione delle norme poste dall’ordinamento a tutela dei dati personali, rivolte anche nei confronti di clienti non TIM, la società Iliad, con istanza del 7 aprile 2020, nella qualità di operatore sul mercato italiano sul segmento della telefonia mobile, chiedeva all’Autorità di acquisire gli atti del procedimento che aveva condotto all’adozione del provvedimento sanzionatorio a carico di TIM;

- la suddetta richiesta, in particolare, aveva ad oggetto l’accesso documentale agli elenchi delle numerazioni mobili acquisiti dal Garante nel corso del procedimento ed utilizzati da TIM (*“per gli illeciti contatti commerciali e per l’effettuazione delle campagne promozionali rivolte a clienti non TIM in violazione delle norme a tutela dei dati personali”*), motivando tale richiesta sulla necessità di *“esercitare il proprio diritto di difesa nel giudizio per concorrenza sleale attualmente pendente innanzi al Tribunale di Milano (...), utilizzando i documenti richiesti allo scopo d’individuare le numerazioni mobili dei clienti ILIAD illecitamente contattati da TIM nel periodo oggetto del Provvedimento”* (così, testualmente, nell’istanza presentata da Iliad al Garante);

- l’Autorità, con nota del 24 giugno 2020 prot. n. 23369, negava il richiesto accesso documentale per i seguenti motivi: 1) *“le telefonate ritenute illecite nell’ambito di tali campagne, eccettuati rari casi specifici (v. provv. 15 gennaio, cit., par. 3.2.), riguardano utenze “referenziate” (v. provv. cit., par. 3.1.), e quindi utenze suggerite da conoscenti delle persone contattate e non tratte dalle liste di mobile*

number portability, riguardo alle quali la Società istante lamenta la illiceità della presunta attività di contatto”; 2) non sussiste “alcun rapporto contrattuale fra Tim e Iliad avente ad oggetto la gestione di utenze telefoniche relative a clienti di quest’ultima”; 3) le numerazioni richieste da Iliad, “come acquisite dall’Autorità nell’ambito dell’istruttoria in questione non contenendo la specifica del relativo operatore telefonico, non risultano distinguibili; pertanto, l’ipotizzata, necessariamente massiva e indistinta, ostensione delle stesse comporterebbe, inevitabilmente, un’indebita comunicazione dei dati relativi a clienti di società telefoniche terze”; 4) l’oggetto dell’istanza è “eccessivamente ampio e massivo, trattandosi di milioni di chiamate verso utenze di soggetti prospect riferite ad un ampio periodo di attività promozionale (luglio 2018 – febbraio 2019), e che pertanto - anche qualora questo Ufficio avesse avuto in atti la specifica relativa l’operatore telefonico contrattualizzato per le singole utenze contattate da Tim - la richiesta sarebbe stata comunque da respingere” (così, testualmente, nel provvedimento di diniego di accesso adottato dall’Autorità).

4. – La società Iliad proponeva ricorso innanzi al TAR per il Lazio chiedendo l’annullamento del diniego e l’accertamento del proprio diritto ad accedere alla documentazione richiesta oltre alla condanna dell’Autorità a rendere possibile la richiesta ostensione documentale.

Il TAR per il Lazio, con la sentenza qui oggetto di appello, accoglieva il ricorso proposto e disponeva che l’Autorità consentisse ad Iliad l’accesso documentale richiesto.

Il primo giudice, nel ritenere fondate le censure dedotte da Iliad, chiariva che:

- la società ricorrente aveva adeguatamente rappresentato e motivato, nell’istanza di accesso presentata al Garante e poi da questo denegata, in

cosa consistesse l'interesse diretto, concreto e attuale che sosteneva la richiesta ostensiva volta a conoscere le numerazioni mobili non afferenti a clienti TIM, depurate peraltro – ove possibile – da ogni riferimento personale. In particolare l'interesse espresso da Iliad e fonte della richiesta ostensiva “*consiste nella tutela della correttezza della dinamica concorrenziale e la legittimazione all'accesso non deriva dalla inammissibile sostituzione della società ricorrente ai propri clienti, nei confronti dei quali sarebbe stata violata la regolamentazione sul trattamento dei dati personali, bensì dalla violazione delle regole del mercato e della concorrenza che avrebbe determinato l'illecito inserimento dei clienti Iliad nelle campagne promozionali svolte da TIM (...)*” (così, testualmente, a pag. 7 della sentenza qui oggetto di appello);

- d'altronde “*il richiesto accesso non incide sulla posizione dei singoli utenti, dei quali Iliad non risulta interessata a conoscere l'identità o altri elementi rispetto a cui gli stessi potrebbero maturare un interesse tale da essere qualificati come controinteressati; del resto, il provvedimento del Garante in data 15 gennaio 2020, non contiene alcuna indicazione relativa a singoli utenti e, conseguentemente, gli stessi non risultano né indicati quali controinteressati, né conoscibili da parte della odierna ricorrente*” (così, testualmente, a pag. 8 della sentenza qui oggetto di appello);
- in particolare va riconosciuto il diritto all'accesso “*(...) a quei documenti, pure emersi nel procedimento sanzionatorio, che sono risultati potenzialmente lesivi degli interessi della società istante, senza la necessità di dimostrare l'effettività della lesione, non potendosi escludere l'accesso a documenti anche solo potenzialmente lesivi, essendo strumentale l'accesso anche alla conoscenza della effettiva lesività*” (così ancora, testualmente, a pag. 8 della sentenza qui oggetto di appello);

- quanto alla eventuale (e potenziale) messa in pericolo della riservatezza degli utenti, questa è scongiurata dal circoscritto ambito della richiesta per come prospettata da Iliad *“non essendo stata richiesta la ostensione di segreti industriali della impresa, bensì di documenti riferiti al trattamento dei dati personali dei clienti della società ricorrente in sede processuale, senza toccare la sfera di riservatezza”* (così, testualmente, a pag. 9 della sentenza qui oggetto di appello);

- il sospetto, avanzato dal Garante per escludere il diritto all'accesso documentale per come richiesto da Iliad, che i documenti richiesti attengano esclusivamente alla promozione di offerte di telefonia fissa e *internet* e non anche alla promozione delle offerte di telefonia mobile e che avrebbero comportato l'utilizzo di utenze *“referenziate”* (ossia suggerite da conoscenti delle persone contattate), costituiscono profili che *“non trovano riscontro nella documentazione depositata in atti”*, come non ha pregio l'affermazione secondo la quale l'esecuzione della richiesta di accesso documentale implicherebbe una *“manipolazione”* del dato ad opera del Garante, in quanto l'attività necessaria al fine di assicurare l'ostensione documentale è limitata alla *“mera estrapolazione delle numerazioni mobili depurate, ove possibile, da ogni riferimento personale”*.

Accolto il ricorso e annullato il diniego di accesso documentale, il primo giudice ordinava all'Autorità di consentire, entro trenta giorni dalla comunicazione o dalla conoscenza della sentenza, l'accesso *“limitatamente alle numerazioni mobili non afferenti a clienti TIM S.p.a. (e, ove esistenti, solo a quelle dei clienti di ILIAD contattati da TIM), depurate – ove possibile – da ogni riferimento personale”* (così a pag. 10 della sentenza qui oggetto di appello).

5. – Con ricorso rubricato al n. R.g. 9241/2020 TIM proponeva appello nei confronti della sentenza del TAR per il Lazio n. 11060/2020

ritenendola errata sotto plurimi profili e, in particolare, perché affetta:

1) da “*Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 24 e 25 della l. n. 241/90; dell’art. 2 del Regolamento n. 1/06 del Garante; degli artt. 14, 15, 117, c. 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 8 CEDU; degli artt. 55, 57 e 58 del Regolamento UE n. 679/16. Contraddittorietà e difetto di motivazione”. Anzitutto erra il primo giudice nel ritenere “scomponibili” gli atti del procedimento sanzionatorio, a suo tempo rivolto a contestare (e poi a sanzionare) il comportamento di TIM con riferimento al trattamento dei dati personali degli utenti di telefonia (fissa, mobile e utilizzatrice di *internet*), con ciò affermando che il richiesto accesso documentale da parte di Iliad non avrebbe ad oggetto la sanzione pecuniaria inflitta a TIM e quindi il profilo afflittivo dell’intervento dell’Autorità, bensì un non meglio precisato “*profilo dell’accertamento della eventuale lesione dei diritti della società interessata all’accesso, pure insito nel medesimo procedimento sanzionatorio, essendo emerse possibili scorrettezze nella modalità di trattamento dei dati personali dei clienti della società interessata all’accesso*” (passo, questo, tratto dalla sentenza di primo grado), dal momento che “(g)li atti che compongono il procedimento sanzionatorio e i documenti ivi acquisiti costituiscono, invero, un *unicum inscindibile* in quanto fanno tutti parte dell’attività istruttoria posta in essere dal Garante nell’esercizio del potere autoritativo inteso a *comminare una sanzione*”, con la conseguenza che “*anche i documenti pretesamente “potenzialmente lesivi” degli interessi di Iliad, oggetto dell’accesso, afferiscono al “profilo afflittivo” del procedimento sanzionatorio*” e che quindi va esclusa la ostensibilità in favore di terzi dei documenti relativi alla procedura sanzionatoria perché “*il procedimento sanzionatorio coinvolge esclusivamente la parte interessata e ad esso sono giuridicamente estranei i terzi*”, realizzandosi

in caso di accesso documentale a tali atti un *“non consentito controllo ispettivo e/o generalizzato sull'attività dell'Amministrazione nell'ambito di un procedimento in cui [chi chiede l'accesso agli atti] non è soggetto destinatario della ipotetica sanzione da comminare”* (le parti virgolettate sono tratte dalle pagg. 4, 5 e 6 del ricorso introduttivo del giudizio di appello proposto da TIM). Il TAR per il Lazio, inoltre, non ha tenuto conto della significativa circostanza che, per effetto della previsione recata ai sensi dell'art. 58, paragrafo 1, del Regolamento dell'Unione europea 27 aprile 2016, n. 679 (c.d. GDPR), al Garante sono attribuiti poteri istruttori molto invasivi e limitativi delle libertà personali dell'inquisito, potendo accedere a documenti, dati e informazioni – che pertengono al medesimo destinatario dell'attività ispettiva e di vigilanza - altrimenti impossibili da ottenere ma, al tempo stesso, strettamente finalizzati allo svolgimento di quel procedimento e all'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria (ovvero delle altre sanzioni previste dall'ordinamento). Peraltro la vicenda contenziosa qui in esame differisce da quella che ha dato luogo alla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 25 settembre 2020 n. 19, perché in quel caso essa atteneva alla richiesta di accesso documentale ad atti, *“di tipo tributario”*, pervenuti dall'Agenzia delle entrate in seguito all'esercizio dei doveri costituzionali del cittadino di *“concorrere alle spese pubbliche”*, per effetto del principio di solidarietà di cui agli artt. 53 e 2 Cost., comune a tutti i consociati e non riguardava documenti, come invece in questo caso, acquisiti dal Garante in seguito alla limitazione, sofferta da TIM, dei propri diritti di libertà nell'ambito del procedimento sanzionatorio che l'ha vista protagonista. Di conseguenza *“risulta palesemente illegittimo consentire l'accesso nei procedimenti sanzionatori anche a chi non è il soggetto sanzionato (...) trasformandolo in un'occasione in favore di operatori concorrenti per*

andare alla ricerca di informazioni e/o dati del soggetto sanzionato confluire nel medesimo procedimento soltanto mediante gli invasivi poteri ispettivi esercitati (in funzione però di tutt'altro fine) che potrebbero essere "potenzialmente" (per dirla con la Sentenza) utili in una lite tra privati" (così, testualmente, alle pagg. 9 e 10 del ricorso in appello proposto da TIM);

2) *"Error in iudicando e in procedendo per violazione e falsa applicazione degli artt. 22, 24 e 25 della l. n. 241/90; dell'art. 2 del Regolamento n. 1/06 del Garante; dell'art. 112 c.p.a. Omessa pronuncia. Contraddittorietà della motivazione"*. Erra, inoltre, il primo giudice affermando che la richiesta ostensiva di Iliad sarebbe sostenuta da un interesse diretto, concreto e attuale a conoscere i documenti della procedura sanzionatoria che ha visto protagonista TIM., posto che non solo l'art. 22 l. 241/1990 ma anche l'art. 2, comma 2, del Regolamento n. 1/2006 del Garante, prevedono che il diritto di accesso documentale può essere esercitato da chiunque abbia un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale chiede di accedere. La prova della sussistenza di tale requisito preliminare, imprescindibile, ai fini della ammissibilità della richiesta accessiva non è stato offerto da Iliad, nella specie, in quanto la società richiedente l'accesso non ha adeguatamente dimostrato quale sia il nesso di consequenzialità tra i dati richiesti al Garante e le pretese da essa avanzate contro TIM nel giudizio già pendente innanzi il Tribunale di Milano e limitandosi il primo giudice a ritenere comprovato tale requisito sul presupposto che l'ostensione sarebbe necessaria per provare in quel giudizio civile, da parte di Iliad, la *"violazione delle regole del mercato e della concorrenza che avrebbe determinato l'illecito inserimento dei clienti Iliad nelle campagne promozionali svolte da TIM"* (così, ancora, nella sentenza qui oggetto di

appello). Peraltro, sotto tale profilo, il Garante, nel provvedimento di diniego di accesso documentale impugnato in primo grado, ha opportunamente sottolineato come *“Le numerazioni contenute negli elenchi utilizzati da Tim per le proprie campagne promozionali, come acquisite dall’Autorità nell’ambito dell’istruttoria in questione, non contenendo la specifica del relativo operatore telefonico, non risultano distinguibili”*, con la conseguenza che tali dati non potrebbero comunque essere utili a sostenere le tesi prospettate da Iliad nel giudizio civile sopra richiamato;

3) *“Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e 25 della l. n. 241/90; dell’art. 2 del Regolamento n. 1/06 del Garante. Violazione dell’art. 97 Cost. Errore di fatto. Omessa motivazione. Contraddittorietà della motivazione”. Un ulteriore errore commesso dal primo giudice consiste nell’aver ignorato che l’esecuzione della richiesta di accesso documentale comporterebbe, a carico dell’Autorità, una inammissibile attività di elaborazione documentale e non, come invece si afferma nella sentenza qui oggetto di appello, una *“mera estrapolazione delle numerazioni mobili depurate, ove possibile, da ogni riferimento personale”*, atteso che il Garante non ha strumenti per conoscere l’operatore di riferimento delle numerazioni contattate da TIM, visto che Iliad ha chiesto di acquisire la documentazione le numerazioni oggetto delle *“campagne promozionali rivolte a soggetti c.d. «prospect»”*, che costituiscono un elenco composto da tutte le numerazioni contattate da TIM, in cui l’operatore di riferimento di ciascuna numerazione non è indicato, con la conseguenza che si rende impossibile per il Garante individuare, in tale elenco, le numerazioni dei clienti di Iliad. Peraltro l’art. 2 del Regolamento del Garante n. 1/2006 specifica che *“il diritto di accesso ha per oggetto i documenti amministrativi concernenti l’attività di pubblico interesse dell’Autorità,*

da questa formati o detenuti stabilmente”, con la conseguenza che non è consentito all’Autorità di formare un documento amministrativo su richiesta del privato (come pretenderebbe di fare Iliad), elaborando *ad hoc*, nel caso di specie, un nuovo elenco di numerazioni distinguendo quelle di Iliad da quelle di altri operatori; e ciò a tacer del fatto che il TAR per il Lazio non ha sufficientemente considerato la gravosità, per gli uffici dell’Autorità, di una siffatta operazione di separazione di dati dai documenti richiesti.

Da qui la richiesta di riforma della sentenza di primo grado con conferma della correttezza del provvedimento di diniego di accesso adottato dal Garante ed impugnato da Iliad in quella sede.

6. - Con ricorso rubricato al n. R.g. 9260/2020 anche il Garante ha proposto appello nei confronti della sentenza del TAR per il Lazio n. 11060/2020 chiedendone la riforma in quanto errata.

A tal fine l’Autorità, dapprima con il patrocinio dell’Avvocatura generale dello Stato e quindi con tutela affidata ad un patrocinatore del libero foro che ha fatto propri i motivi di appello dedotti nell’atto introduttivo del giudizio di secondo grado dalla difesa erariale, (ovviamente) confermandoli quindi nel contenuto e quindi arricchendone la illustrazione nei successivi scritti difensivi, ha sostenuto che il TAR per il Lazio non ha, erroneamente, tenuto conto della fondatezza dell’eccezione relativa alla mancanza di interesse diretto, concreto ed attuale all’accesso in capo alla società Iliad, attesa la carenza di un effettivo collegamento funzionale tra l’azione giudiziaria proposta dalla predetta società presso il Tribunale civile di Milano nei confronti di TIM, fondata sull’asserita violazione delle regole del Codice del consumo e del Codice delle comunicazioni elettroniche ed i documenti del procedimento (ispettivo e di vigilanza, prima, e quindi) sanzionatorio condotto dal Garante nei confronti dell’attività posta in

essere da TIM al quale Iliad chiede di accedere, oltre alla inesistenza di vincoli contrattuali tra le società Iliad e TIM, con riferimento ai quali possa avere rilievo la documentazione richiesta all'Autorità, in merito ai quali la stessa documentazione possa rilevare.

La società Iliad non ha poi dimostrato il carattere assolutamente necessario - e non di mera utilità - dei documenti fatti oggetto di istanza ostensiva ed ai quali si chiede di accedere, oltre alla decisiva circostanza per la quale il giudizio nel quale Iliad intenderebbe utilizzare a fini di prova i documenti oggetto di ostensione ha per oggetto campagne di telefonia mobile, mentre nel corso del procedimento che ha condotto l'Autorità ad adottare, nei confronti di TIM, il provvedimento sanzionatorio, si riscontra una presenza semmai solo eventuale di documenti attinenti a quelle specifiche campagne, tenuto conto anche di quanto ha lealmente riferito TIM nel corso del procedimento in ordine alla circostanza che dette "campagne" riguardavano esclusivamente la promozione di linea fissa ovvero di "Internet casa", a tacer del fatto che *"le telefonate ritenute illecite nell'ambito di tali campagne, eccettuati rari casi specifici (...) riguardano utenze <<referenziate>> (...) quindi utenze suggerite da conoscenti delle persone contattate e non tratte dalle liste di mobile number portability, riguardo alle quali la Società istante lamenta la illiceità della presunta attività di contatto (...)"* (così, testualmente, a pag. 8 dell'atto di appello dell'Autorità).

Per il resto il complesso ed unico motivo di gravame proposto dall'Autorità ricalca, nella sostanza, le censure dedotte già da TIM nell'appello autonomamente proposto nei confronti della sentenza del TAR per il Lazio n. 11060/2020.

Anche il Garante chiedeva, quindi, alla luce delle contestazioni mosse alla decisione del primo giudice, che quest'ultima venisse riformata con conferma della legittimità del provvedimento di diniego di accesso

dall’Autorità opposto alla richiesta ostensiva di Iliad.

7. – La società Iliad si è costituita in entrambi i giudizi contestando analiticamente le prospettazioni delle appellanti e, confermando la correttezza della decisione assunta in primo grado dal TAR per il Lazio, chiedeva che gli appelli fossero respinti.

In entrambi i giudizi, dovendosi garantire la *res adhuc integra* fino alla definizione nel merito della controversia in sede di appello, venivano accolte le domande cautelari proposte dalle appellanti con le ordinanze collegiali della Sezione 18 dicembre 2020 nn. 7286 e 7288.

Le parti controvertenti hanno depositato memorie ulteriori, anche di replica e note d’udienza, confermando le reciproche ed opposte conclusioni già rassegnate nei precedenti atti processuali.

8. – Ritiene il Collegio che, in punto di diritto, sia preliminare ribadire quanto è stato espresso dalla giurisprudenza in materia di accesso ai documenti amministrativi con specifico riferimento ai punti oggetto di contestazione da parte delle appellanti in ciascuno dei due contenziosi in grado di appello e qui decisi in un unico contesto.

Alla luce dei criteri delineati dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nelle note sentenze 22 aprile 1999 n. 4 del 1999 e 5 settembre 2005 n. 5, sin della emanazione dell’art. 23 l. 7 agosto 1990, n. 241, le regole in tema di trasparenza si applicano oltre che alle pubbliche amministrazioni anche ai soggetti privati chiamati all’espletamento di compiti di interesse pubblico (concessionari di pubblici servizi, società ad azionariato pubblico, gestori di servizi, ecc.).

Premesso quanto sopra il legislatore ha ormai chiarito che l’istituto dell’accesso documentale trova applicazione anche nei confronti delle Autorità amministrative indipendenti per effetto della previsione contenuta nell’ultimo periodo dell’art. 23 l. 241/1990, introdotta dall’art. 4, comma 2, l. 3 agosto 1999, n. 265, a mente della quale “*Il diritto di*

accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'articolo 24”.

Fermo quanto sopra, è poi noto che la necessaria sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto di accedere, non significa che l'accesso sia stato configurato dal legislatore con carattere meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante, assumendo invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e neppure, quindi, dalla eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente l'accesso, una volta conosciuti gli atti in questione, potrebbe proporre (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2018 n. 3956). Come è noto, l'odierna considerazione in sede giurisprudenziale dell'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi dell'art. 22 e ss. l. 241/1990, è oramai fortemente caratterizzata dal principio della massima ostensione dei documenti amministrativi, salve le limitazioni giustificate dalla necessità di contemperare il suddetto interesse con altri interessi meritevoli di tutela (si veda in particolare l'art. 24, comma 7, l. 241/1990), ciò in forza di una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni legislative surrichiamate e tese verso la piena attuazione del principio di imparzialità e correttezza dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost..

Pertanto, secondo il costante e indiscusso orientamento di questo Consiglio di Stato e, più in generale, della giustizia amministrativa, *“Va accolta una nozione ampia di “strumentalità” del diritto di accesso, nel senso della finalizzazione della domanda ostensiva alla cura di un interesse diretto, concreto, attuale e non meramente emulativo o potenziale, connesso alla disponibilità dell'atto o del documento del*

quale si richiede l'accesso, non imponendosi che l'accesso al documento sia unicamente e necessariamente strumentale all'esercizio del diritto di difesa in giudizio, ma ammettendo che la richiamata "strumentalità" va intesa in senso ampio in termini di utilità per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante" (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2017 n. 2269, Sez. III, 16 maggio 2016 n. 1978 e Sez. IV, 6 agosto 2014 n. 4209).

Si osserva ancora in giurisprudenza, del tutto pacificamente, che il suddetto legame tra la finalità dichiarata e il documento richiesto è rimessa alla valutazione dell'ente, in sede di amministrazione attiva e del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva. Tale valutazione va effettuata in astratto, senza apprezzamenti diretti (e indebiti) sulla documentazione richiesta, tanto ciò è vero che la necessaria sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto di accedere, non implica nemmeno la riduzione dell'accesso ad una situazione meramente strumentale rispetto alla difesa in giudizio della situazione sottostante (ribadendo il pensiero già sopra riferito) in quanto *"L'accesso, in tal senso, assume invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale, ma anche dall'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti in questione, potrebbe proporre; ed invero, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, introdotto dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, a norma dell'art. 22 comma 2 della stessa legge, come sostituito dall'art. 15, l. 11 febbraio 2005 n. 15, costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico, il quale si colloca in un sistema ispirato al temperamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità della funzione*

pubblica da parte dell'amministrato, basato sul riconoscimento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi. In quest'ottica, il collegamento tra l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza, di cui al cit. art. 22, comma 1, lett. b), non può che essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse” (così ancora, oltre a quanto sopra già segnalato, in termini, Cons. Stato, Sez. III, 13 gennaio 2012 n. 116).

Nello stesso tempo, sebbene il legislatore nazionale abbia nel tempo introdotto un nuovo modo di concepire il rapporto tra cittadini e potere pubblico, improntato a trasparenza e accessibilità dei dati e delle informazioni, anche ove queste riguardino terzi soggetti, purché a soddisfazione di un interesse che sia giuridicamente rilevante e meritevole di tutela, ciò non vuol dire che la valorizzazione del principio della massima ostensione possa estendersi fino al punto da legittimare un controllo generalizzato, generico e indistinto del singolo sull'operato dell'amministrazione. Appare evidente, infatti, che il legislatore, pur introducendo nel 2016 (l. 25 maggio 2016, n. 97) il nuovo istituto dell'accesso civico “generalizzato”, espressamente volto a consentire l'accesso di chiunque a documenti e dati detenuti dai soggetti indicati nell'art. 2-bis d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e quindi permettendo per la prima volta l'accesso (ai fini di un controllo) diffuso alla documentazione in possesso delle amministrazioni (e degli altri soggetti indicati nella norma appena citata) e privo di un manifesto interesse da parte dell'accedente, ha però voluto tutelare interessi pubblici ed interessi privati che potessero esser messi in pericolo dall'accesso indiscriminato. Il legislatore ha quindi operato per un verso mitigando la

possibilità di conoscenza integrale ed indistinta dei documenti detenuti dall'ente introducendo dei limiti all'ampio accesso (art. 5-*bis*, commi 1 e 2, d.lgs. 33/2013) e, per altro verso, mantenendo in vita l'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi e la propria disciplina speciale dettata dalla l. 241/1990 (evitando accuratamente di novellare la benché minima previsione contenuta nelle disposizioni da essa recate), anche con riferimento ai rigorosi presupposti dell'ostensione, sia sotto il versante della dimostrazione della legittimazione e dell'interesse in capo al richiedente sia sotto il versante dell'inammissibilità delle richieste volte ad ottenere un accesso diffuso (cfr., in argomento, Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2018 n. 651);

Preso atto di quanto sopra, nondimeno la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi, siccome regolata dalla l. 241/1990 (oramai da inquadrare quale istituto speciale della nuova configurazione della trasparenza dell'azione amministrativa, come precipitato di previsioni eurounitarie quali l'art. 15, comma 1, TFUE che espressamente sancisce il principio in virtù del quale *“Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione alla società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile”*) deve coniugarsi con l'attuale interpretazione giurisprudenziale (che costituisce il diritto vivente in materia di accesso documentale), di talché accanto all'interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa deve stagliarsi, nitido, un rapporto di *“necessaria strumentalità”* tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione, in quanto l'interesse all'accesso, seppure attualmente (e, più correttamente) concepito in una ottica di *“ampia strumentalità”* tra la conoscenza del documento e la tutela della posizione soggettiva vantata (che, peraltro, può manifestarsi caleidoscopicamente in ambiti non sempre giudiziali, ma in ogni altra manifestazione che costituisca,

giuridicamente, soddisfazione della posizione vantata dall'accidente), deve pur sempre configurarsi come diretto, concreto, attuale e corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso (cfr., in tal senso, ancora, Cons. Stato, Sez. VI, n. 651/2018 cit.).

9. – In punto di fatto, con riguardo ad entrambi gli appelli qui in esame, va sottolineato che:

- la società Iliad, nella istanza di accesso documentale presentata all'Autorità in data 7 aprile 2020, ha perimetrato la richiesta ostensiva nel senso di richiedere al Garante, con riguardo alla documentazione formata ed acquisita nel corso del procedimento ispettivo nei confronti di TIM, limitatamente *“agli elenchi delle numerazioni mobili, acquisite da Codesta spettabile Autorità nel corso del procedimento, utilizzate da TIM SpA per gli illeciti contatti commerciali e per l'effettuazione delle campagne promozionali rivolte a clienti “non” TIM in violazione delle norme a tutela dei dati personali”* (così, nella domanda presentata in data 7 aprile 2020 da Iliad e acquisita agli atti del processo);
- nella predetta istanza la società Iliad ha dimostrato di essere (e quindi di richiedere l'accesso documentale in tale qualità) un operatore sul mercato italiano sul segmento della telefonia mobile;
- espressamente la richiesta ostensiva aveva ad oggetto l'accesso documentale degli elenchi delle numerazioni mobili acquisiti dal Garante nel corso del procedimento ed utilizzati da TIM *“per gli illeciti contatti commerciali e per l'effettuazione delle campagne promozionali rivolte a clienti non TIM in violazione delle norme a tutela dei dati personali”*;
- Iliad ha supportato la ridetta richiesta motivandola sulla necessità di *“esercitare il proprio diritto di difesa nel giudizio per concorrenza sleale attualmente pendente innanzi al Tribunale di Milano (...), utilizzando i*

documenti richiesti allo scopo d'individuare le numerazioni mobili dei clienti ILLIAD illecitamente contattati da TIM nel periodo oggetto del Provvedimento”.

Ad avviso del Collegio, dunque, la richiesta ostensiva si presenta adeguatamente motivata e dimostrativa di tutti i presupposti richiesti dalla legge per ottenere l'accesso ai documenti amministrativi richiesti, non cogliendo nel segno le prospettazioni opposte indicate nell'atto di diniego impugnato in primo grado e fatte proprie dalle appellanti nei due atti introduttivi dei giudizi di appello dalle stesse proposti.

10. – Sotto tale ultimo versante va rimarcato quanto segue.

Pare evidente, dalla lettura della domanda ostensiva, come la società Iliad non abbia fatto oggetto della domanda conoscitiva gli atti del procedimento sanzionatorio sviluppato dall'Autorità nei confronti di TIM, ma, al contrario, la società richiedente l'accesso ha chirurgicamente selezionato le categorie di documenti, riconducibili a quel procedimento, che possono essere strettamente “necessari” e “strumentali” a confezionare gli strumenti processuali utili a coltivare la tutela della propria posizione soggettiva, di operatore economico attivo nel mercato della telefonia mobile nazionale, nell'ambito del giudizio civile che (ha ampiamente dimostrato essere) pende(nte) dinanzi al Tribunale civile di Milano ed avente ad oggetto il comportamento asseritamente riconducibile all'alveo della “concorrenza sleale” proprio per le attività poste in essere da TIM ed oggetto del procedimento sanzionatorio conclusosi con il provvedimento punitivo adottato dal Garante nei confronti di TIM con atto del 15 gennaio 2020, che peraltro confermava quanto emerso in altro procedimento ispettivo, sviluppato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, concluso con il provvedimento n. 27996 del 20 dicembre 2019.

Se è vero dunque che nel corso del procedimento sanzionatorio svolto

dal GPDP è emerso che TIM ha utilizzato indebitamente i dati degli utenti di telefonia (fissa, mobile e utilizzatrice di *internet*) “anche non TIM” e che dunque tra tali utenti ben potrebbero essere rinvenibili clienti di Iliad, quest’ultima società ha diritto di conoscere se ciò sia realmente avvenuto per sottoporre tale comportamento all’attenzione del giudice civile al fine di valutare la fondatezza o meno della contestazione di comportamento lealmente scorretto rivolta da Iliad a TIM.

Le opposte difficoltà di individuazione puntuali di tali utenti “non TIM” e comunque “referenziati” (nel senso che tali i numeri di alcuni clienti sarebbero stati forniti dal altri clienti e quindi acquisiti *de relato*), non riduce né trasforma l’interesse della società Iliad a conoscere la documentazione che contiene tali dati al fine di valutare se dette informazioni siano necessarie a permettere la tutela nel giudizio civile pendente presso il Tribunale civile di Milano della sua posizione soggettiva di operatore sul mercato nazionale della telefonia mobile asseritamente pregiudicata dal comportamento, contrario alla leale concorrenza, assunto da TIM nel periodo 2018-2019.

Né si presenta adeguatamente provata l’obiezione, mossa dalle appellanti, nei confronti della richiesta accessibilità, avente ad oggetto la non decontestuabilità dei dati relativi alla telefonia mobile, ovvero a quella fissa, ovvero ancora alla “utenza internet”, non solo perché tale opposizione non si presenta adeguatamente provata nel concreto (essendo prospettata in termini di ipoteticità ovvero di verosimiglianza), ma anche perché l’esecuzione della richiesta ostensiva non dà comunque luogo ad un aggravamento dell’impegno degli uffici, consistendo in una mera estrazione documentale (spesso riferita ad elenchi già predisposti) né (come pure è stato sostenuto per contrastare la richiesta ostensiva) coinvolge dati personali di utenti, atteso che la richiesta della società

Iliad espressamente chiede la espunzione di tali dati, sempre se presenti nei documenti da consegnare.

D'altronde non è neppure ipotizzabile una messa in pericolo, attraverso il richiesto accesso documentale, dell'esercizio del potere di ispezione, di vigilanza e sanzionatorio assegnato dalla legge al Garante, in violazione dell'art. 5-bis, comma 1, lett. g), d.lgs. 33/2013 (a mente del quale, sebbene con riferimento al diverso istituto dell'accesso civico generalizzato, ma comunque potenzialmente invocabile anche nell'applicazione dell'istituto dell'accesso documentale, grazie ad una interpretazione estensiva dei limiti all'accesso dettati dall'art. 24 l. 241/1990, "*L'accesso civico (...) è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a: (...) g) il regolare svolgimento di attività ispettive*"), dal momento che il Garante ha già esercitato detto potere, definendo la procedura avente ad oggetto l'attività ispettiva e adottando il provvedimento sanzionatorio a carico di TIM.

11. – Sugli aspetti più sopra affrontati non è superfluo ricordare che in epoca (ancora) recente l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 settembre 2020 n. 19 abbia chiarito che:

- l'art. 24, comma 7, l. 241/1990, facendo uso dell'avverbio "comunque", "*denota la volontà del legislatore di non "appiattare" l'istituto dell'accesso amministrativo sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, e corrobora la tesi che esistano, all'interno della fattispecie giuridica generale dell'accesso, due anime che vi convivono, dando luogo a due fattispecie particolari, di cui una (e cioè quella relativa all'accesso cd. difensivo) può addirittura operare quale eccezione al catalogo di esclusioni previste per l'altra (e cioè, l'accesso partecipativo), salvi gli opportuni temperamenti in sede di bilanciamento in concreto dei contrapposti*

interessi (...)”;

- “l'accesso difensivo è costruito come una fattispecie ostensiva autonoma, caratterizzata (dal lato attivo) da una vis espansiva capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi; e connotata (sul piano degli oneri) da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la “necessità” della conoscenza dell'atto o la sua “stretta indispensabilità”, nei casi in cui l'accesso riguarda dati sensibili o giudiziari. In secondo luogo, la conoscenza dell'atto non è destinata a consentire al privato di partecipare all'esercizio del pubblico potere in senso “civilmente” più responsabile, ossia per contribuire a rendere l'esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale, ma rappresenta il tramite per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici”;

- “La mancata specificazione dell'ambito entro il quale tali interessi vanno curati è, inoltre, indicativa del fatto che il legislatore ha voluto appositamente trascendere la dimensione partecipativa procedimentale e la stessa logica della trasparenza della funzione amministrativa, e costruire l'accesso agli atti, piuttosto, come una pretesa ostensiva, finalizzata anche - eventualmente - alla difesa in giudizio, ed a sua volta autonomamente tutelata con una specifica azione avverso il diniego o il silenzio della pubblica amministrazione (si tratta dell'azione prevista dall'art. 116 cod. proc. amm.)”;

- “sul piano della logica “difensiva”, il legislatore inserisce all'interno di una norma di natura sostanziale uno strumento di valenza tipicamente processuale, fornendo “azione” alla “pretesa”, anche in senso derogatorio in concreto (v. Cons. Stato, ord. n. 600/2014, cit.) rispetto ai classici casi di esclusione procedimentale (“Deve comunque essere garantito [...]”). Ciò, naturalmente, come già illustrato, entro gli stringenti limiti in cui la parte interessata all'ostensione dimostri la

necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza. La necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica "finale", nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite - in questo senso strumentale - per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa";

- conseguentemente da quanto sopra "emerge una disciplina dell'accesso difensivo nel senso di: a) esigere la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (v. art. 24, comma 7, legge n. 241/1990 e s.m.i.); b) ricomprendere, tra i destinatari, tutti i soggetti privati, ivi compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, senza alcuna ulteriore esclusione (art. 22, comma 1, lettera d), con formula replicata dall'art. 2, comma 1, d.P.R. n. 184/2006); c) circoscrivere le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che - sole - garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale. Siffatto giudizio di sussunzione, che costituisce la base fondante dell'accesso difensivo, è regolato in ogni suo

aspetto dalla legge (e dal rispettivo regolamento di attuazione), mostrandosi privo di tratti “liberi” lasciati alla interpretazione discrezionale dell'autorità amministrativa, ovvero alla prudente interpretazione del giudice”;

- a ciò si aggiunga (per quanto è qui di rilievo) che, “(...) la previsione, nell'ordinamento processualcivilistico, di strumenti di esibizione istruttoria di documenti (anche) amministrativi ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ., (...) non escluda l'esperibilità dell'accesso documentale difensivo. Infatti, sulla base di una lettura unitaria e integratrice tra le singole discipline, nonché costituzionalmente orientata a garanzia dell'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale da intendere in senso ampio e non ristretto al solo momento processuale, il rapporto tra l'istituto dell'accesso documentale difensivo e i menzionati istituti processualcivilistici non può che essere ricostruito in termini di complementarietà delle forme di tutela”.

Dall'esame, dunque, della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sopra citata (e per stralci riprodotta) che, a differenza di quanto sostenuto dalle appellanti, reca principi plasticamente applicabili al caso qui in scrutinio, emerge che l'interesse all'accesso “difensivo”, laddove sia stata dimostrato il “nesso di necessità” (e non anche di “indispensabilità”, che concerne solo i documenti che recano al loro interno dati “sensibili e giudiziari”, nella scelta espressiva ancora presente nell'art. 24, comma 7, secondo periodo, l. 241/1990) tra i documenti richiesti e la potenziale utilizzazione degli stessi nell'ambito di un giudizio ovvero per garantire la tutela della posizione soggettiva dell'accedente, non essendo necessaria anche la dimostrazione della idoneità dei documenti oggetto di ostensione a rendere possibile una favorevole coltivazione di quel giudizio, da parte del richiedente l'accesso, nel quale detti documenti debbono essere “utilizzati”, è

dimostrato (e comprovato) dalla attinenza dei documenti richiesti con la tutelabilità potenziale, all'esito di una verifica *ex ante*, della posizione soggettiva rispetto alla quale l'interessato intende chiedere tutela.

D'altronde i suddetti principi sono stati ribaditi in epoca ancor più recente dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 18 marzo 2021 n. 4 che li ha quindi sintetizzato nel senso che:

a) *“in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare”*;

b) *“la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990”*.

12. – In virtù di tutto quanto sopra si è illustrato, l'accesso ai documenti per come richiesto dalla odierna società appellata va consentito,

confermandosi in tal senso la sentenza di primo grado (del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I-*quater*, 29 ottobre 2020 n. 11060), anche con riferimento ai limiti e alle modalità di accesso ivi indicati [*“limitatamente alle numerazioni mobili non afferenti a clienti TIM S.p.a. (e, ove esistenti, solo a quelle dei clienti di ILIAD contattati da TIM), depurate – ove possibile – da ogni riferimento personale”*]] con reiezione, degli appelli proposti e qui riuniti e disponendo, in virtù dei poteri assegnati al giudice amministrativo dall’art. 116 c.p.a., l’ostensione documentale con le modalità sopra descritte (ed i relativi limiti), da effettuarsi a cura dell’Autorità entro giorni trenta dalla comunicazione o dalla conoscenza della presente sentenza.

In virtù dell’accertata peculiarità della vicenda oggetto del presente contenzioso, il Collegio ritiene che sussistano i presupposti di cui all’art. 92 c.p.c., per come richiamato espressamente dall’art. 26, comma 1, c.p.a., per compensare tra le parti costituite le spese del grado di appello, con riferimento ad entrambi i giudizi qui riuniti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come indicati in epigrafe:

- 1) dispone la riunione del ricorso in appello n. R.g. 9260/2020 al ricorso in appello n. R.g. 9241/2020;
- 2) li respinge entrambi e, per l’effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. I-*quater*, 29 ottobre 2020 n. 11060;
- 3) compensa le spese del grado d’appello.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021 con l’intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Stefano Toschei

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO